II

(Niet-wetgevingshandelingen)

BESLUITEN

BESLUIT (EU) 2019/1352 VAN DE COMMISSIE

van 2 april 2019

betreffende steunmaatregel SA.44896 van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot een CFC-vrijstelling inzake groepsfinanciering

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2019) 2526)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden in overeenstemming met die bepalingen ([1]) te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, en rekening houdend met deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

(1) In een brief van 26 april 2013 heeft de Commissie de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk ("Britse autoriteiten") verzocht informatie te verstrekken over de hervorming van de "Controlled Foreign Company"-regels ("CFC"), die op 1 januari 2013 van kracht zijn geworden. De Britse autoriteiten hebben de informatie op 14 juni 2013 ingediend en hebben, na verdere verzoeken om inlichtingen ([2]), op 10 april 2014, 10 juli 2014, 24 juli 2015 en 1 februari 2017 aanvullende informatie verstrekt.

(2) De Commissie heeft het Verenigd Koninkrijk in een brief van 26 oktober 2017 in kennis gesteld van haar besluit om ten aanzien van de vrijstelling inzake groepsfinanciering uit de CFC-regels de procedure uit artikel 108, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in te leiden ("het besluit tot inleiding van de procedure").

(3) Op 24 november 2017 werd het besluit tot inleiding van de procedure gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. De Commissie heeft in het besluit tot inleiding van de procedure de belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de het besluit te maken.

(4) Na een verlenging van de termijn voor het indienen van opmerkingen hebben de Britse autoriteiten op 15 januari 2018 hun opmerkingen over het besluit tot inleiding van de procedure ingediend.

(5) Tussen 19 december 2017 en 2 januari 2018 dienden acht belanghebbenden opmerkingen in over het besluit tot inleiding van de procedure. De opmerkingen zijn doorgestuurd naar de Britse autoriteiten. Op 23 februari 2018 hebben de Britse autoriteiten hun commentaar op de opmerkingen van de belanghebbenden kenbaar gemaakt.

([1]) PB C 400 van 24.11.2017, blz. 10.
([2]) Op 11 maart 2014, 4 juni 2015 en 19 december 2016 zijn aanvullende verzoeken om inlichtingen verzonden.

(6) Op 7 februari 2018 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van de diensten van de Commissie en de Britse autoriteiten. Na die bijeenkomst heeft het Verenigd Koninkrijk op 22 maart 2018 aanvullende opmerkingen ingediend. Op 31 mei 2018 vond een nieuwe bijeenkomst tussen de diensten van de Commissie en de Britse autoriteiten plaats, gevolgd door aanvullende opmerkingen van de Britse autoriteiten op 3 juli 2018, en op 13 juli 2018 vond nog een bijeenkomst plaats.

2. **BESCHRIJVING VAN DE STEUNREGELING**

2.1. **Het Britse vennootschapsbelastingstelsel en de Britse CFC-regels**

2.1.1. *Inleiding en achtergrond*

(7) Volgens het Britse vennootschapsbelastingrecht worden ondernemingen belast over hun winsten die voortvloeien uit activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk. Het is van toepassing op in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen en op buitenlandse ondernemingen die in het Verenigd Koninkrijk actief zijn via een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk.

(8) Het Verenigd Koninkrijk heeft zijn vennootschapsbelastingstelsel hervormd om het meer in overeenstemming te brengen met een territoriaal vennootschapsbelastingstelsel ([3]), waarbij de nadruk ligt op de belasting van winsten uit activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk en niet op het wereldinkomen van een belastingplichtige ([4]).

(9) Het grotendeels territoriale karakter van het Britse vennootschapsbelastingstelsel houdt in dat bedrijfswinsten die buiten het Verenigd Koninkrijk ontstaan, over het algemeen niet onderworpen zijn aan de Britse belasting. In overeenstemming hiermee zijn op de winsten van overzeese ondernemingen die in het Verenigd Koninkrijk worden uitgekeerd, de Britse vrijstellingsregels inzake uitkeringen van toepassing. Op dezelfde manier zorgen de vrijstellingsregels inzake voorkomingswinst ervoor dat de winsten die toe te schrijven zijn aan buitenlandse vaste inrichtingen, zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting in het Verenigd Koninkrijk. Deze kenmerken zouden het voor Britse ondernemingen aantrekkelijk kunnen maken om een dochteronderneming (een CFC) op te richten in een laagbelastende jurisdictie en de winsten uit het Verenigd Koninkrijk kunstmatig te verleggen naar de CFC. De Britse CFC-regels hebben tot doel de heffingsgrondslag van de Britse vennootschapsbelasting te beschermen door het fiscale voordeel dat uit deze regelingen voortvloeit, weg te nemen door het opleggen van een CFC-heffing aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die de CFC controleert ([5]).

(10) Terwijl het Britse vennootschapsbelastingstelsel als doelstelling heeft om belasting te heffen over winsten die voortvloeien uit activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk, is het bijgevolg de doelstelling van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk om de heffingsgrondslag van de Britse vennootschapsbelasting te beschermen. Deze doelstelling wordt niet bereikt door het heffen van een algemene Britse belasting over bepaalde soorten winst van laagbelaste overzeese dochterondernemingen van Britse ondernemingen, maar door het heffen van een CFC-heffing tegen hetzelfde tarief als de Britse vennootschapsbelasting over uitsluitend die winsten van de CFC die kunstmatig uit het Verenigd Koninkrijk zijn verlegd. In dit verband is het belangrijk op te merken dat het een specifiek doel van het huidige CFC-regime was om een heffing te bepalen en op te leggen, zodat de activiteiten en winsten in het Verenigd Koninkrijk eerlijk zouden worden belast, maar ook dat er geen belasting zou worden geheven over de winsten die voortvloeien uit echte economische activiteiten van de CFC ([6]). Met het oog hierop verkozen de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk de huidige CFC-regels boven een regime dat alle winsten of de volledige inkomstenstroom van laagbelaste CFC's zou belasten, aangezien die "niet op passende wijze gericht zou zijn" op het belasten van de activiteiten en de winst in het Verenigd Koninkrijk ([7]).

([3]) De vrijstellingsregels inzake uitkeringen werden ingevoerd in de Finance Act 2009 en de vrijstelling inzake voorkomingswinst werd ingevoerd in de Finance Act 2011.
([4]) Zie https://www.gov.uk/government/publications/the-corporation-tax-road-map
([5]) Onder het Britse CFC-regime is elke onderneming die is gevestigd in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk en die wordt gecontroleerd door een of meer Britse personen, een CFC. De controle door ingezetenen van het Verenigd Koninkrijk wordt doorgaans uitgeoefend door ondernemingen, maar ook belangen van personen of trustees kunnen in aanmerking worden genomen om vast te stellen of een buitenlandse dochteronderneming een CFC is. De controle kan juridisch, economisch of boekhoudkundig zijn. Bovendien kan deze direct of indirect zijn; indien een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming de niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming A controleert, die op haar beurt de niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming B controleert, zijn zowel A als B CFC's. In TIOPA, artikel 371RG, is de definitie van controle verruimd, zodat rekening wordt gehouden met de belangen van niet-ingezeten partners bij de beoordeling of een buitenlandse onderneming een CFC is.
([6]) Brits ministerie van Financiën, *Consultation on Controlled Foreign Companies (CFC) reform*, juni 2011, overweging 1.12.
([7]) *Ibidem*, overweging 2.4.

(11) Het huidige CFC-regime van het Verenigd Koninkrijk werd ingevoerd door het Britse parlement in het kader van de Finance Act 2012 ([8]). Het regime is als deel 9A van de Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 (hierna "TIOPA, deel 9A" genoemd), dat 22 hoofdstukken bevat, opgenomen in de Taxes ACTS. Het huidige regime is van toepassing op boekhoudkundige perioden die aanvangen op of na 1 januari 2013 ([9]). In januari 2019 is er een aantal wijzigingen aangebracht (punt 2.3).

(12) Naast het in TIOPA, deel 9A, vastgestelde CFC-kader heeft het Verenigd Koninkrijk uitgebreide richtsnoeren met betrekking tot de CFC-regels gepubliceerd. Deze richtsnoeren omvatten een inleiding tot de regels, een algemeen overzicht, een leidraad voor de toepassing en interpretatie van specifieke regels per hoofdstuk en een reeks praktische voorbeelden ([10]).

2.1.2. *Het huidige CFC-regime in het Verenigd Koninkrijk*

(13) In overeenstemming met de in overweging 10 genoemde doelstelling werken de huidige Britse CFC-regels door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen een CFC-heffing op te leggen voor alle of een deel van de winsten van een CFC. De CFC-heffing is verschuldigd over de belastbare winsten van een CFC min de verrekenbare belasting (d.w.z. de belasting die in het land van vestiging van de CFC is betaald). Voor elke boekhoudkundige periode is de veronderstelde belastbare totale winst die loopt via *CFC charge gateway* de belastbare winst van een CFC (zie overwegingen 23 tot en met 25) ([11]). Deze wordt toebedeeld aan alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen die ten minste een belang van 25 % hebben in de CFC (hierna "de belastbare entiteiten" genoemd). De CFC-heffing wordt geheven tegen hetzelfde tarief als de Britse vennootschapsbelasting en wordt in rekening gebracht als ware het een bedrag aan vennootschapsbelasting dat voor de desbetreffende boekhoudkundige periode voor vennootschapsbelasting ten laste van de belastbare entiteit zou komen.

(14) De *CFC charge gateway* beschrijft de omstandigheden waaronder en de mate waarin de veronderstelde belastbare totale winst van een CFC belastbare winst is.

(15) In overeenstemming met de doelstelling van de CFC-regels (nagaan of een CFC winst haalt uit activa of activiteiten in het Verenigd Koninkrijk die zijn verdiend door een onderneming die niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigd is en er geen vaste inrichting heeft) wordt in het kader van het CFC-regime uitgebreid beoordeeld of de winst van een CFC gerelateerd is aan activa en risico's die in het Verenigd Koninkrijk worden beheerd en gecontroleerd en op die basis als *kunstmatig verlegd* wordt beschouwd. Hiertoe moet worden nagegaan of een van de "sleutelfuncties" (*significant people functions* of "SPF's") ([12]) die relevant zijn voor het aanvaarden van risico's of voor de economische eigendom van activa die zorgen voor de winst van een CFC, daadwerkelijk in het Verenigd Koninkrijk wordt uitgevoerd, zodat de onderneming die de winst *realiseert* niet dezelfde is als de onderneming die deze winsten *genereert* ([13]).

(16) Volgens de raadpleging die de Britse autoriteiten hebben uitgevoerd voordat de CFC-regels werden vastgesteld, werd er met deze CFC-regels gestreefd naar de naleving van het Unierecht door geen afbreuk te doen aan de vrijheid van vestiging van de belastingplichtige en om een afspiegeling te zijn van het vereiste evenwicht om een regime tot stand te brengen dat de grondslag van de vennootschapsbelasting van het Verenigd Koninkrijk beschermt en dat in de praktijk kan worden toegepast, waarbij de administratieve en nalevingskosten tot een minimum beperkt blijven.

([8]) Er zijn discussies over de huidige CFC-regels ontstaan, omdat veel multinationale ondernemingen hun hoofdkantoor weghalen uit het Verenigd Koninkrijk: in de Corporate Tax Roadmap van 2010 stond "dat het tijd is om deze tendens te keren" door het Britse belastingstelsel weer aantrekkelijk te maken. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft de CFC-hervorming met name aangemerkt als een "prioriteit van onze multinationale onderneming en een belangrijke stap in de plannen van de regering om het concurrentievermogen te herstellen".

([9]) Het Verenigd Koninkrijk beschikte al vóór 2013 over CFC-regels die gebaseerd waren op een geheel ander concept. De oude CFC-bepalingen bevatten geen vrijstelling voor internationale groepsfinanciering.

([10]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM190000, https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm190000

([11]) De term "veronderstelde belastbare totale winst" is een gedefinieerde term die voornamelijk verwijst naar wat de totale belastbare Britse winst was geweest volgens de regels van de Britse vennootschapsbelasting, indien de CFC in het Verenigd Koninkrijk gevestigd was.

([12]) In het geval van ondernemingen in de financiële sector is het vaststellen van *key entrepreneurial risk-taking*-functies ("KERT") van cruciaal belang voor deze analyse.

([13]) TIOPA, artikel 371DA, lid 3, onder f).

(17) De Britse autoriteiten trachtten ook het fiscale concurrentievermogen van het Verenigd Koninkrijk te vergroten ([14]). Dit was een specifiek doel van de CFC-regels, die "samen met de verlaging van het tarief van de vennootschapsbelasting tot 22 % in 2014 en de invoering van de octrooibox […] een nieuwe stap zijn in de richting van het doel van [de regering van het Verenigd Koninkrijk] om het meest concurrerende vennootschapsbelastingstelsel in de G20 te creëren" ([15]).

(18) In TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 2, zijn de stappen beschreven die, zodra is vastgesteld dat een buitenlandse onderneming een CFC is, moeten worden genomen om vast te stellen of er een CFC-heffing verschuldigd is over (een deel van) de winst van deze CFC. Er is een CFC-heffing verschuldigd als:

— geen van de vrijstellingen op entiteitsniveau voor CFC's van toepassing is (zie overweging 19);

— er een Britse "belanghouder" is, met andere woorden een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die (samen met verbonden ondernemingen) een belang van ten minste 25 % in de CFC heeft; en

— de CFC "belastbare winst" heeft zoals uiteengezet in de bepalingen die de *CFC charge gateway* vormen.

(19) Het doel om de administratieve en nalevingskosten te beperken komt tot uiting in de opzet van de CFC-regels, die gericht zijn op situaties die objectief het grootste risico vormen voor het Britse ministerie van Financiën. Dit wordt bereikt door middel van bepaalde voorafgaande uitsluitingen wanneer het risico dat winsten kunstmatig worden verlegd, laag wordt geacht, d.w.z. wanneer een beoordeling per geval waarschijnlijk geen kunstmatigheid of verlegging zou opleveren. Dit zijn de zogenaamde vrijstellingen op entiteitsniveau die zijn opgenomen in TIOPA, deel 9A, hoofdstukken 10 t/m 14:

— de *vrijstelling voor een vrijgestelde periode* is opgenomen TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 10, en voorziet in een tijdelijke vrijstelling (meestal twaalf maanden) voor CFC's die voor het eerst onder controle van het Verenigd Koninkrijk zijn gekomen;

— de *vrijstelling voor uitgesloten gebieden* is opgenomen in TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 11, en voorziet in vrijstelling van CFC's die vanwege het grondgebied waar zij zijn gevestigd, en het soort behaalde winst een voorspelbaar en laag risico op kunstmatige verlegging met zich meebrengen;

— de *vrijstelling voor lage winsten*, een *de-minimisregel*, is opgenomen in TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 12, en voorziet in vrijstelling van CFC's met een laag winstniveau in een boekhoudkundige periode (in het algemeen niet meer dan 500 000 GBP, waarvan niet meer dan 50 000 GBP uit passieve winsten bestaat);

— de *vrijstelling voor lage winstmarges* is opgenomen in TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 13, en voorziet in de vrijstelling van CFC's wanneer de winst niet meer dan 10 % van de exploitatiekosten bedraagt; de vrijstelling heeft betrekking op CFC's die activiteiten met relatief weinig toegevoegde waarde uitoefenen;

— de *belastingvrijstelling* is opgenomen in TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 14, en voorziet in de vrijstelling van CFC's die op het grondgebied waar zij zijn gevestigd een normale tot hoge effectieve belasting betalen (ten minste 75 % van de belasting die verschuldigd zou zijn geweest indien de winst in het Verenigd Koninkrijk was belast en gemeten op basis van de regels van het Verenigd Koninkrijk).

(20) De vrijstellingen op entiteitsniveau weerspiegelen het feit dat de meeste buitenlandse dochterondernemingen om oprechte commerciële redenen zullen worden opgericht. In de praktijk betekent dit dat Britse ondernemingen de CFC-regels in de meeste gevallen niet hoeven toe te passen, maar uitsluitend hoeven te voldoen aan een van de vrijstellingen voor entiteiten. Daarom is de toepassing van de gedetailleerde heffingsbepalingen die de *CFC charge gateway* vormen en de noodzaak om de belastbare winsten van een CFC vast te stellen beperkt tot situaties waarin geen van de vrijstellingen op het entiteitsniveau van toepassing is.

(21) Als geen van de vrijstellingen op entiteitsniveau van toepassing is, bedelen de Britse CFC-regels de Britse "belanghouder" de "belastbare winsten" van een CFC toe. Deze worden vastgesteld aan de hand van de criteria en voorwaarden uit TIOPA, deel 9A, hoofdstukken 3 t/m 8, die samen de "CFC charge gateway" vormen. ([16])

(22) Deze hoofdstukken zijn van fundamenteel belang voor de werking van het CFC-regime. Deze zijn zo ontworpen dat zij als gerichte tests dienen om na te gaan of de veronderstelde totale winsten van de CFC door de *gateway* gaan en bijgevolg "belastbare winsten" worden.

([14]) Zie Brits ministerie van Financiën, *Consultation on Controlled Foreign Companies (CFC) reform*, juni 2011.
([15]) House of Commons, Public Bill Committee, debat over Finance Bill, 19 juni 2012, PBC (Bill 001) 2012-2013, blz. 466 (verklaring van de vicestaatssecretaris bij het ministerie van Financiën).
([16]) TIOPA, hoofdstuk 9, biedt een optionele alternatieve regel voor bepaalde winsten die normaliter onder de regels van hoofdstuk 5 voor de *CFC charge gateway* vallen, maar maakt formeel geen deel uit van de *CFC charge gateway*.

(23) De *CFC charge gateway* begint met een filter in TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 3, dat algemene tests bevat om te bepalen of een van de gedetailleerdere *gateway*-regels in TIOPA, deel 9A, hoofdstukken 4 t/m 9, moeten worden toegepast ([17]).

(24) Wat de hoofdstukken voor specifieke heffingen betreft, is TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 4 ("hoofdstuk 4"), een algemene bepaling die van toepassing is op alle CFC's, ongeacht het soort winst dat zij behalen, met uitzondering van CFC's die uitsluitend winsten uit vastgoedondernemingen ([18]) of passieve financiële winsten (*non-trading finance profits*, "NTFP") behalen. TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 5 ("hoofdstuk 5"), en TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 9 ("hoofdstuk 9"), hebben betrekking op CFC's die NTFP behalen. TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 6 ("hoofdstuk 6"), heeft betrekking op CFC's met actieve financiële winsten ([19]).

(25) De *CFC charge gateway* heeft tot doel om de situaties op te sporen waar er sprake is geweest van een kunstmatige verlegging van winsten uit het Verenigd Koninkrijk, wat in het algemeen betekent dat "er een aanzienlijke wanverhouding bestaat tussen de belangrijkste bedrijfsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk en de winsten uit die activiteiten die buiten het Verenigd Koninkrijk worden toebedeeld" ([20]). Dit valt het meest op in hoofdstuk 4 ([21]). Op grond van dat hoofdstuk worden de veronderstelde totale winsten van een CFC uit activa die wettelijk eigendom zijn van de CFC, en uit contractueel aan de CFC toebedeelde risico's belastbare winsten, als en voor zover het beheer van die activa en risico's in het Verenigd Koninkrijk wordt uitgevoerd ([22]). Dit houdt in dat moet worden overwogen of een van de sleutelfuncties die relevant zijn voor het aanvaarden van risico's of voor de economische eigendom van activa die zorgen voor de winst van een CFC, daadwerkelijk in het Verenigd Koninkrijk wordt uitgevoerd ([23]). Als zodanig is de verhouding SPF's in het Verenigd Koninkrijk tegenover die buiten het Verenigd Koninkrijk een essentieel criterium bij het bepalen van de belastbare winsten, dat niet alleen wordt toegepast in de algemene heffingsbepaling (hoofdstuk 4) maar bijvoorbeeld ook in hoofdstuk 5 (NTFP) ([24]).

([17]) Het doel ervan is om CFC's die, ondanks het feit dat zij niet aan een van de vrijstellingen op entiteitsniveau voldoen, waarschijnlijk geen (aanzienlijke) kunstmatig verlegde winsten behalen, op een relatief eenvoudige manier uit te sluiten om de kosten van het beheer van het CFC-regime zo laag mogelijk te houden. De voorwaarden zijn relatief eenvoudig met een op risico's gebaseerde aanpak om zelfbeoordeling te vergemakkelijken, zonder speciale documentatievereisten. Het onderliggende beginsel van kunstmatige verlegging als gevolg van de scheiding van de activa en risico's van de onderliggende activiteit die het aanhouden van die activa door de groep ondersteunt, is hier duidelijk. Wat bijvoorbeeld de bedrijfswinst betreft, hoeft de CFC de aanwezigheid van belastbare winsten niet vast te stellen, indien zij geen activa heeft en geen risico's draagt die door de activiteiten in het Verenigd Koninkrijk worden beheerd of gecontroleerd. Op vergelijkbare wijze worden passieve financiële winsten, bijvoorbeeld wanneer 5 % of minder van de winsten van een CFC tot die categorie behoren (5 % safe harbour), op grond van TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 3, beschouwd als voortvloeisel van de ondernemingswinst en zijn zij uitgesloten van hoofdstuk 5.

([18]) TIOPA, artikel 371CA, leden 1 t/m 11. Winsten uit vastgoedondernemingen zijn volledig uitgesloten van de werkingssfeer van de *CFC charge gateway* en van de definitie van boekhoudkundige winst voor de vrijstellingen op entiteitsniveau in de hoofdstukken 10 t/m 14, zie intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM248550.

([19]) TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 7, heeft betrekking op CFC's met winsten uit captive-verzekeringsactiviteiten. TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 8, ten slotte, heeft betrekking op CFC's met winsten van bepaalde dochterondernemingen van gereguleerde financiële ondernemingen. TIOPA, deel 9A, hoofdstukken 15 t/m 22, bevatten verschillende exploitatie- en administratieve regels, zoals regels ter voorkoming van dubbele belastingheffing, regels inzake controle, definities en diverse andere regels die van belang zijn voor de juiste toepassing van de CFC-regels door de Britse belastingautoriteiten.

([20]) HMRC, *CFC reform: response to consultation*, december 2011, samenvatting, belangrijkste punten.

([21]) TIOPA, artikel 371DA, zie ook intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM200100 "Hoofdstuk 4 verschaft een mechanisme om te bepalen in welke mate een van de veronderstelde totale winsten van een CFC […] via de CFC charge gateway loopt ("winsten uit hoofdstuk 4") en dus eventueel is onderworpen aan de CFC-heffing vanwege specifieke activiteiten in het Verenigd Koninkrijk die de CFC in staat hebben gesteld om deze winst te behalen".

([22]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM200100 en INTM197200: "Hoofdstuk 4 is van toepassing op en brengt buitenlandse bedrijfswinsten binnen de werkingssfeer van de CFC-heffing […] waarbij de CFC winsten uit het Verenigd Koninkrijk verlegt door activa en risico's te scheiden van de onderliggende activiteit die het aanhouden van die activa door de groep ondersteunt of die noodzakelijkerwijs gepaard gaat met het dragen van dat risico."

([23]) TIOPA, artikel 371DA, lid 3, onder f). Zie ook intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM200300.

([24]) In intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM203310, staat dat "hoofdstuk 5 net als hoofdstuk 4 NTFP vaststelt uit activa die eigendom zijn van de CFC en de winsten uit risico's die aan de CFC zijn toebedeeld in situaties waarin relevante sleutelfuncties (SPF's) in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd" en op basis hiervan voert hoofdstuk 5 veel van de stapsgewijze tests uit hoofdstuk 4 in.

(26) In de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk wordt echter erkend dat de Britse belastinggrondslag in het geval van financiële winsten niet altijd voldoende wordt beschermd, als uitsluitend op de SPF-test wordt vertrouwd. Derhalve bevatten hoofdstukken 5 t/m 9 aanvullende tests voor NTFP en andere soorten passieve winsten. De winsten van een CFC kunnen op basis van meer dan één heffingshoofdstuk aan een CFC-heffing worden onderworpen, maar winsten kunnen slechts één keer aan een CFC-heffing worden onderworpen ([25]).

2.1.3. *CFC-heffing op passieve financiële winsten*

(27) NTFP omvatten alle financiële winsten die geen actieve financiële winsten zijn. Actieve financiële winsten worden in hoofdstuk 6 behandeld. NTFP kunnen zowel financiële winsten uit leningen tussen ondernemingen omvatten als financiële winsten uit externe leningen (met inbegrip van deposito's), mits deze niet zijn verkregen uit handelsactiviteiten ([26]).

(28) De *CFC charge gateway*-test voor NTFP is opgenomen in hoofdstuk 5 of, afhankelijk van verkiezing en bepaalde voorwaarden, hoofdstuk 9 ([27]). Hoofdstuk 5 bevat twee algemene tests en twee tests die specifiek zijn gericht op bepaalde wanpraktijken die niet door deze algemene tests worden bestreken. Hoofdstuk 5 bevat een SPF-test die het bestaan van activiteiten in het Verenigd Koninkrijk onderzoekt en grotendeels is gebaseerd op de SPF-test in hoofdstuk 4. Hoofdstuk 5 vertrouwt echter niet alleen op die test, omdat het genereren van financiële winsten grotendeels een kapitaalintensieve activiteit is waarvoor de aanwezigheid van SPF's niet altijd vereist is.

(29) De tests in hoofdstuk 5 om de belastbare winsten voor NTFP vast te stellen, zijn derhalve de volgende:

— in de eerste plaats worden NTFP van een CFC geacht via de *CFC charge gateway* te lopen voor zover deze worden verkregen uit activa en risico's in verband waarmee relevante SPF's ([28]) in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd (TIOPA, artikel 371EB). In overeenstemming met de algemene logica van de CFC-regels is de logica van het toepassen van een CFC-heffing in dit geval dat het Verenigd Koninkrijk in staat zou moeten zijn om winsten te belasten die worden behaald dankzij activiteiten in het Verenigd Koninkrijk ([29]);

— ten tweede wordt in een alternatieve test gekeken naar de wijze waarop de leningen of deposito's die de NTFP genereren zijn gefinancierd. Bijgevolg en ongeacht de locatie van de SPF's, worden NTFP geacht via de *CFC charge gateway* te lopen, voor zover deze worden gefinancierd uit relevante Britse middelen (TIOPA, artikel 371EC). Relevante Britse middelen zijn alle fondsen of activa die (direct of indirect) "met het Verenigd

([25]) De toepassing van de test van hoofdstuk 4 op bepaalde bedrijfswinsten van een CFC kan bijvoorbeeld leiden tot de conclusie dat er op basis van hoofdstuk 4 geen winsten via de *CFC charge gateway* lopen. Deze conclusie sluit echter niet uit dat sommige of alle actieve financiële winsten op basis van hoofdstuk 6 via de *CFC charge gateway* lopen en dus belastbare winsten worden.

([26]) Een buitenlandse dochteronderneming die betrokken is bij een of meer incidentele financieringstransacties tussen ondernemingen, moet de tests van hoofdstuk 5 toepassen om te beoordelen of er een CFC-heffing van toepassing is, terwijl een dochteronderneming die betrokken is bij de actieve kasbeheeractiviteiten van een groep, hetzij het algemene hoofdstuk 4, hetzij hoofdstuk 6, dat specifiek betrekking heeft op actieve financiële winsten, moet toepassen.

([27]) Een CFC die zowel NTFP als andere soorten winst behaalt, kan ook andere heffingshoofdstukken moeten toepassen, maar een CFC met alleen NTFP valt uitsluitend onder de hoofdstukken 5 en 9.

([28]) Deze test is inderdaad grotendeels vergelijkbaar met de test die op grond van hoofdstuk 4 wordt uitgevoerd om de kunstmatige verlegging van "andere winsten" van een CFC te beoordelen, hoofdzakelijk normale ondernemingswinsten. Voornamelijk de test of NTFP uit activa die eigendom van de CFC zijn en uit risico's die aan de CFC zijn toebedeeld verband houden met relevante SPF's die in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd, verwijst naar de beginselen van de toegestane aanpak van de OESO, zoals uiteengezet is in het verslag over de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen van 2010. Deze omvat derhalve ook de term KERT-functies, die wordt gebruikt voor ondernemingen in de financiële sector.

([29]) Indien een CFC rentebaten ontvangt uit leningen, waarbij de relevante besluitvormings- en toezichttaken in verband met de verstrekking en het beheer van de lening en de rentebetalingen in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd, zullen de rentebaten bijgevolg onder de CFC-regels vallen en in het Verenigd Koninkrijk worden belast.

Koninkrijk verbonden kapitaal" vertegenwoordigen of hieruit (direct of indirect) zijn verkregen ([30]). De logica van het toepassen van een CFC-heffing is in dit geval dat passieve inkomsten uit het met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal na een eenvoudige bijdrage aan een CFC niet aan de Britse belasting mogen ontsnappen.

(30) De twee tests zijn alternatieven, wat betekent dat NTFP worden geacht via de *CFC charge gateway* te lopen als aan de eerste dan wel aan de tweede test wordt voldaan. Hoofdstuk 5 bevat ook twee andere alternatieve tests die specifiek gericht zijn op specifieke soorten fiscaal gemotiveerde regelingen. Als NTFP onder deze twee specifieke tests vallen, is er zelfs een CFC-heffing van toepassing, als er geen sprake is van Britse SPF's of met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal ([31]).

2.1.4. *CFC-heffing op actieve financiële winsten*

(31) Actieve financiële winsten van een CFC, doorgaans winsten uit actieve bank- of verzekeringsactiviteiten, worden niet alleen geacht via de *CFC charge gateway* te lopen, als zij voldoen aan de algemene SPF-test uit hoofdstuk 4, maar ook als zij voldoen aan de specifieke test uit hoofdstuk 6 ([32]).

(32) In de test uit hoofdstuk 6 wordt geen onderscheid gemaakt tussen actieve financiële winsten die worden verkregen uit financiële transacties tussen ondernemingen, en transacties met niet-verbonden wederpartijen. Multinationale groepen centraliseren financiële taken vaak in ondernemingen voor financieel beheer. De activiteiten van dergelijke ondernemingen kunnen een financiële handel vormen, zodat de winst uit die handel onder de hoofdstukken 4 en 6 (actieve financiële winsten) zou vallen en niet onder de hoofdstukken 5 en 9 (NTFP) ([33]). Indien een CFC echter een onderneming voor financieel beheer van groepen is ([34]), kan deze ervoor kiezen om zijn actieve financiële winsten te laten behandelen, alsof deze NTFP waren (door middel van een kennisgeving aan een functionaris van Her Majesty's Revenue and Customs) ([35]). Indien hiervoor wordt gekozen, is hoofdstuk 5 van toepassing om vast te stellen of voor de "veronderstelde" NTFP een CFC-heffing geldt en of de belastbare entiteit gerechtigd is om aanspraak te maken op de vrijstelling op grond van hoofdstuk 9.

2.2. **De betwiste maatregel: de vrijstelling inzake groepsfinanciering**

(33) Of en in welke mate er een CFC-heffing wordt geheven over de NTFP van een CFC wordt niet uitsluitend bepaald op basis van de tests uit hoofdstuk 5. Indien een CFC NTFP behaalt die op grond van hoofdstuk 9 onder de criteria uit hoofdstuk 5 vallen, kan er een gedeeltelijke (75 %) of volledige vrijstelling (tot 100 %) van toepassing zijn om de CFC-heffing vast te stellen voor NTFP die uit een lening aan een buitenlandse groepsonderneming zijn verkregen. In dit besluit wordt deze bepaling "de vrijstelling inzake groepsfinanciering" of "de betwiste maatregel" genoemd.

([30]) Het met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal wordt gedefinieerd als elke directe of indirecte, formele of informele bijdrage van kapitaal door een met het Verenigd Koninkrijk verbonden onderneming aan de CFC, alsmede alle winsten van CFC's die voor een eerdere boekhoudkundige periode als "kunstmatig verlegde winsten" zijn aangemerkt en nu worden gebruikt voor de financiering van latere leningen van de CFC.

([31]) Met deze twee aanvullende specifieke tests wordt bekeken of de NTFP voortkomen uit regelingen in plaats van dividenden aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen of een regeling met betrekking tot financiële leases in het Verenigd Koninkrijk.

([32]) Volgens de specifieke test uit hoofdstuk 6 lopen actieve financiële winsten van een CFC via de *CFC charge gateway*, voor zover deze worden gefinancierd met een vermogensoverschot van bijdragen uit het met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal. Waar de *gateway* voor NTFP uit hoofdstuk 5 voor de alternatieve test het ruimere criterium hanteert van eventueel met financiering uit met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal, is de specifieke test uit hoofdstuk 6 voor actieve financiële winsten gebaseerd op "overtollig vrij kapitaal" van de CFC, dat wil zeggen het kapitaal boven het kapitaal waarover het naar verwachting redelijkerwijs zou beschikken, als het niet voor 51 % een dochteronderneming van een andere onderneming was (TIOPA, artikel 371FA). Alleen in geval van een overschot aan eigen vermogen uit het met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal, lopen veronderstelde winsten via deze *gateway* en zijn deze onderworpen aan een CFC-heffing.

([33]) Een dergelijke onderneming handelt in feite op een wijze die vergelijkbaar is met die van een retailbank: een groot aantal transacties, een groot aantal inkomsten en uitgaven, hedgingactiviteiten. De structurele leningactiviteit wordt grotendeels gefinancierd uit groepsdeposito's en maakt in het algemeen winst op basis van marges tussen leningactiviteiten en het aantrekken van deposito's.

([34]) Om te bepalen of een CFC een "onderneming voor financieel beheer van groepen" is, is TIOPA, artikel 316, leden 5 t/m 11 van toepassing.

([35]) TIOPA, artikel 371CE, lid 2.

(34) De vrijstelling inzake groepsfinanciering is uitsluitend van toepassing op de winsten die onder hoofdstuk 5 vallen. Deze vervangt de in hoofdstuk 5 opgenomen heffingsbepalingen door een automatische regel die de CFC-heffing gelijkstelt aan 25 % van de NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen ([36]) (de gedeeltelijke vrijstelling (75 %)) of onder bepaalde omstandigheden aan 0 % (de volledige vrijstelling). De gedeeltelijke vrijstelling is de standaardregel. Voor zover de desbetreffende lening uit zogenoemde "in aanmerking komende middelen" wordt gefinancierd ([37]), mogen de winsten van de CFC tot maximaal 100 % van de relevante NTFP worden vrijgesteld. Bovendien kan het resterende deel van de desbetreffende NTFP dat, afhankelijk van de vraag of het om een gedeeltelijke of volledige vrijstelling gaat, nog steeds via de *CFC charge gateway* loopt, toch volledig worden vrijgesteld van de CFC-heffing in het kader van de zogenoemde regel voor "overeenkomende rente" ([38]).

(35) In de Richtsnoeren bij de inleidende opmerkingen van het HMRC ([39]) bij hoofdstuk 9 staat dat de "vrijstellingen voor NTFP uit hoofdstuk 9 zijn ingevoerd om de moeilijke kwesties aan te pakken die ontstaan als gevolg van de fungibiliteit van het geld binnen een multinationale groep" ([40]). De Britse autoriteiten hebben verklaard dat het opnamepercentage van 25 % (vrijstelling 75 %) is gebaseerd op de veronderstelling dat een volledig met eigen vermogen gefinancierde CFC met NTFP, zonder belastingoverwegingen, uit het Verenigd Koninkrijk zou worden gefinancierd via een hoger percentage vreemd vermogen en een kleiner deel van het eigen vermogen, wat leidt tot aanvullende financiële winsten voor de Britse moederonderneming ([41]). De hoogte van de vrijstelling is tijdens het opstellen van het hervormde CFC-regime besproken met vertegenwoordigers uit het Britse bedrijfsleven. Uit de notulen van de raadpleging blijkt dat aanvankelijk een vrijstelling van 50 % werd overwogen (met een effectief belastingtarief van 10 %). Vertegenwoordigers van het bedrijfsleven drongen aan op een hogere vrijstelling van 75 %, wat leidde tot een effectief belastingtarief van 2 tot 6 % ([42]).

(36) De betwiste maatregel is alleen van toepassing op NTFP die de CFC verkrijgt uit leningen aan buitenlandse groepsondernemingen die worden gecontroleerd door dezelfde in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming als de CFC. Deze leenverhoudingen worden "in aanmerking komende leenverhoudingen" genoemd. ([43]) De vrijstelling inzake groepsfinanciering vormt een volmacht voor het Britse verband met de financiering van de in aanmerking komende leenverhouding, zodat multinationale groepen de exacte bron of geschiedenis van de financieringsregelingen van de groep en de mate waarin zij door het Verenigd Koninkrijk worden gedragen, niet hoeven te traceren ([44]).

(37) Door in hun aangifte vennootschapsbelasting aanspraak te maken op grond van hoofdstuk 9, kunnen alle mogelijk belastbare entiteiten met een CFC die NTFP behaalt uit een lening die is onderworpen aan een in aanmerking komende leenverhouding, ervoor kiezen de bijzondere regels van hoofdstuk 9 toe te passen in plaats van de algemene regels uit hoofdstuk 5, op voorwaarde dat de CFC aan een bedrijfspandtest voldoet. Aan deze

([36]) Zie overweging 36.

([37]) In aanmerking komende middelen zijn de leningen van de CFC die niet direct of indirect verband houden met bredere groepsfinancieringen, en omvatten winsten die worden verkregen uit het verstrekken van leningen aan relevante leden van de CFC-groep die uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van de bedrijfsactiviteiten van de CFC-groep op het desbetreffende grondgebied, of middelen of andere activa die door de CFC zijn ontvangen in verband met aandelen van de CFC in of uitgegeven door de leden van de CFC-groep (zie TIOPA, artikel 371IB).

([38]) TIOPA, artikel 371IE. In het kader van de regel voor overeenkomende rente wordt een resterende CFC-heffing die overblijft na toepassing van de gedeeltelijke of volledige vrijstelling, beperkt tot de hoogte van de netto Britse rentelasten binnen de Britse groep. Het plafond voorkomt een CFC-heffing wanneer de Britse leden van de groep in totaal netto financieringsinkomsten hebben die gelijk zijn aan of hoger zijn dan hun netto financieringsaftrek (intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM216100).

([39]) Het ministerie van de Britse regering dat belast is met de inning van belastingen, staat bekend als *Her Majesty's Revenue and Customs* ("HMRC").

([40]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM216100.

([41]) Britse brief van 15 januari 2018, punt 58.

([42]) Punt 6 van de notulen van de vergadering van de werkgroep Monetaire Activa van CFC's van 4 februari 2011.

([43]) In TIOPA, artikel 371IG, staat een uiteenzetting van de traceringsregels om te bepalen wanneer een door een CFC verstrekte lening een in aanmerking komende leenverhouding is, en worden situaties behandeld waarin de partij die de lening aanvankelijk ontving, de middelen gebruikt om zelf een lening te verstrekken (de regel voor de "uiteindelijke debiteur"). Zie ook intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM217100.

([44]) Zie intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM216100. Voorts werd vermeld dat het opnemen van deze vrijstelling is bedoeld om een vast laag belastingtarief te hanteren voor intragroepsfinanciering, wat in de meeste situaties "tegen het jaar 2014 zou leiden tot een effectief vennootschapsbelastingtarief in het Verenigd Koninkrijk over winsten van overzeese intragroepsfinancieringen ten belope van 5,75 %". Raadpleging van HMRC over CFC-hervorming, juni 2011 bij punt 1.10.

test wordt voldaan, indien de CFC op het grondgebied waarop deze fiscaal is gevestigd over een pand beschikt dat in redelijk permanente mate wordt (of zal worden) bezet en gebruikt en van waaruit de activiteiten van de CFC op dat grondgebied geheel of hoofdzakelijk worden uitgevoerd ([45]).

2.3. **Wijzigingen van de Britse CFC-regels**

(38) Op 6 juli 2018 kondigde het Verenigd Koninkrijk aan dat de *Finance Bill* (het belastingwetsvoorstel) 2018-2019 wijzigingen in de CFC-regels zou bevatten met het oog op de uitvoering van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad (de "richtlijn bestrijding belastingontwijking") ([46]). Deze wijzigingen hebben in de eerste plaats betrekking op de definitie van controle, die van invloed is op alle winsten waarop een CFC-heffing van toepassing is, en ten tweede op de aanwezigheid van SPF's in het Verenigd Koninkrijk ten behoeve van de toepassing van de vrijstelling inzake groepsfinanciering voor NTFP. De eerste wijziging is dus van meer algemene aard, maar de tweede wijziging heeft specifiek betrekking op de reikwijdte van de betwiste maatregel.

(39) De tweede wijziging beperkt de toegang tot de vrijstelling inzake groepsfinanciering, zodat belastbare entiteiten niet langer aanspraak kunnen maken op de vrijstelling op grond van hoofdstuk 9 voor NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen, in plaats van hoofdstuk 5 toe te passen, voor zover de NTFP worden verkregen uit activa en risico's in verband waarmee relevante SPF's worden uitgevoerd in het Verenigd Koninkrijk. Deze wijzigingen zijn aangenomen als onderdeel van de Finance Act 2019, onder artikel 20 (Gecontroleerde buitenlandse vennootschappen: vrijstelling en zeggenschap van financieringsmaatschappijen), lid 2, en zijn in werking getreden op 1 januari 2019 ([47]).

2.4. **Internationale en EU-context**

(40) Veel landen hebben CFC-regels ingevoerd om te voorkomen dat belastingplichtigen belastingen ontwijken of uitstellen door hun winsten te verleggen naar laagbelaste buitenlandse dochterondernemingen. Alle CFC-regels belasten de winst van bepaalde buitenlandse entiteiten onder bepaalde omstandigheden op het niveau van de fiscaal ingezeten aandeelhouders van de buitenlandse entiteit. De precieze uitvoeringsregels kunnen in de verschillende landen echter aanzienlijk verschillen ([48]), omdat de regels en criteria voor de vaststelling van deze elementen moeten worden afgestemd op het binnenlandse vennootschapsbelastingstelsel waarvan zij deel uitmaken, én de fiscale beleidsdoelstellingen van het desbetreffende land moeten weerspiegelen.

2.4.1. *OESO-leidraad (BEPS-project)*

(41) In haar "Actieplan inzake grondslaguitholling en winstverschuiving" ([49]) ("Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting") stelt de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) vast dat in veel landen CFC-regels zijn ingevoerd om een van de bronnen van grondslaguitholling en winstverschuiving (Base Erosion and Profit Shifting, hierna "BEPS" genoemd) aan te pakken, met name de mogelijkheid om verbonden niet-ingezeten belastingplichtigen te creëren en door de winsten van een ingezeten onderneming te verleggen naar de niet-ingezeten aangesloten onderneming. In het definitieve BEPS-verslag over actiepunt 3 betreffende het gebruik van CFC-regels worden aanbevelingen voor OESO- en niet-OESO-lidstaten uiteengezet met het oog op het opstellen van effectieve CFC-regels ([50]). Het verslag is opgesteld om ervoor te zorgen dat jurisdicties die ervoor kiezen om de CFC-regels toe te passen dat kunnen doen op een manier die doeltreffend is om te voorkomen dat belastingplichtigen winsten verleggen naar buitenlandse dochterondernemingen om belastingen te ontwijken. In het verslag worden de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk vermeld als voorbeeld van regels die gebruikmaken van de door de OESO ontwikkelde concepten voor de vaststelling van de SPF's van de groep in verband met elk actief om het toepassingsgebied van de regels vast te stellen ([51]).

([45]) TIOPA, artikel 371DG. HMRC heeft aanvullende richtsnoeren gepubliceerd over de werking van de test in de specifieke context van hoofdstuk 9 en NTFP (intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM216650).
([46]) Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB L 193 van 19.7.2016, blz. 1).
([47]) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/1/pdfs/ukpga_20190001_en.pdf
([48]) Dit heeft bijvoorbeeld betrekking op de definitie van controle, lage belasting en verlegging van winsten, maar ook op administratieve bepalingen inzake de berekening van de CFC-winsten en het voorkomen van dubbele belasting.
([49]) OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en
([50]) OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 — 2015 Final Report*, OESO/G20 Project grondslaguitholling en winstverschuiving, OECD Publishing, Parijs. http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en
([51]) OESO (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 — 2015 Final Report*, punt 85, voetnoot 12. Het verslag bevat geen enkele verwijzing naar speciale vrijstellingen in de CFC-regels voor de inkomsten uit groepsfinanciering.

2.4.2. *De richtlijn bestrijding belastingontwijking*

(42) Op Unieniveau heeft de Raad op 12 juli 2016 de richtlijn bestrijding belastingontwijking vastgesteld ([52]). In de overwegingen van die richtlijn wordt uitdrukkelijk verwezen naar de eindverslagen over de 15 actiepunten van de OESO tegen BEPS en de conclusies van de Raad van 8 december 2015, waarin werd beklemtoond dat er op EU-niveau gemeenschappelijke, flexibele oplossingen moeten worden gevonden die stroken met de OESO-conclusies inzake BEPS. In de overwegingen wordt ook vermeld:

> "Door de toepassing van regels betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (controlled foreign companies — cfc's) worden de inkomsten van een laagbelaste dochteronderneming waarover een moedermaatschappij zeggenschap uitoefent, opnieuw aan deze moedermaatschappij toegerekend. De moedermaatschappij wordt vervolgens door de staat waarvan zij fiscaal inwoner is, over deze toegerekende inkomsten belast. Afhankelijk van de beleidsprioriteiten van die staat kunnen de cfc-regels gericht zijn op een laagbelaste dochteronderneming in haar geheel of op specifieke categorieën van inkomsten, dan wel beperkt zijn tot inkomsten die kunstmatig naar de dochteronderneming zijn gesluisd."

(43) De daadwerkelijke regel betreffende CFC's is vastgelegd in artikel 7 van de richtlijn bestrijding belastingontwijking en laat de lidstaten de keuze tussen twee verschillende soorten CFC-regels. De standaardregel waarin soorten winst worden vermeld die, indien deze aan een lage belasting zijn onderworpen, onder de CFC-regel moeten worden belast, is opgenomen in artikel 7, lid 1, lid 2, onder a), en lid 3. In artikel 7, lid 1, lid 2, onder b), en lid 4 is een alternatieve regel opgenomen die is gebaseerd op een SPF-test, waarin wordt verklaard dat de winsten van een CFC die voortvloeien uit SPF's die worden uitgevoerd in de lidstaat die de controle uitoefent, moeten worden onderworpen aan een CFC-heffing ([53]).

(44) De relevantste bepalingen van artikel 7 luiden als volgt:

> *"Artikel 7*
>
> **Regel betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (cfc's)**
>
> 1. De lidstaat van een belastingplichtige behandelt een entiteit […] als een gecontroleerde buitenlandse vennootschap, indien de volgende voorwaarden zijn vervuld: […]
>
> 2. Wanneer een entiteit […] als een gecontroleerde buitenlandse vennootschap wordt behandeld overeenkomstig lid 1, neemt de lidstaat van de belastingplichtige het volgende op in de belastinggrondslag:
>
> a) de niet-uitgekeerde inkomsten van de entiteit of de inkomsten van de vaste inrichting, afkomstig uit de volgende categorieën:
>
> i) rente of andere inkomsten die worden gegenereerd door financiële activa;
>
> […]
>
> Dit punt is niet van toepassing niet wanneer de gecontroleerde buitenlandse vennootschap een wezenlijke economische activiteit, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en lokalen, uitoefent zoals blijkt uit de relevante feiten en omstandigheden.
>
> […]
>
> of:
>
> b) de niet-uitgekeerde inkomsten van de entiteit of vaste inrichting die voortkomen uit kunstmatige constructies die zijn opgezet met als wezenlijk doel een belastingvoordeel te verkrijgen.
>
> Voor de toepassing van dit punt wordt een constructie of een reeks constructies als kunstmatig aangemerkt, voor zover de entiteit of vaste inrichting geen eigenaar van de activa zou zijn, of niet de risico's zou hebben genomen die al haar inkomsten, of een deel ervan, genereren indien zij niet onder de zeggenschap stond van een vennootschap waar de voor die activa en risico's relevante sleutelfuncties worden verricht, welke een essentiële rol vervullen bij het genereren van de inkomsten van de gecontroleerde vennootschap.
>
> 3. Wanneer, volgens de regels van een lidstaat, de belastinggrondslag van een belastingplichtige wordt berekend overeenkomstig lid 2, punt a), kan die lidstaat ervoor kiezen een entiteit of vaste inrichting niet als gecontroleerde buitenlandse vennootschap te behandelen op grond van lid 1, indien een derde of minder van de aan de entiteit of de vaste inrichting toevallende inkomsten onder de categorieën van lid 2, punt a), valt.

([52]) Richtlijn (EU) 2016/1164. In overeenstemming met artikel 11 van de richtlijn moeten de lidstaten de bepalingen van de richtlijn met ingang van 1 januari 2019 uitvoeren en toepassen.

([53]) In artikel 8 van de richtlijn bestrijding belastingontwijking wordt nader ingegaan op de wijze waarop de winsten van CFC's worden berekend.

Wanneer, volgens de regels van een lidstaat, de belastinggrondslag van een belastingplichtige wordt berekend overeenkomstig lid 2, punt a), kan die lidstaat ervoor kiezen financiële ondernemingen niet als gecontroleerde buitenlandse vennootschappen te behandelen, indien een derde of minder van de inkomsten van de entiteit uit de categorieën onder lid 2, punt a), voortkomt uit transacties met de belastingplichtige of zijn gelieerde ondernemingen.

[…]"

2.5. **Reikwijdte van de vrijstelling**

(45) De vrijstelling inzake groepsfinanciering is sinds 1 januari 2013 van kracht. De belastingplichtigen die aanspraak kunnen maken op de vrijstelling inzake groepsfinanciering zijn in het Verenigd Koninkrijk gevestigde belastingplichtige vennootschappen — of belastbare entiteiten — die zeggenschap hebben over een CFC met NTFP die worden verkregen uit een in aanmerking komende leenverhouding en die in hun aangifte vennootschapsbelasting aanspraak hebben gemaakt op de toepassing van hoofdstuk 9 voor de berekening van de CFC-heffing in verband met deze winsten, in plaats van de CFC-heffing te berekenen op basis van de regels uit hoofdstuk 5. Die belastingplichtigen maken deel uit van een multinationale groep die ten minste de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde belastbare entiteit, de CFC en de buitenlandse dochteronderneming omvat die via de in aanmerking komende leenverhouding wordt gefinancierd en die ook onder zeggenschap van die belastbare entiteit staat. Zoals wordt vermeld in overweging 38 is deze met ingang van 1 januari 2019 niet langer van toepassing op NTFP waarvan de relevante SPF's zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden.

(46) Er is geen verplichte voorafgaande goedkeuring of voorafgaande ophelderingsprocedure. De niet-wettelijk vereiste ophelderingsdienst van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot de juiste interpretatie van de belastingwetgeving is ook beschikbaar voor de CFC-regels. De Commissie heeft een lijst opgevraagd en ontvangen van de niet-wettelijk vereiste opheldering met betrekking tot de herziene CFC-bepalingen die de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk tot 31 maart 2014 hebben uitgevaardigd na de invoering van de herziene CFC-regels. Daarbij ging het zowel om situaties waarin een belastbare entiteit heeft gevraagd om een niet-wettelijk vereiste opheldering voor een aanspraak op grond van hoofdstuk 9, waarbij zij aanspraak maakt op gedeeltelijke of volledige vrijstelling, als om interpretatiekwesties met betrekking tot andere aspecten van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk, zoals de toepasselijkheid van een vrijstelling op entiteitsniveau. Net als alle niet-wettelijk vereiste opheldering die het HMRC afgeeft, bevatten deze advies in geval van oprechte twijfel over de interpretatie van een specifieke wettelijke bepaling.

3. **REDENEN VOOR HET INLEIDEN VAN DE PROCEDURE**

(47) De Commissie heeft besloten de formele onderzoeksprocedure in te leiden, omdat zij het voorlopige standpunt had ingenomen dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering staatssteun vormde in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, en zij betwijfelde of de vrijstelling inzake groepsfinanciering als verenigbaar met de interne markt kon worden beschouwd.

(48) De Commissie was het voorlopige standpunt toegedaan dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering een *steunregeling* vormde in de zin van artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad ([54]), voor zover deze zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen zijn vereist Britse groepsondernemingen van multinationale groepen vrijstelde van een CFC-heffing die anders belastbaar zouden zijn over bepaalde NTFP van de CFC's die onder hun zeggenschap staan.

(49) De Commissie stelde zich op het voorlopige standpunt dat de betwiste maatregel een selectief voordeel bood. Zij was van mening dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering een afwijking vormde van de Britse CFC-regels (die volgens de Commissie in dit geval het referentiestelsel waren), aangezien deze een aantal NTFP vrijstelde van de CFC-heffing.

([54]) Met ingang van 14 oktober 2015 heeft Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 248 van 24.9.2015, blz. 9) Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1) ingetrokken en vervangen. Verwijzingen naar Verordening (EG) nr. 659/1999 gelden als verwijzingen naar Verordening (EU) 2015/1589 en worden gelezen volgens de in bijlage II bij laatstgenoemde verordening opgenomen concordantietabel.

(50) De Commissie nam ook het voorlopige standpunt in dat het door de betwiste maatregel verleende voordeel selectief was, aangezien het alleen beschikbaar was voor marktdeelnemers die financieringstransacties uitvoerden met verbonden buitenlandse schuldenaren, en dat het niet beschikbaar was voor marktdeelnemers die andere financieringstransacties verrichten waarbij hetzij verbonden Britse schuldenaren, hetzij in het Verenigd Koninkrijk gevestigde externe debiteuren betrokken waren, ondanks het feit dat zij allemaal in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie leken te verkeren in het licht van de doelstelling van de Britse CFC-regels.

(51) Voorts stelde de Commissie zich op het voorlopige standpunt dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering niet gerechtvaardigd kon worden door de aard of de algemene opzet van de Britse CFC-regels, aangezien zij niet van mening was dat NTFP uit de in aanmerking komende leenverhoudingen in het licht van de doelstelling van de Britse CFC-regels een lager risico op kunstmatige winstverlegging meebrachten dan andere soorten NTFP. De Commissie was van oordeel dat de betwiste maatregel niet noodzakelijk leek te zijn om een logisch of legitiem doel na te streven en, zelfs indien deze dat wel deed, achtte de Commissie de maatregel onevenredig.

(52) Aangezien aan alle andere voorwaarden van artikel 107, lid 1, van het Verdrag is voldaan, kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering staatssteun vormde. Daar de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk geen enkel argument hebben aangevoerd om aan te geven dat een van de uitzonderingen uit artikel 107, lid 2 of 3, van het Verdrag van toepassing zou kunnen zijn, en gezien de steun voor de bedrijfsvoering van de maatregel, betwijfelde de Commissie of de maatregel als verenigbaar met de interne markt kon worden beschouwd. Op die gronden heeft de Commissie besloten om ten aanzien van de betwiste maatregel de procedure uit artikel 108, lid 2, van het Verdrag in te leiden.

4. **OPMERKINGEN VAN HET VERENIGD KONINKRIJK**

(53) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk zijn het niet eens met de zorgen die de Commissie in het besluit tot inleiding van de procedure heeft geuit. In hun antwoord op het besluit tot inleiding van de procedure van 15 januari 2018 voeren zij vier argumenten aan ter staving van hun standpunt dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering geen steun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag vormt:

a) de vrijstelling inzake groepsfinanciering bevoorrecht geen ondernemingen of vormt geen voordeel. Deze is ontworpen om de grenzen van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting vast te stellen door kunstmatig verlegde winsten te definiëren in plaats van een vrijstelling te verlenen voor een reeds vastgestelde heffingsgrondslag;

b) het Britse vennootschapsbelastingstelsel zou het gepaste referentiestelsel moeten zijn ([55]);

c) de vrijstelling inzake groepsfinanciering is geen afwijking van het referentiestelsel, aangezien deze geen onderscheid maakt tussen marktdeelnemers die zich, in het licht van de doelstellingen van het referentiestelsel, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden;

d) indien de vrijstelling inzake groepsfinanciering een afwijking van het referentiestelsel vormt, kan deze afwijking worden gerechtvaardigd door de basis- en hoofdbeginselen van dat referentiestelsel.

De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben in een latere brief van 22 maart 2018 aanvullende argumenten naar voren gebracht, in een brief van 23 februari 2018 opmerkingen over de input van belanghebbenden en in een brief van 3 juli 2018 verdere verduidelijking van de toepassing van de CFC-regels op financiële winsten.

4.1. **Opmerkingen over het bestaan van een voordeel**

(54) De Britse autoriteiten voeren aan dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering de financiële positie van een onderneming niet verbetert door de lasten te verlichten die normaliter in haar begroting zouden worden opgenomen, of door de belasting te verlagen die normaal gesproken verschuldigd zou zijn, en dat deze derhalve geen selectief voordeel aan een onderneming verleent. Zij brengen in herinnering dat de hervorming van de vennootschapsbelasting in 2013 het belastingstelsel territorialer van aard maakte, hetgeen betekent dat de winst van een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming gewoonlijk niet wordt belast door het Verenigd Koninkrijk (tenzij er sprake is van een vaste inrichting) en dat een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming gewoonlijk niet wordt belast over de winst van haar (niet-)binnenlandse dochterondernemingen. Het CFC-regime is de uitzondering op deze algemene beginselen. Het heeft tot doel een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming te belasten over de winsten van haar niet-ingezeten dochterondernemingen, voor zover deze winsten kunstmatig zijn verlegd uit het Verenigd Koninkrijk.

([55]) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk merken niettemin op dat de uitkomst van de beoordeling van de staatssteun, ook in het geval van een beperkter referentiestelsel, d.w.z. het Britse CFC-regime, gelijk zal zijn als de doelstellingen correct worden omschreven.

(55) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk stellen dat wat wordt bedoeld met kunstmatige verlegging uit het Verenigd Koninkrijk, aangezien het CFC-regime is bedoeld om de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting te beschermen, noodzakelijkerwijs afhankelijk is van wat het Verenigd Koninkrijk in die grondslag acht te moeten opnemen, zolang de definitie in overeenstemming is met het Unierecht.

(56) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk verklaren dat hoofdstuk 5 en hoofdstuk 9 de reikwijdte van het CFC-regime definiëren door te bepalen welke NTFP als kunstmatig verlegd moeten worden beschouwd. In hoofdstuk 5 staan de eerste filters voor het vaststellen van de NTFP die mogelijk kunstmatig zijn verlegd, en hoofdstuk 9 zorgt ervoor dat er geen winsten onder de heffing vallen als het op basis van aanvullende criteria onredelijk is om te concluderen dat deze kunstmatig zijn verlegd.

(57) Winsten die onder de vrijstelling inzake groepsfinanciering vallen, worden volgens de Britse autoriteiten derhalve niet als kunstmatig verlegde winsten beschouwd. Dit betekent dat de algemene beginselen van het vennootschapsbelastingstelsel van toepassing zijn en dat de winst die door een buitenlandse dochteronderneming wordt behaald, niet moet worden belast. Het niet-belasten van deze winst vormt derhalve geen voordeel.

(58) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk brengen eveneens in herinnering dat het Gerecht in de zaak *Sanierungsklausel* ([56]) oordeelde dat een vrijstelling van een ontwijkingsbestrijdingsbepaling die onverenigbaar is met de doelstelling van die bepaling, een afwijking vormt. Volgens de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk vormt de vrijstelling inzake groepsfinanciering echter geen vrijstelling, aangezien deze geen marktdeelnemers uitsluit van het CFC-regime, maar wel bepaalt of en in welke mate kan worden gesteld dat winsten die voortvloeien uit leningen binnen een groep, kunstmatig uit het Verenigd Koninkrijk zijn verlegd. De vrijstelling is volgens de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk dus verenigbaar met de doelstelling van het CFC-regime.

4.2. **Opmerkingen over selectiviteit**

4.2.1. *Het Britse vennootschapsbelastingstelsel zou het referentiestelsel moeten zijn*

(59) De Britse autoriteiten zijn het oneens met het standpunt van de Commissie in het besluit tot inleiding van de procedure dat het CFC-regime van het Verenigd Koninkrijk het referentiestelsel is, en stelt in plaats daarvan dat het Britse vennootschapsbelastingstelsel het juiste referentiestelsel is. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk stellen dat het doel en de opzet van het CFC-regime alleen kunnen worden begrepen in de context van de algemene benadering van het Verenigd Koninkrijk voor het belasten van ondernemingswinst.

(60) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk stellen dat het van cruciaal belang is om de definitie van ondernemingswinst te begrijpen, met inbegrip van de behandeling van verschillende inkomsten- en uitgavenposten en het tijdstip van hun erkenning in het bredere Britse vennootschapsbelastingstelsel, om inzicht te krijgen in de specifieke mogelijkheden tot misbruik die het CFC-regime beoogt te beschermen.

(61) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk wijzen erop dat het CFC-regime slechts een van de maatregelen ter voorkoming van belastingontwijking is die erop zijn gericht de Britse belastinggrondslag te beschermen, en dat de benadering die in het Britse vennootschapsbelastingstelsel wordt gehanteerd voor de prijsstelling van transacties binnen een groep en de bredere beschermingsmaatregelen, zoals de regels inzake "belasting over verlegde winst" en "hybridemismatches", een belangrijke context biedt voor het begrijpen van het CFC-regime als een onderdeel van de verdediging van het Verenigd Koninkrijk tegen kunstmatige winstverlegging.

(62) Volgens de Britse autoriteiten helpt een erkenning van deze bredere beleidsoverwegingen die ten grondslag liggen aan het Britse vennootschapsbelastingstelsel, om inzicht te verwerven in de gedetailleerde opzet van de CFC-regels — voornamelijk de noodzaak van een administratief systeem dat proportionele resultaten behaalt voor verschillende soorten ondernemingen binnen het Britse vennootschapsbelastingstelsel en tegelijk ook in overeenstemming is met het Unierecht inzake fundamentele vrijheden ([57]).

(63) Ingeval het CFC-regime als referentiestelsel wordt aangemerkt, voeren de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk aan dat de doelstelling van het CFC-regime moet worden bepaald met betrekking tot het vennootschapsbelastingstelsel waarin het actief is. In dit geval kan de doelstelling van het CFC-regime zelf worden omschreven als "het beschermen van de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting door te trachten om winsten waarvoor redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zij kunstmatig uit het Verenigd Koninkrijk zijn verlegd door middel van een uitvoerbare reeks regels die in overeenstemming zijn met de Europese wetgeving, vast te stellen en binnen het toepassingsgebied van de Britse belasting te brengen" ([58]).

([56]) Zaak T-287/11 *Hitkamp BauHolding GmbH/Europese Commissie*, ECLI:EU:T:2016:60 en zaak T-620/11 *GFKL Financial Services AG/Europese Commissie*, ECLI:EU:T:2016:59.

([57]) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk beschrijven de alternatieve benaderingen die ten tijde van de hervorming van de CFC-regels in aanmerking zijn genomen, ten opzichte van de huidige CFC-regels die in 2013 zijn aangenomen. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk verklaren verder waarom geen van deze alternatieven is gekozen (brief van het Verenigd Koninkrijk van 22 maart 2018, punt 4).

([58]) Brief van het Verenigd Koninkrijk van 15 januari 2018 in antwoord op het besluit tot inleiding van de procedure van de Europese Commissie in overweging 106.

4.2.2. *De vrijstelling inzake groepsfinanciering is geen afwijking*

(64) De Britse autoriteiten zijn niet van mening dat de in hoofdstuk 9 opgenomen vrijstelling inzake groepsfinanciering een voordeel oplevert dat *prima facie* selectief is, omdat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen marktdeelnemers die zich, in het licht van de door het referentiestelsel beoogde doelstellingen, in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden.

(65) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk vergelijken de situatie die onder de vrijstelling inzake groepsfinanciering valt, — een CFC die NTFP behaalt uit een in aanmerking komende leenverhouding — met de situaties die hier niet onder vallen, waarbij CFC's NTFP behalen uit leningen aan partijen die een band met het Verenigd Koninkrijk hebben, of aan derden.

(66) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk nemen het standpunt in dat deze drie soorten passief lenen — d.w.z. in aanmerking komende leenverhoudingen, leningen aan partijen die een band met het Verenigd Koninkrijk hebben (door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk "upstream loans" genoemd) en leningen aan derden (door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk "money boxes" genoemd) — fundamenteel verschillende situaties zijn die verschillende mogelijkheden voor ontwijking en verschillende risico's op kunstmatige verlegging creëren en daarom feitelijk en juridisch niet vergelijkbaar zijn.

(67) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk zijn van mening dat er geen commerciële rechtvaardiging is voor *upstream loans* en *money boxes* en dat deze een duidelijke aanwijzing voor kunstmatige verlegging vormen ([59]). Het standpunt is minder duidelijk in geval van een in aanmerking komende leenverhouding, waarbij er in het kader van financieringsmaatschappijen die betrokken zijn bij leningen aan een buitenlandse groep, een duidelijkere commerciële rechtvaardiging kan zijn en het moeilijker kan zijn om objectief aan te tonen dat in een regeling sprake is van kunstmatige verlegging van winsten. Op basis hiervan stelt het Verenigd Koninkrijk dat de drie soorten leningen feitelijk en juridisch niet vergelijkbaar zijn ([60]).

(68) Daarnaast brengen de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk in herinnering dat de Commissie in eerdere beschikkingen met betrekking tot de Nederlandse Groepsrenteboxregeling ([61]) en de Hongaarse groepsrentebelastingregeling ([62]) erkende dat er verschillen bestaan tussen de rente van verbonden groepsondernemingen en die van derden ([63]).

(69) De Britse autoriteiten delen het standpunt van de Commissie niet dat de betrekkingen tussen ondernemingen over het algemeen als het grootste risico voor fiscaal gemotiveerde structuren worden beschouwd, met name wanneer het gaat om financieringsregelingen die gebruikmaken van de arbitrage tussen vreemd en eigen vermogen. Zij stellen dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering een weerspiegeling van de beleidskeuze van het Verenigd Koninkrijk is om de kunstmatige verlegging van buitenlandse winsten niet aan te pakken. De door de Commissie vastgestelde gedifferentieerde behandeling zou daarom inherent zijn aan de doelstelling van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk brengen in herinnering dat het CFC-regime alleen betrekking heeft op de kunstmatige verlegging van winst uit het Verenigd Koninkrijk en niet op de kunstmatige verlegging van buitenlandse groepsrente, waarbij het Verenigd Koninkrijk niet wordt benadeeld.

4.2.3. *Rechtvaardiging door de basis- en hoofdbeginselen van het referentiestelsel*

(70) De Britse autoriteiten voeren aan dat indien de vrijstelling inzake groepsfinanciering een afwijking vormt, dit wordt gerechtvaardigd door de basis- en hoofdbeginselen van het vennootschapsbelastingstelsel en het CFC-regime, d.w.z. het voorkomen van kunstmatige verlegging van winst uit het Verenigd Koninkrijk via een systeem dat robuust en uitvoerbaar is en verenigbaar is met het Unierecht.

([59]) In het geval van "upstream loans" kan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming de rentelasten van deze lening aftrekken van haar winst, terwijl de rentebaten van de investering op CFC-niveau niet worden belast (of onderworpen aan lage belastingen). In deze situatie is het Verenigd Koninkrijk van mening dat de combinatie van het niet belasten van de NTFP op CFC-niveau en de renteaftrek in het Verenigd Koninkrijk een bedreiging vormt voor de Britse schatkist. Het Verenigd Koninkrijk is van mening dat er geen geldige commerciële reden is om de financiering van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming via een CFC te organiseren, in plaats van het geld rechtstreeks aan de andere onderneming in het Verenigd Koninkrijk te lenen. Daarom zouden zowel het doel als het gevolg van de financieringsregeling zijn dat de rentebaten kunstmatig worden verlegd uit het Verenigd Koninkrijk, waardoor een belastingvoordeel van het Verenigd Koninkrijk wordt verkregen. In het geval van *money boxes* zijn de kans dat winsten kunstmatig worden verlegd en de impact op de Britse belastinggrondslag volgens de Britse autoriteiten aanzienlijk.

([60]) Brief van het Verenigd Koninkrijk van 3 juli 2018, bijlage, punt 3.

([61]) Beschikking 2009/809/EG van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox C 4/07 (ex N 465/06) die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen (PB L 288 van 4.11.2009, blz. 26).

([62]) Beschikking 2010/95/EG van de Commissie van 28 oktober 2009 betreffende de door Hongarije ten uitvoer gelegde steunmaatregel C 10/07 (ex NN 13/07) inzake belastingaftrek voor groepsrente (PB L 42 van 17.2.2010, blz. 3).

([63]) Brief van het Verenigd Koninkrijk van 15 januari 2018, overweging 119.

(71) De Britse autoriteiten vestigen de aandacht op het feit dat hoofdstuk 9 is gebaseerd op een mechanische test die het juiste evenwicht houdt tussen het goed afhandelen van alleen de gevallen met een hoog risico onder verschillende belastingplichtigen, en er tegelijkertijd voor zorgen dat er niet te veel winsten worden opgenomen die onverenigbaar zijn met de rechtsfilosofie van de Unie inzake fundamentele vrijheden. De Britse autoriteiten voeren aan dat er volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de vrijheid van vestiging, met name de zaak *Cadbury Schweppes* ([64]), geen CFC-heffing kan worden geheven ten aanzien van buitenlandse dochterondernemingen met echte commerciële activiteiten. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk verklaren dat de mechanische tests en de vaste percentages zodanig zijn vastgesteld dat er niet te veel winsten worden opgenomen. De Britse autoriteiten zijn van mening dat dit evenwicht duidelijk in overeenstemming is met de internationaal aanvaarde praktijk en met name met het BEPS-verslag over actiepunt 3.

(72) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk voeren aan dat de hoofdstukken 5 en 9 deze aanpak weerspiegelen met specifieke criteria om een onderscheid te maken tussen het risico en de impact van de verschillende regelingen op de Britse belastinggrondslag en met een mechanische benadering om met risico's op ontwijking bij verschillende belastingplichtigen om te gaan. Het gebruik van deze aanpak levert redelijke benaderingen op van kunstmatig verlegde winst voor regelingen waarbij dit moeilijk is vast te stellen of waarvoor subjectieve oordelen over het geschikte nulscenario nodig zijn; naar het oordeel van de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk biedt de verhouding 75 % vrijstelling/25 % opname van de vrijstelling inzake groepsfinanciering dit evenwicht.

5. **OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN**

(73) Acht belanghebbenden hebben opmerkingen ingediend. De Law Society of England and Wales heeft op 19 december 2017 opmerkingen ingediend. Op 21 december 2017 heeft Joseph Hage Aardason LLP opmerkingen ingediend. Vier belanghebbenden, die om geheimhouding van hun identiteit hebben verzocht, hebben op 22 december 2017 opmerkingen ingediend. Op dezelfde dag werden opmerkingen ontvangen van Ernst & Young LLP. Tot slot heeft Vodafone Group plc op 2 januari 2018 zijn opmerkingen over het besluit tot inleiding van de procedure ingediend. De belanghebbenden zijn ofwel ondernemingen die de vrijstelling inzake groepsfinanciering de afgelopen jaren hebben toegepast, of belastingadvieskantoren die Britse cliënten adviseren over internationale belastingkwesties, waaronder de toepassing van de betwiste maatregel, of in één geval een nationale Britse organisatie die Britse rechtsbeoefenaars vertegenwoordigt.

(74) In grote lijnen komen de opmerkingen van de belanghebbenden overeen met de argumenten van de Britse autoriteiten. De nieuwe argumenten die de belanghebbenden hebben aangevoerd, die anders zijn dan die van de Britse autoriteiten, worden in dit punt samengevat.

5.1. **Opmerkingen over de keuze van het referentiestelsel**

(75) Verschillende belanghebbenden zijn het met het Verenigd Koninkrijk eens dat het referentiestelsel het Britse vennootschapsbelastingstelsel als geheel is, aangezien de CFC-regels een integraal en noodzakelijk onderdeel zijn van de Britse bepalingen inzake vennootschapsbelasting die van toepassing zijn op alle concerns met overzeese dochterondernemingen.

(76) Joseph Hage Aaronson LLP voert aan dat de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk het juiste referentiestelsel vormen, maar is van mening dat deze verschillende met elkaar verweven doelstellingen bevatten: het voorkomen van belastingontwijking, het beperken van het toepassingsgebied tot onechte activiteiten in het buitenland en het bieden van een uitvoerbaar regime. Hoofdstuk 5 en hoofdstuk 9 werken samen door elkaar voor het behalen van deze met elkaar verweven doelstellingen in evenwicht te houden. Sommige belanghebbenden voeren aan dat hoofdstuk 4 de benchmark of de normale regel voor het vaststellen van kunstmatige winsten zou zijn, als het CFC-regime het juiste referentiestelsel was. De betwiste maatregel zou dan geen afwijking van dat stelsel zijn, aangezien de gedeeltelijke vrijstelling bezwarender is dan de algemene regels van hoofdstuk 4, daar deze in een aantal situaties aanleiding geeft tot belasting in het Verenigd Koninkrijk wanneer de handelswinsten van een CFC op grond van hoofdstuk 4 niet zou worden onderworpen aan een CFC-heffing, namelijk wanneer er geen SPF's in het Verenigd Koninkrijk zijn of wanneer minder dan 50 % van alle relevante SPF's in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd.

(77) Één belanghebbende merkt op dat het Hof oordeelde dat de regelgevingstechniek geen invloed kan hebben op de beoordeling van de selectiviteit ([65]). Alleen het feit dat de wetgevingstechniek van het Verenigd Koninkrijk inhoudt dat de wetgeving breed wordt opgezet en dat het toepassingsgebied ervan vervolgens wordt beperkt door middel van specifieke bepalingen die duidelijk maken wat als aanvaardbaar wordt beschouwd, geeft niet aan dat de algemene regel de gewone of normale regeling is.

([64]) Zaak C-196/04, *Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2006:544.
([65]) Gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, *Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:2011:732.

(78) Verschillende belanghebbenden wijzen erop dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering niet afwijkt van de doelstellingen van het CFC-regime, maar wel zorgt voor de naleving van de jurisprudentie van het Hof inzake de vrijheid van vestiging, met name de zaak *Cadbury Schweppes*. Om in overeenstemming te zijn met *Cadbury Schweppes*, mag het CFC-regime alleen een CFC-heffing in rekening brengen in geval van volstrekt kunstmatige regelingen die zijn bedoeld om de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk te omzeilen, en niet in geval van regelingen om de buitenlandse belastingwetgeving te omzeilen. De belanghebbenden zijn van mening dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering erop is gericht dit te bereiken.

5.2. **Opmerkingen over afwijking**

(79) Volgens verschillende belanghebbenden bevinden uitsluitend Britse ondernemingen met CFC's die dezelfde categorie NTFP behalen zich in dezelfde juridische en feitelijke situatie. De twee situaties die niet onder de vrijstelling inzake groepsfinanciering vallen, te weten leningen aan partijen die een band met het Verenigd Koninkrijk hebben of leningen aan derden, verschillen duidelijk van de in aanmerking komende leenverhoudingen. Enerzijds zijn leningen van een CFC aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming een duidelijk voorbeeld van grondslaguitholling in het Verenigd Koninkrijk; anderzijds financieren passieve leningen aan of deposito's bij een derde geen echte commerciële activiteiten.

(80) In de situatie waarin de CFC's van Britse ondernemingen NTFP behalen uit een in aanmerking komende leenverhouding die potentieel onder de vrijstelling inzake groepsfinanciering kan vallen, kan de CFC daarentegen lokaal vermogen en een duidelijkere commerciële rechtvaardiging hebben, bijvoorbeeld het financieren van echte activiteiten van buitenlandse groepsondernemingen. De tests voor de vrijstelling inzake groepsfinanciering zijn in overeenstemming met *Cadbury Schweppes* bedoeld om situaties op te sporen en uit te sluiten waarop geen CFC-heffing van toepassing zou moeten zijn.

(81) Tot slot stellen de belanghebbenden dat leningen aan derden overwinst voor de groep als geheel opleveren die meestal kunstmatig zal worden verlegd, terwijl leningen aan buitenlandse verbonden partijen een kwestie zijn van de toedeling van middelen binnen de groep om de echte overzeese activiteiten van de exploitatiemaatschappijen te financieren.

5.3. **Opmerkingen over de rechtvaardiging**

(82) Belanghebbenden wijzen er ook op dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering kan worden gerechtvaardigd door de behoefte aan uitvoerbare regels. Sommige van hen geven argumenten over de evenredigheid van de vermogensverhouding van 1:3, die de basis vormt voor de gedeeltelijke vrijstelling (75 %), waarbij wordt aangevoerd dat deze niet kan worden vergeleken met een relatieve onderkapitalisatie. Anderen noemen de 25 % opname/75 % vrijstelling een pragmatische oplossing in omstandigheden waarin het niet haalbaar is ondernemingen te verplichten om de bron van elk kapitaal nauwkeurig vast te stellen of te volgen. Dit zou aanzienlijke nalevingslasten met zich meebrengen.

(83) Een van de belanghebbenden wijst erop dat sommige belastingplichtigen gebruik kunnen hebben gemaakt van de administratief eenvoudigere regels uit hoofdstuk 9, zonder na te gaan of deze gunstiger zijn dan de regels uit hoofdstuk 5, zodat deze belastingplichtigen in werkelijkheid weinig of geen voordeel kunnen hebben gehad van de toepassing van hoofdstuk 9.

6. **BEOORDELING IN HET LICHT VAN DE STAATSSTEUNREGELS**

6.1. **De vraag of er sprake is van steun**

(84) Krachtens artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

(85) Volgens vaste rechtspraak kan een maatregel slechts als steun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag worden aangemerkt, indien is voldaan aan alle daarin neergelegde voorwaarden ([66]). Het staat dus vast dat een maatregel slechts als staatssteun kan worden aangemerkt, indien hij ten eerste uitgaat van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd, ten tweede het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, ten derde een onderneming een selectief voordeel verschaft, en ten vierde de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen ([67]).

([66]) Zie zaak C-399/08 P *Commissie/Deutsche Post* ECLI:EU:C:2010:481, punt 38 en de daar aangehaalde rechtspraak.
([67]) Zie zaak C-399/08 P *Commissie/Deutsche Post* ECLI:EU:C:2010:481, punt 39 en de daar aangehaalde rechtspraak.

(86) Wat betreft de eerste voorwaarde voor het vaststellen van staatssteun, vindt de vrijstelling inzake groepsfinanciering haar grondslag in TIOPA, deel 9A, hoofdstuk 9, een wetgevingshandeling die noodzakelijkerwijs afkomstig is van de staat. De vrijstelling inzake groepsfinanciering is derhalve toe te schrijven aan het Verenigd Koninkrijk.

(87) Wat de bekostiging van de maatregel met staatsmiddelen betreft, is het vaste rechtspraak van het Hof dat een maatregel staatssteun vormt, indien de overheid bepaalde ondernemingen een fiscale vrijstelling verleent die, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, de financiële situatie van die ondernemingen verbetert ten opzichte van de andere belastingplichtigen ([68]). Zoals uiteengezet is in punt 2.2 en hierna in punt 6.3, leidt de vrijstelling inzake groepsfinanciering tot een verlaging van de Britse vennootschapsbelastingplicht voor ondernemingen die de betwiste maatregel hebben toegepast door het verlagen van de CFC-heffing die anders zou gelden op basis van de gewone toepassing van de Britse CFC-regels. Bijgevolg leidt de vrijstelling inzake groepsfinanciering tot een derving van staatsmiddelen, daar elke verlaging van de Britse vennootschapsbelasting voor de ondernemingen die van de betwiste maatregel profiteren, resulteert in een belastingderving waarover het Verenigd Koninkrijk anders had beschikt.

(88) Wat betreft de tweede voorwaarde voor het vaststellen van staatssteun zijn de ondernemingen die van de betwiste maatregel profiteren, in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen die deel uitmaken van een multinationale groep die actief is in verschillende jurisdicties, waaronder andere lidstaten, zodat elk voordeel ten gunste van die ondernemingen het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig kan beïnvloeden. Bovendien biedt de betwiste maatregel meer voordelen aan belastingplichtigen in het Verenigd Koninkrijk die deel uitmaken van multinationale groepen met een hoofdkantoor in het Verenigd Koninkrijk dan aan Britse belastingplichtigen die deel uitmaken van multinationale groepen met een hoofdkantoor in andere lidstaten. Dat komt doordat de vrijstelling inzake groepsfinanciering alleen beschikbaar is voor rente afkomstig van een buitenlandse groepsonderneming, indien die buitenlandse groepsonderneming onder zeggenschap staat van dezelfde in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen als de CFC. Deze is niet beschikbaar indien de rente wordt verkregen van een buitenlandse groepsonderneming die onder de zeggenschap staat van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen. Anders gezegd is het negatieve effect van de vrijstelling inzake groepsfinanciering voor de handel binnen de Unie tweeledig. In de eerste plaats kunnen multinationale groepen met een hoofdkantoor in het Verenigd Koninkrijk de financiële taken van de groep (die de SPF's voor een groot deel omvatten) vanuit het buitenland naar het Verenigd Koninkrijk verplaatsen om in aanmerking te komen voor het verlaagde belastingtarief dat wordt geboden door de vrijstelling inzake groepsfinanciering. En ten tweede kunnen buitenlandse multinationale groepen met financiële taken van de groep in het Verenigd Koninkrijk ertoe worden aangezet zich te herstructureren in een multinational met een hoofdkantoor in het Verenigd Koninkrijk door hun centrale holding naar het Verenigd Koninkrijk te verplaatsen om het voordeel van de vrijstelling inzake groepsfinanciering te vergroten. Bijgevolg kan de betwiste maatregel de keuze van multinationale groepen wat betreft de locatie van zowel hun financiële taken als hun hoofdkantoor binnen de Unie beïnvloeden en daarmee ook de handel binnen de Unie.

(89) Daarnaast wordt een door de staat genomen maatregel geacht de mededinging te vervalsen of te dreigen te vervalsen, wanneer deze de concurrentiepositie van de begunstigden kan verbeteren ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen ([69]). Voor zover de betwiste maatregel de begunstigde ondernemingen bevrijdt van een last die zij anders zouden moeten dragen door de vennootschapsbelastingplicht te verlagen die zij anders onder het gewone stelsel van belasting op ondernemingswinsten in het Verenigd Koninkrijk zouden moeten dragen, vervalst hij de mededinging of dreigt hij deze te vervalsen door de financiële positie van deze ondernemingen te versterken. Daarom is in dit geval ook voldaan aan de vierde voorwaarde voor het vaststellen van staatssteun.

6.2. **De vraag of er sprake is van een regeling**

(90) De Commissie is van oordeel dat de betwiste maatregel een steunregeling vormt in de zin van artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589. Die bepaling omschrijft een steunregeling als "elke regeling op grond waarvan aan ondernemingen die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven, individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn […]".

(91) Die definitie bevat drie criteria voor een maatregel die een steunregeling vormt: i) het moet een regeling zijn op grond waarvan individuele steun kan worden toegekend; ii) er mogen geen verdere uitvoeringsmaatregelen vereist zijn om deze steun te kunnen toekennen, en iii) zij moet de potentiële begunstigden van de steun op algemene en abstracte wijze omschrijven.

([68]) Zie gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, *Commissie/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:2011:732, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

([69]) Zie zaak 730/79 *Phillip Morris* ECLI:EU:C:1980:209, punt 11 en gevoegde zaken T-298/97, T-312/97 enz. *Alzetta* ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.

(92) Wat het eerste criterium betreft, wordt de vrijstelling inzake groepsfinanciering verleend op basis van TIOPA, een algemene wet waarvan de vrijstelling inzake groepsfinanciering integraal deel uitmaakt.

(93) Wat het tweede criterium betreft, concludeert de Commissie dat er voor de vrijstelling inzake groepsfinanciering geen verdere uitvoeringsmaatregelen vereist zijn, aangezien alle multinationals die aan de voorwaarden voldoen, gebruik kunnen maken van de vrijstelling inzake groepsfinanciering door er eenvoudigweg voor te kiezen om deze toe te passen, en aangezien hiervoor geen verdere goedkeuring of andere handeling van de Britse autoriteiten nodig is ([70]).

(94) Wat het derde criterium betreft, worden in de regeling op grond waarvan de vrijstelling inzake groepsfinanciering wordt toegekend de potentiële begunstigden op algemene en abstracte wijze omschreven. Hoofdstuk 9, dat de rechtsgrond vormt om voor de vrijstelling in aanmerking te komen, is op algemene en abstracte wijze van toepassing op NTFP uit leningen aan niet-Britse groepsondernemingen die onder zeggenschap van het Verenigd Koninkrijk staan.

(95) De conclusie is dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering voldoet aan de criteria uit artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589 om als steunregeling te worden aangemerkt. Volgens de rechtspraak van het Hof kan de Commissie zich in het geval van een steunregeling ertoe beperken de algemene kenmerken daarvan te onderzoeken en hoeft zij niet elk afzonderlijk geval te onderzoeken waarin die regeling is toegepast ([71]).

6.3. **Voordeel**

(96) Zodra een door de staat aangenomen maatregel de netto financiële positie van een onderneming verbetert, is er sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag ([72]). Bij het vaststellen van het bestaan van een voordeel, moet worden gekeken naar het effect van de maatregel zelf ([73]). Wat fiscale maatregelen betreft, kan een voordeel worden verleend via verschillende manieren om de belastingdruk van een onderneming te verlagen en met name door de belastinggrondslag of het verschuldigde belastingbedrag te verlagen ([74]).

(97) De betwiste maatregel staat een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die op grond van hoofdstuk 5 aan een CFC-heffing is onderworpen, toe om aanspraak te maken op de vaststelling van de CFC-heffing op 25 % van de NTFP van de CFC (de gedeeltelijke vrijstelling van 75 %) of op een nog lager percentage, tot 0 % (de volledige vrijstelling), voor zover de NTFP wordt gefinancierd met "in aanmerking komende middelen" of de regel voor "overeenkomende rente" van toepassing is. Er kan uitsluitend aanspraak op de vrijstelling inzake groepsfinanciering worden gemaakt voor een bepaalde categorie NTFP, namelijk winst die wordt behaald uit een in aanmerking komende leenverhouding.

(98) Bijgevolg zal de betwiste maatregel altijd een voordeel opleveren, indien meer dan 25 % van de NTFP van een CFC uit in aanmerking komende leenverhoudingen uit hoofde van hoofdstuk 5 onderworpen zou zijn aan een CFC-heffing, en kan deze een voordeel opleveren, indien minder dan 25 % van die NTFP op grond van hoofdstuk 5 onderworpen zou zijn aan een CFC-heffing, afhankelijk van de vraag of een volledige vrijstelling beschikbaar is op grond van de regel voor "in aanmerking komende middelen" of die voor "overeenkomende rente".

(99) Het feit dat de toepassing van de betwiste maatregel in plaats van de bepalingen van hoofdstuk 5 een voordeel verschaft, wordt ook erkend in de richtsnoeren van het HMRC, in de uitleg over het al dan niet aanspraak maken op de toepassing van de betwiste maatregel: "Indien de lening een in aanmerking komende leenverhouding is, levert hoofdstuk 9 een gunstiger resultaat voor een onderneming op dan een CFC-heffing op grond van hoofdstuk 5, tenzij de toepassing van TIOPA10, artikel 371EB, ten minste 75 % van de winst met betrekking tot de lening buiten de CFC-heffing laat. […] Voor grote structurele leningen is onze verwachting dat de meeste, zo niet alle SPF's zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden." ([75])

([70]) Opheldering kan worden verkregen in het kader van een niet-wettelijk vereiste ophelderingsprocedure waarbij het HMRC een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming zekerheid kan bieden wat betreft de toepassing van de CFC-regels op hun specifieke feiten, door voorafgaand aan de voltooiing van de belastingaangifte door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming twijfelpunten op te helderen (zie ook overweging 46). Het verzoek om een dergelijke opheldering is vrijwillig. Het is geen voorwaarde voor de toepassing van de maatregel en vormt geen uitvoeringsmaatregel in de zin van artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589.

([71]) Zie gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 *België en Forum 187 ASBL/Commissie* ECLI:EU:C:2006:416, punt 82; Zaak 248/84 *Duitsland/Commissie* ECLI:EU:C:1987:437, punt 18; en zaak C-75/97, *België/Commissie*, ECLI:EU:C:1999:311, punt 48.

([72]) Zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* ECLI:EU:C:2001:598, punt 41.

([73]) Zaak 173/73, *Italië/Commissie*, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

([74]) Zie zaak C-66/02, *Italië/Commissie*, ECLI:EU:C:2005:768, punt 78, zaak C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze en anderen*, ECLI:EU:C:2006:8, punt 132, en zaak C-522/13 *Ministerio de Defensa en Navantia*, ECLI:EU:C:2014:2262, punten 21 t/m 31.

([75]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM203410. TIOPA, artikel 371EB, waarnaar de richtsnoeren verwijzen, is de bepaling in hoofdstuk 5 waarin de SPF-test is opgenomen en waarin een CFC-heffing wordt voorgeschreven, voor zover de NTFP worden behaald uit relevante SPF's in het Verenigd Koninkrijk.

(100) Bovendien betekent het feit dat het maken van de aanspraak op grond van hoofdstuk 9 facultatief is, dat de belastbare entiteit volledig vrij is om te kiezen voor de toepassing van de regels betreffende het vaststellen van een CFC-heffing uit hoofde van hoofdstuk 5 of voor het maken van de aanspraak die leidt tot de gedeeltelijke (75 %) of volledige vrijstelling. De in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen maken slechts aanspraak uit hoofde van hoofdstuk 9 indien deze optie gunstiger is dan de toepassing van hoofdstuk 5. Hoewel niet volledig kan worden uitgesloten dat deze ondernemingen rekening houden met administratieve vereenvoudiging, zullen in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen doorgaans aanspraak maken op grond van hoofdstuk 9, als dit leidt tot een verlaging van de CFC-heffing die anders op grond van hoofdstuk 5 verschuldigd is.

(101) In het algemeen hebben de begunstigden van de betwiste maatregel daarom een voordeel verkregen in vergelijking met de situatie zonder toepassing van de maatregel.

6.4. **Selectiviteit**

(102) Om een belastingmaatregel aan te merken als het toekennen van een selectief voordeel, moet eerst worden vastgesteld wat het "normale" of gebruikelijke belastingregime in de desbetreffende lidstaat is, ook wel het (fiscale) referentiestelsel genoemd, en moet vervolgens de werking van dat regime met betrekking tot het doel ervan worden onderzocht ([76]). In een tweede fase moet worden beoordeeld of de maatregel van het referentiestelsel afwijkt door onderscheid te maken tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van het referentiestelsel, in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden. Indien er sprake is van een dergelijke afwijking, wordt de maatregel geacht *prima facie* selectief te zijn. Ten derde kan een maatregel die als een afwijking van het referentiestelsel wordt beschouwd, toch worden gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het referentiestelsel. In dit verband is het aan de betrokken lidstaat om aan te tonen dat de betwiste maatregel rechtstreeks voortvloeit uit de basis- of hoofdbeginselen van het referentiestelsel, als gevolg van inherente mechanismen die noodzakelijk zijn voor de werking en de doeltreffendheid van het stelsel. Indien de afwijking van het referentiestelsel om deze redenen gerechtvaardigd is, wordt de maatregel niet als selectief beschouwd.

6.4.1. *Referentiestelsel*

(103) In het besluit tot inleiding van de procedure beschouwde de Commissie het CFC-regime van het Verenigd Koninkrijk als het gepaste referentiestelsel. De doelstelling van het CFC-regime van het Verenigd Koninkrijk werd beschreven als het garanderen van de belasting op winsten die kunstmatig zijn verlegd uit het Verenigd Koninkrijk naar door het Verenigd Koninkrijk gecontroleerde, niet-ingezeten, gelieerde entiteiten ([77]). Op basis daarvan heeft de Commissie voorlopig geconcludeerd dat er sprake zou zijn van een afwijking die *prima facie* selectief zou zijn, indien bepaalde in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen een vrijstelling zouden krijgen, als zij (passieve financiële) winsten kunstmatig verlegden naar een CFC die onder hun zeggenschap stond, terwijl zij zich beide in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevonden in het licht van de doelstelling van het referentiestelsel (d.w.z. door de belasting van winsten uit het Verenigd Koninkrijk die kunstmatig zijn verlegd naar een door het Verenigd Koninkrijk gecontroleerde, niet-ingezeten entiteit te garanderen).

(104) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk en enkele belanghebbenden stelden dat het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel het gepaste referentiestelsel is, met als argument dat het doel en de opzet van het CFC-regime alleen goed kunnen worden begrepen in de context van de algemene benadering van het Verenigd Koninkrijk voor het belasten van ondernemingswinst. Hoewel de Commissie met deze argumenten instemt en de relevantie van de doelstelling van het Britse vennootschapsbelastingstelsel in het kader van de doelstelling van de Britse CFC-regels erkent, blijft zij van mening dat het referentiestelsel voor de staatssteunanalyse van de betwiste maatregel wordt gevormd door de Britse CFC-regels.

(105) Het Verenigd Koninkrijk stelt dat het "een grotendeels territoriaal vennootschapsbelastingstelsel [heeft] om de aan activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk toe te rekenen winsten te belasten" ([78]). Het doel is derhalve om in het Verenigd Koninkrijk gevestigde belastingplichtigen of belastingplichtigen die geen ingezetenen van het Verenigd Koninkrijk zijn met een Britse vaste inrichting, te belasten over winsten uit activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk. Het belasten van winsten van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde belastingplichtigen zonder vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk valt in beginsel buiten de doelstelling van het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel. Dit hoeft echter niet noodzakelijkerwijs van toepassing te zijn op buitenlandse

([76]) Zaak C-374/17 *Finanzamt B/A-Brauerei* ECLI:EU:C:2018:1024, punten 35 en 36.
([77]) Zie besluit tot inleiding van de procedure, overweging 61. De Commissie heeft in voetnoot 52 van het besluit tot inleiding van de procedure een alternatief, beperkter referentiestelsel voorgesteld dat bestaat uit TIOPA, hoofdstukken 3, 5 en 9. De Commissie streeft niet naar dit beperktere referentiestelsel.
([78]) Brief van het Verenigd Koninkrijk van 22 maart 2018.

winsten die *kunstmatig zijn verlegd* uit het Verenigd Koninkrijk, terwijl deze aan activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk kunnen worden toegerekend. In feite kan worden gesteld dat regels voor de verwezenlijking van dit laatste het noodzakelijke gevolg zijn van een grotendeels territoriaal belastingstelsel, zoals het Britse vennootschapsbelastingstelsel, en het CFC-regime in het Verenigd Koninkrijk is precies dat soort regel. Zoals de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk juist verklaren, beschermt het Britse CFC-regime het Britse vennootschapsbelastingstelsel samen met een reeks andere antimisbruikregels. De CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk hebben tot doel om de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting te beschermen en er daarmee voor te zorgen dat het Britse vennootschapsbelastingstelsel zijn doel bereikt. Het bereikt deze doelstelling door een heffing te berekenen over winsten uit activiteiten en activa in het Verenigd Koninkrijk die worden geacht *kunstmatig te zijn verlegd* uit het Verenigd Koninkrijk naar niet-ingezeten gelieerde entiteiten. Het doel van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk is namelijk afgeleid van de doelstelling van het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel en kan als een logische en noodzakelijke uitbreiding hiervan worden beschouwd.

(106) De Britse autoriteiten hebben deze factoren terecht aan de orde gesteld, maar dat betekent niet dat het referentiestelsel voor de beoordeling van de betwiste maatregel — die betrekking heeft op een vrijstelling van de CFC-heffing — moet worden uitgebreid tot het gehele Britse vennootschapsbelastingstelsel. De Commissie is van mening dat de CFC-regels een specifieke reeks regels vormen. Zij maken deel uit van het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel, maar hebben een eigen doelstelling. Dat doel vindt zijn oorsprong en zin in de doelstelling van het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel, maar het is voldoende onderscheidend om op eigen kracht een referentiestelsel te vormen.

(107) Het referentiestelsel bestaat in de context van belastingmaatregelen of -heffingen uit alle regels die samen de gewone of gebruikelijke regels voor belastingheffing of voor die heffingen in de betrokken lidstaat vormen voor alle ondernemingen die mogelijk aan de belasting of heffing zijn onderworpen. De CFC-regels bepalen gezamenlijk het onderwerp of de belastbare grondslag voor de CFC-heffing en daarom moet binnen die regels een onderzoek naar de vergelijkbaarheid worden uitgevoerd ([79]).

(108) Met betrekking tot andere argumenten die het Verenigd Koninkrijk en belanghebbenden aanvoeren, kan de naleving van alle toepasselijke wetgeving van de Unie in beginsel niet als de doelstelling van een belastingstelsel worden beschouwd. Dit is gewoon een voorwaarde die geldt voor alle wetgeving van alle lidstaten. Volgens de Commissie is het feit dat de CFC-regels uitvoerbaar moeten zijn niet zozeer een doelstelling van het referentiestelsel, maar kan dit de verklaring zijn voor een inherent mechanisme dat noodzakelijk is voor de werking en de doeltreffendheid van het referentiestelsel.

6.4.1.1. De algemene regel van het referentiestelsel; vaststellen van de CFC-heffing

(109) Als inleidende opmerking erkent de Commissie dat het in de eerste plaats aan de Britse wetgever is om de noodzaak en het toepassingsgebied van antimisbruikregels voor de bescherming van de Britse belastinggrondslag vast te stellen ([80]). Maar wanneer het Verenigd Koninkrijk er eenmaal voor kiest om een antimisbruikregel in te voeren, moet het die regel ook gelijk toepassen op alle marktdeelnemers. Met betrekking tot het staatssteunrecht betekent dit dat twee juridisch en feitelijk vergelijkbare situaties in het licht van de doelstelling van de antimisbruikregel niet verschillend mogen worden behandeld ([81]).

6.4.1.2. Regelgevingstechniek is als zodanig niet doorslaggevend voor een afwijking

(110) Het Verenigd Koninkrijk en verschillende belanghebbenden hebben opgemerkt dat hoofdstuk 9 en hoofdstuk 5 samen moeten worden gelezen om te bepalen wat het Verenigd Koninkrijk als kunstmatig verlegde NTFP beschouwt. Zij benadrukken dat het feit dat hoofdstuk 9 gescheiden is van hoofdstuk 5 en een "vrijstelling" wordt genoemd, niet *per se* betekent dat hoofdstuk 9 met het oog op staatssteun een afwijking vormt van de "normale behandeling" die is vastgesteld in hoofdstuk 5. De Commissie deelt dit standpunt gedeeltelijk. De vaststelling van een afwijking in deze zaak is echter gebaseerd op een substantiële vergelijkbaarheidsanalyse met betrekking tot de vraag of situaties die juridisch en feitelijk vergelijkbaar zijn in het licht van de doelstelling van het referentiestelsel,

([79]) Zaak C-374/17, *Finanzamt B/A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 37.
([80]) Het Verenigd Koninkrijk moet echter de door het HvJ-EU vastgestelde grenzen in acht nemen wanneer een antimisbruikregel een beperking van de vrijheid van vestiging van de EU kan inhouden.
([81]) De vergelijkbaarheidstest is geen op zichzelf staande test. Deze moet altijd worden gedaan in het licht van de doelstelling van het referentiestelsel, dat de feitelijke benchmark en dus van primair belang is, zie zaak C-203/16 P, *Dirk Andres/Europese Commissie*, ECLI:EU:C:2018:505, met name de punten 86 en 89.

verschillend worden behandeld. Zoals het Hof heeft benadrukt in de uitspraak in de zaak *A-Brauerei*, ([82]) "ofschoon de gebruikte regelgevingstechniek niet doorslaggevend is om te bepalen of een belastingmaatregel selectief is, zodat die maatregel ook selectief kan zijn zonder dat hij afwijkt van een algemene belastingregeling, is voorts het feit dat deze maatregel, zoals het geval is in het hoofdgeding, wegens het gebruik van die regelgevingstechniek een dergelijk afwijkend karakter heeft, relevant ten bewijze van de selectiviteit van die maatregel wanneer deze ertoe leidt dat onderscheid wordt gemaakt tussen twee groepen ondernemers die a priori verschillend worden behandeld, namelijk de groep die onder de afwijkende maatregel valt en die waarop de algemene belastingregeling van toepassing blijft, hoewel beide groepen zich, gelet op het doel van die regeling, in een vergelijkbare situatie bevinden [arresten van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 77, en van 28 juni 2018, Andres (faillissement Heitkamp BauHolding)/Commissie, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505, punt 93]".

(111) In dit geval betekent dit dat wordt beoordeeld of de betwiste maatregel bepaalde marktdeelnemers uitsluit van een CFC-heffing over winsten die anders op grond van de algemene criteria voor kunstmatige verlegging uit de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk onder de heffing zou vallen, waardoor ondernemingen die zich in het licht van de doelstelling van de CFC-regels in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, verschillend worden behandeld.

(112) Het is daarom noodzakelijk de algemene criteria te bestuderen op grond waarvan wordt beoordeeld wanneer de winsten van een CFC op grond van de Britse CFC-regels worden geacht kunstmatig te worden verlegd, rekening houdend met de aard en het niveau van de risico's die met deze regels worden aangepakt, de structuur en de logica van deze regels en de instrumenten die worden gebruikt om deze risico's aan te pakken ([83]).

6.4.1.3. Methodiek en logica van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk

(113) De CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk omvatten verschillende tests, die ofwel algemeen van toepassing zijn op alle soorten winst ofwel gericht zijn op specifieke soorten winst die door de CFC worden behaald, om de veronderstelde totale winsten van de CFC die via de *CFC charge gateway* lopen, vast te stellen en te kwantificeren, waardoor het belastbare winsten worden. Volgens het Verenigd Koninkrijk maken deze tests en voorwaarden onderscheid op basis van het soort activiteit dat ten grondslag ligt aan de winst, zodat rekening wordt gehouden met het risico dat belastinginkomsten verloren gaan voor de Britse schatkist in geval van verschillende winstgenererende regelingen. Zij hebben tot doel te zorgen voor de administratieve beheersbaarheid van de toepassing van een antimisbruiktest op een groot aantal verschillende regelingen voor een groot aantal verschillende belastingplichtigen, waardoor de effectiviteit en efficiëntie van de CFC-regels worden gewaarborgd.

(114) De Commissie aanvaardt dat het toepassingsgebied van een regel die ten doel heeft het vennootschapsbelastingstelsel te beschermen tegen een belastingderving als gevolg van een kunstmatige verlegging van winsten, kan worden gericht op situaties die objectief het hoogste risico op een dergelijke belastingderving inhouden, teneinde de efficiëntie, beheersbaarheid en doeltreffendheid van die regel te waarborgen.

(115) Deze logica is in de opzet van de Britse CFC-regels inderdaad terug te vinden. Zij hanteren in de eerste plaats een zeer breed opzet — alle winsten van buitenlandse dochterondernemingen die worden gecontroleerd vanuit het Verenigd Koninkrijk — en sluiten vervolgens verschillende situaties uit waarvan de Britse wetgever het risico op belastingderving objectief gezien laag acht. In de richtsnoeren van het HMRC bij de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk wordt in dit verband gesteld dat: "indien een van de CFC-vrijstellingen op een CFC van toepassing is, het niet nodig is om na te gaan of deze belastbare winsten heeft" en dat in de praktijk: "groepen gemakkelijk kunnen vaststellen dat bijna al hun buitenlandse dochterondernemingen buiten het toepassingsgebied van het nieuwe CFC-regime vallen of ervan zijn vrijgesteld". Deze benadering komt tot uiting in de algemene uitzonderingen uit hoofdstuk 3 en in de uitzonderingen op entiteitsniveau in de hoofdstukken 10 t/m 14. Alleen indien geen van deze vrijstellingen van toepassing is, is het noodzakelijk de belastbare winsten van een CFC vast te stellen en te kwantificeren.

([82]) Zaak C-374/17, *Finanzamt B/A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:1024, punt 33.
([83]) Zie besluit tot inleiding van de procedure, overweging 61.

(116) Hoofdstuk 3 vormt het eerste deel van de heffingsbepalingen voor CFC's. Hierin staan tests die in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen toepassen op een CFC waarover zij zeggenschap hebben, om te bepalen of een of meer van de gedetailleerdere heffingsbepalingen uit de hoofdstukken 4 t/m 8 moeten worden toegepast. Met betrekking tot NTFP wordt in hoofdstuk 3 bijvoorbeeld bepaald dat in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen de regels van hoofdstuk 5 (en dus ook van hoofdstuk 9) kunnen negeren, indien de door een CFC behaalde NTFP een voortvloeisel zijn van hun andere activiteiten en binnen een safe harbour van 5 % vallen ([84]).

(117) Evenzo bevatten de hoofdstukken 10 t/m 14 vrijstellingen op entiteitsniveau (zie de overwegingen 19 en 20), zoals de vrijstelling voor uitgesloten gebieden, de vrijstelling voor lage winsten en de vrijstelling voor lage winstmarges, die de winsten van een CFC uitsluiten van het toepassingsgebied van de Britse CFC-regels als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat er een laag risico is dat de winsten van een dergelijke CFC kunstmatig zijn verlegd of als er meer in het algemeen een laag risico is op belastingderving voor de schatkist van het Verenigd Koninkrijk. Dit lijkt inderdaad redelijk ten aanzien van CFC's die weinig winst maken, die een lage winstmarge hebben of die aan een relatief hoog effectief belastingtarief zijn onderworpen.

(118) Kortom, de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk met hun vrijstellingen op algemeen en op entiteitsniveau hebben tot doel ervoor te zorgen dat de toepassing van de regels beperkt blijft tot situaties die een hoog risico inhouden voor de Britse schatkist en die een groot potentieel bieden voor kunstmatige verlegging.

6.4.1.4. De gebruikte instrumenten: de heffingsbepalingen

(119) Indien geen van de vrijstellingen voor entiteiten uit de hoofdstukken 10 t/m 14 en geen van de algemene vrijstellingen uit hoofdstuk 3 van toepassing is, moeten de heffingshoofdstukken vanaf hoofdstuk 4 (winsten die zijn toe te rekenen aan activiteiten in het Verenigd Koninkrijk) worden toegepast. Zoals eerder is vermeld, is hoofdstuk 4 van toepassing op alle winsten, behalve wanneer een CFC uitsluitend NTFP of winsten uit vastgoedondernemingen behaalt ([85]). De algemene aanpak voor de vaststelling en kwantificering van kunstmatig verlegde winsten uit hoofdstuk 4, is gebaseerd op het concept SPF's. Dit is een toerekeningswijze die is gebaseerd op dezelfde logica en beginselen die worden toegepast in het kader van de toegestane aanpak van de OESO om de toerekening van winsten aan een vaste inrichting vast te stellen. Hiermee worden de relevante SPF's vastgesteld die zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, evenals die op de locatie van de CFC of elders buiten het Verenigd Koninkrijk. Daarna moet worden vastgesteld in welke mate de relevante winsten van de CFC aan de SPF's in het Verenigd Koninkrijk zijn toe te rekenen ([86]). Deze analyse is in verschillende varianten ook vereist in andere

([84]) Zie TIOPA, artikel 371CC.

([85]) Indien een CFC uitsluitend NTFP behaalt, valt deze uitsluitend onder de hoofdstukken 5 en 9, dat ook een enigszins andere SPF-test bevat. Indien een CFC uitsluitend winsten uit vastgoedondernemingen behaalt, valt deze niet onder de CFC-regels omdat dergelijke winsten vanwege hun aard niet uit het Verenigd Koninkrijk kunnen worden verlegd.

([86]) Zie TIOPA, artikel 371DB. De CFC-regels op basis van winsttoerekening aan sleutelfuncties worden zowel in internationale als in EU-verordeningen betreffende CFC-bepalingen erkend. In het definitieve BEPS-verslag van de OESO *OESO (2015) Eindverslag over actiepunt 3* over het effectieve ontwerp van CFC-regels wordt bijvoorbeeld benadrukt dat veel Europese rechtsgebieden zich (gedeeltelijk) beroepen op een vermogenstest waarbij wordt geanalyseerd of de CFC substantiële activiteiten ontplooit door gebruik te maken van verschillende gevolmachtigden, en met name de vraag of het inkomen van de CFC is gescheiden van het onderliggende vermogen, met inbegrip van de mensen, gebouwen, activa en risico's. In het verslag wordt benadrukt dat ongeacht de gebruikte tests de fundamentele vraag met betrekking tot het vermogen is "of de CFC de mogelijkheid had om de inkomsten zelf te verdienen" — in overeenstemming met het doel van de SPF-test. Bij de bespreking van de beste praktijk voor de opzet van een vermogensanalyse wordt in het verslag gepleit voor een test waarbij alle "sleutelfuncties die worden uitgevoerd door entiteiten binnen de groep" worden onderzocht om na te gaan of de CFC de entiteit is die de meest waarschijnlijke eigenaar van bepaalde activa is of bijzondere risico's neemt als de entiteiten niet verbonden zouden zijn. In het verslag worden de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk als voorbeeld van deze SPF-test aangemerkt, waarbij wordt verklaard dat de Britse SPF-regels "gebruik hebben gemaakt van de door de OESO ontwikkelde concepten en richtsnoeren voor artikel 7 om de sleutelfuncties van de groep in verband met elk actief vast te stellen, zodat kan worden bepaald of de CFC deze functies uitoefent." Op Europees niveau wordt in de aanhef van Richtlijn (EU) 2016/1164 in herinnering gebracht dat het een "een evenredig antwoord [biedt] op de zorgen inzake BEPS" om "hun CFC-regels [te] beperken tot inkomsten die weggesluisd zijn naar de dochteronderneming, zich specifiek richten op situaties waarin het grootse deel van de besluitvormingsfuncties die weggesluisde inkomsten hebben gegenereerd op het niveau van de dochteronderneming die onder zeggenschap staat, worden uitgeoefend in de lidstaat van de belastingplichtige".

heffingshoofdstukken. In de richtsnoeren van het HMRC bij de wetgeving wordt de belangrijke rol van de SPF-test benadrukt. Deze wordt hierin beschreven als "essentieel voor de analyse" of winsten toe te rekenen zijn aan het Verenigd Koninkrijk ([87]).

(120) De CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk bevatten in de hoofdstukken 5 t/m 8 verdere heffingsbepalingen die van toepassing kunnen zijn in aanvulling op hoofdstuk 4. Deze bepalingen zijn uitsluitend van toepassing op bepaalde soorten winst, waarvoor het mogelijk is om het algemene hoofdstuk 4 en een specifiek heffingshoofdstuk parallel toe te passen. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat slechts een deel van de winsten van een CFC belastbaar zijn op grond van hoofdstuk 4, maar dat sluit niet uit dat de rest uit hoofde van hoofdstuk 6 belastbaar kan zijn ([88]). Het is ook mogelijk dat er op grond van de hoofdstukken 5 t/m 8 toch een CFC-heffing van toepassing is, terwijl hoofdstuk 4 geen CFC-heffing oplevert. De CFC-heffing kan daarom hoger zijn als de latere heffingshoofdstukken worden toegepast, maar kan niet lager zijn dan de heffing die op grond van hoofdstuk 4 van toepassing zou zijn ([89]).

(121) Een van de specifieke heffingsbepalingen is hoofdstuk 5, dat betrekking heeft op NTFP. Net als in hoofdstuk 4 wordt ook in hoofdstuk 5 een SPF-analyse gebruikt om te beoordelen of er een CFC-heffing moet worden toegepast; deze stelt NTFP uit activa die eigendom van de CFC zijn, en winsten uit aan de CFC toegewezen risico's in situaties waarin relevante SPF's in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd, vast. De SPF-analyse verschilt echter op twee cruciale punten van hoofdstuk 4.

(122) In de eerste plaats is de in hoofdstuk 5 voorgeschreven SPF-test "lichter" dan de door hoofdstuk 4 voorgeschreven test, in die zin dat hieraan gemakkelijker kan worden voldaan, zodat de toepassing van de SPF-analyse in hoofdstuk 5 tot een CFC-heffing zou kunnen leiden, zonder dat een dergelijke heffing onder dezelfde omstandigheden verschuldigd zou op grond van de SPF-analyse uit hoofdstuk 4. Dit komt omdat hoofdstuk 5 voor de SPF-analyse voor het vaststellen en kwantificeren van kunstmatig verlegde winsten rechtstreeks terugverwijst naar hoofdstuk 4, maar met minder stappen ([90]).

(123) Voorts omvat hoofdstuk 5 een tweede test op basis waarvan zelfs zonder SPF's in het Verenigd Koninkrijk een CFC-heffing kan worden vastgesteld, wat uniek is voor NTFP. Bij de tweede test die een CFC-heffing kan veroorzaken, wordt gekeken naar de wijze waarop de leningen die de NTFP van de CFC genereren, zijn gefinancierd en wordt een CFC-heffing opgelegd voor NTFP van een CFC, voor zover die leningen voortvloeien uit met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben verklaard dat de reden waarom hoofdstuk 5 de tweede test bevat, is dat voor NTFP niet altijd de aanwezigheid van wezenlijke SPF's vereist is, zodat de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting in het geval van NTFP niet voldoende zou worden beschermd tegen kunstmatige verlegging, als er uitsluitend op de SPF-test zou worden vertrouwd.

6.4.2. *De vrijstelling inzake groepsfinanciering is een afwijking*

(124) Volgens vaste rechtspraak is een maatregel *prima facie* selectief, indien deze leidt tot een verschil in behandeling tussen ondernemingen die zich gelet op de doelstelling van het referentiestelsel in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden ([91]). In het onderhavige geval is de vraag of de vrijstelling inzake groepsfinanciering

([87]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM200200.
([88]) Zie bijvoorbeeld intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM210200.
([89]) Hoewel het klopt dat hoofdstuk 4 niet van toepassing is op een CFC die *uitsluitend* NTFP behaalt, in welk geval alleen hoofdstuk 5 van toepassing is, doet dit geen afbreuk aan deze conclusie, aangezien hoofdstuk 5 grotendeels overeenkomt met de SPF-test uit hoofdstuk 4, zoals uiteengezet is in de overwegingen 121 en 122.
([90]) De SPF-test uit hoofdstuk 4 wordt door middel van acht stappen uitgevoerd (TIOPA, artikel 371DB, lid 1). Hoofdstuk 5 verwijst terug naar hoofdstuk 4 en vereist dat een aantal stappen uit hoofdstuk 4 wordt ondernomen; met name de stappen 1 t/m 5 en 7 om te bepalen in hoeverre de NTFP onder hoofdstuk 5 vallen. De stappen 6 en 8 worden niet ondernomen, omdat de Britse wetgever van mening was dat deze stappen niet relevant waren voor NTFP.
([91]) Arrest van het Hof van Justitie van 15 november 2011, *Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, C-106/09 P en C-107/09 P, ECLI:EU:2011:732, punt 75. Zie ook het arrest van het Hof (Grote kamer) van 21 december 2016, *Europese Commissie/World Duty Free Group en anderen*, C-20/15 P en C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, punt 54.

bepaalde ondernemingen vrijstelt van de CFC-heffing die andere ondernemingen verschuldigd zouden zijn in het kader van het normale stelsel van CFC-regels, terwijl beide situaties juridisch en feitelijk vergelijkbaar zijn in het licht van de doelstelling van het referentiestelsel, namelijk de Britse CFC-regels.

(125) De vrijstelling inzake groepsfinanciering voorziet in een vrijstelling van de CFC-heffing voor een specifieke categorie NTFP ([92]). Op grond van de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk bevatten de hoofdstukken 5 en 9 de criteria om te bepalen of en in welke mate er een CFC-heffing verschuldigd is als een CFC dergelijke winsten behaalt. Hoofdstuk 5 bevat regels en criteria die van toepassing zijn op alle NTFP, ongeacht of deze van een verbonden (groepslening) of van een niet-verbonden schuldenaar (bv. een bank) zijn ontvangen en ongeacht of zij van een Britse of een buitenlandse schuldenaar zijn ontvangen. Hoofdstuk 9 bevat vervolgens specifieke regels (de vrijstelling inzake groepsfinanciering) voor NTFP uit leningen aan buitenlandse groepsondernemingen, de "in aanmerking komende leenverhoudingen" ([93]), en stelt die winsten die anders verschuldigd zouden zijn uit hoofde van hoofdstuk 5, (gedeeltelijk) vrij van de CFC-heffing. In het besluit tot inleiding van de procedure heeft de Commissie voorlopig geoordeeld dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering bepaalde ondernemingen met een CFC die NTFP behaalde uit een in aanmerking komende leenverhouding *prima facie* een selectief voordeel verleende ten opzichte van ondernemingen met een CFC die andere vormen van NTFP behaalde, terwijl beide zich in het licht van het referentiestelsel in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevonden.

(126) De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben twee argumenten aangevoerd om aan te geven waarom een situatie met een belastbare entiteit die de zeggenschap heeft over een CFC met NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding, niet vergelijkbaar is met een belastbare entiteit die de zeggenschap heeft over een CFC met andere NTFP ([94]). Het eerste argument van de Britse autoriteiten is dat de NTFP van een CFC, met uitzondering van de NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding, *per se* kunstmatige zijn verlegd, terwijl dat niet het geval is voor NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding ([95]). Het tweede argument is dat de verplichting om de vrijheden van het Verdrag te eerbiedigen verschillende gevolgen heeft voor beide categorieën ([96]).

6.4.2.1. De vergelijkbaarheid van een vrijgestelde CFC overeenkomstig hoofdstuk 9 van de CFC-regels met een CFC die andere NTFP behaalt

(127) Wat het eerste argument betreft, betoogt het Verenigd Koninkrijk dat CFC's die leningen verstrekken aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde verbonden partijen (*upstream loans*) een directe en evidente bedreiging vormen voor de Britse belastinggrondslag als deze winsten door een CFC worden behaald. Deze bedreiging zou minder duidelijk zijn voor CFC's met in aanmerking komende leenverhoudingen (met leningen aan buitenlandse groepsondernemingen). Het Verenigd Koninkrijk stelt dat *upstream loans* in wezen circulaire transacties zijn. Een onderneming in het Verenigd Koninkrijk plaatst eigen vermogen in een CFC die de middelen als lening teruggeeft aan een verbonden onderneming uit het Verenigd Koninkrijk. Het Verenigd Koninkrijk voert ook aan dat er op het niveau van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde groepsondernemingen in deze situaties rente is afgetrokken van de Britse belastinggrondslag, waardoor de Britse belastinggrondslag rechtstreeks wordt uitgehold. Omgekeerd hebben NTFP uit leningen aan buitenlandse verbonden partijen betrekking op daadwerkelijk uitgaande Britse financieringen, zodat deze niet als een circulaire regeling kunnen worden beschouwd. Bovendien vormt een potentiële renteaftrek op het niveau van de groepsonderneming die de lening van de CFC ontvangt, geen uitholling van de Britse belastinggrondslag.

([92]) NTFP zijn rentebaten die niet uit een financieringstransactie of zaken zijn verkregen; dit zijn onder andere rentebaten uit passieve portefeuillebeleggingen, rente op een bankdeposito of rente over incidentele leningen aan verbonden of niet-verbonden partijen.
([93]) TIOPA, artikel 371IG, lid 1.
([94]) Andere NTFP kunnen in dit opzicht worden verkregen uit leningen aan Britse groepsondernemingen of uit leningen aan derden.
([95]) Zie overweging 66.
([96]) Zie overweging 71.

(128) Het Verenigd Koninkrijk voert ook aan dat CFC's die NTFP behalen uit in aanmerking komende leenverhoudingen en CFC's die lenen aan een niet-verbonden partij fundamenteel verschillende situaties vormen die verschillende risico's inhouden voor de heffingsgrondslag voor Britse de vennootschapsbelasting. Volgens het Verenigd Koninkrijk is het risico voor de Britse schatkist duidelijker voor regelingen met een CFC die aan een niet-verbonden partij leent, die de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk *money boxes* noemen, waarvoor één, strikte regel nodig is, aangezien een dergelijke regeling geen commerciële reden heeft en geen ander doel kan hebben dan het ontwijken van Britse belastingen ([97]). Daar staat tegenover dat de NTFP in het geval van in aanmerking komende leenverhoudingen verband houden met het verstrekken van echte financiering aan overzeese bedrijfsactiviteiten van de groep. Het Verenigd Koninkrijk stelt dat het risico op kunstmatige verlegging in een dergelijke regeling minder direct zichtbaar is en aanleiding kan geven tot geen, tot gedeeltelijke of tot volledige kunstmatige verlegging ([98]). Het verschil in risico op kunstmatige verlegging betekent volgens de Britse autoriteiten dat beide regelingen zich niet in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden in het licht van de doelstelling van de CFC-regels.

(129) De Commissie kan de punten die het Verenigd Koninkrijk ter ondersteuning van zijn eerste argument naar voren heeft gebracht, niet aanvaarden.

(130) Zoals is uiteengezet in overweging 111 is de vraag die moet worden beantwoord of NTFP uit leningen aan buitenlandse groepsondernemingen in het licht van de doelstelling van de CFC-regels feitelijk en juridisch vergelijkbaar zijn met NTFP uit leningen aan derden of uit leningen aan Britse groepsondernemingen.

(131) Dat gezegd hebbende brengt de Commissie in herinnering dat de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk hun doel om de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting te beschermen bereiken door het belasten van winsten uit activiteiten in het Verenigd Koninkrijk en activa die *kunstmatig zijn verlegd* uit het Verenigd Koninkrijk naar niet-ingezeten gelieerde entiteiten. De tests voor het vaststellen en kwantificeren van kunstmatig verlegde winsten voor de specifieke categorie NTFP zijn opgenomen in hoofdstuk 5. Gezien het feit dat de Britse CFC-regels tot doel hebben de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting te beschermen, is het niet verrassend dat de tests om kunstmatige verlegging vast te stellen rechtstreeks verband houden met de factoren waarop de Britse vennootschapsbelasting is gebaseerd, d.w.z. *activiteiten in het Verenigd Koninkrijk* (die tot uiting komen in Britse SPF's) of *activa in het Verenigd Koninkrijk* (die tot uiting komen in met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal). De criteria voor het vaststellen van kunstmatige verlegging voor NTFP in het kader van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk zijn daarom inherent en logisch gekoppeld aan de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting die de Britse CFC-regels willen beschermen. De Commissie ziet niet in waarom deze criteria in het licht van die doelstelling geschikt zouden zijn voor het vaststellen van kunstmatige verlegging voor alle NTFP, met uitzondering van die uit in aanmerking komende leenverhoudingen.

(132) Met betrekking tot de argumenten van het Verenigd Koninkrijk dat de soorten NTFP die van de betwiste maatregel zijn uitgesloten, duidelijk geen commerciële rechtvaardiging hebben en een duidelijke aanwijzing voor kunstmatige verlegging vormen — wat minder duidelijk zou zijn in het geval van NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen, zodat deze niet juridisch en feitelijk vergelijkbaar zijn in het licht van de doelstelling van de Britse CFC-regels — zal de Commissie eerst de vergelijkbaarheid van NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen met NTFP uit leningen aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde groepsondernemingen behandelen en vervolgens de vergelijkbaarheid met NTFP uit leenverhoudingen met derden.

(133) Wat betreft de vergelijkbaarheid met NTFP uit leningen aan partijen die een band met het Verenigd Koninkrijk hebben, begrijpt de Commissie ten eerste dat dergelijke regelingen aanleiding kunnen geven tot bezorgdheid van de Britse wetgever, met name de grondslaguitholling door renteaftrek die wordt veroorzaakt door buitensporige schuldfinanciering voor activiteiten in het Verenigd Koninkrijk. Het is inderdaad zo dat deze zorgen niet duidelijk zijn in het geval van NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding, omdat een potentiële grondslaguitholling, als deze al plaatsvindt, in het buitenland zou gebeuren en niet in het Verenigd Koninkrijk. Ter inleiding

([97]) Brief van het Verenigd Koninkrijk van 15 januari 2018 in antwoord op het besluit tot inleiding van de procedure in overweging 116.
([98]) Brief van het Verenigd Koninkrijk van 15 januari 2018 in antwoord op het besluit tot inleiding van de procedure in overweging 117.

merkt de Commissie in dit verband op dat het Verenigd Koninkrijk wat betreft deze zorg niet volledig consistent is. Volgens de huidige regels kan er een situatie ontstaan waarin een lening aan een Britse groepsonderneming als een in aanmerking komende leenverhouding kan worden beschouwd op grond van hoofdstuk 9, mits de uiteindelijke debiteur uit hoofde van die leningovereenkomst een buitenlandse groepsonderneming is (de financiering wordt verstrekt via een Britse "doorstroomvennootschap"). In die situatie zal de Britse doorstroomvennootschap aanspraak maken op renteaftrek over de aan de CFC betaalde rente, terwijl de rente krachtens de betwiste maatregel desondanks (gedeeltelijk) zal zijn vrijgesteld ([99]).

(134) In ieder geval zou elk consequent onderscheid op basis van de aanwezigheid van een Britse aftrek alleen betekenen dat beide regelingen zich in een andere juridische en feitelijke situatie bevinden, als wij een nationale maatregel zouden beoordelen die als doel heeft om de belastinggrondslag te beschermen *aan de hand van grondslaguitholling door renteaftrek*. Het Britse vennootschapsbelastingrecht bevat verschillende maatregelen ter voorkoming van belastingontwijking met een dergelijke doelstelling. Bescherming tegen grondslaguitholling door buitensporige renteaftrek in het Verenigd Koninkrijk is echter niet het doel van de Britse CFC-regels. Zij streven ernaar het Verenigd Koninkrijk te beschermen tegen een kunstmatige verlegging van *winsten* uit financiering en andere activiteiten door middel van een CFC-heffing op dergelijke winsten ([100]). Het verschil dat de Britse autoriteiten hebben aangevoerd, betekent dus niet dat beide situaties zich in een andere juridische en feitelijke situatie bevinden in het licht van de doelstelling van de betwiste maatregel, namelijk het beschermen van de Britse belastinggrondslag tegen de kunstmatige verlegging van winsten, met inbegrip van winsten uit financieringsactiviteiten.

(135) Ten tweede merkt de Commissie op dat NTFP uit leningen aan partijen die een band met het Verenigd Koninkrijk hebben, ook kunnen ontstaan uit geldige commerciële redenen en niet noodzakelijkerwijs in alle gevallen "circulaire transacties" zijn, d.w.z. Britse middelen die naar een CFC worden verplaatst en vervolgens weer terug naar het Verenigd Koninkrijk worden overgebracht. Indien de NTFP worden verkregen uit een lening aan een partij die een band met het Verenigd Koninkrijk heeft, waarbij de SPF's in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd, moet er een CFC-heffing in rekening worden gebracht overeenkomstig de heffingscriteria uit hoofdstuk 5, ook als de lening niet wordt gefinancierd uit met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal (dat wil zeggen ongeacht de "circulariteit").

(136) Ten derde is de Commissie het niet eens met het standpunt van het Verenigd Koninkrijk dat er een duidelijke commerciële reden zou zijn om een financiering van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming aan een buitenlandse groepsonderneming te organiseren via een CFC (in plaats van het geld rechtstreeks te lenen), terwijl dat niet het geval zou zijn voor het organiseren van financiering van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde groepsonderneming via een CFC (in plaats van het geld rechtstreeks te lenen). De intermediaire financieringsfunctie en de rol van de CFC zijn in beide regelingen volledig vergelijkbaar. De Commissie is het er niet mee eens dat kan worden verondersteld dat er in de ene situatie geldige commerciële redenen zijn en in de andere situatie niet, hetgeen zou betekenen dat beide situaties in het licht van de doelstelling van de CFC-regels niet juridisch en feitelijk vergelijkbaar zijn. De geldige commerciële redenen voor het bestaan en het gebruik van een CFC met NTFP worden voor beide regelingen bepaald op basis van feiten en omstandigheden met betrekking tot de aard en de hoedanigheid van de functies en risico's van de CFC, en niet op basis van de bron van de NTFP.

(137) Op basis van de in de overwegingen 133 t/m 136 uiteengezette redenen moet het argument van de Britse autoriteiten dat NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen en NTFP uit leningen aan Britse groepsondernemingen niet vergelijkbaar zijn, worden verworpen.

(138) Wat betreft de vergelijkbaarheid met NTFP uit externe leningen, die de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk *money boxes* noemen, merkt de Commissie op dat het Verenigd Koninkrijk een *money box* beschouwt als een regeling waarbij een laagbelaste CFC wordt gebruikt als doorstroomvennootschap om geld bij een bank te storten,

([99]) Zie in dit verband HMRC, Internationaal handboek, INTM217190: "Indien een CFC een langlopende lening verstrekt aan de in het Verenigd Koninkrijk ingezeten onderneming voor financieel beheer, die de middelen op haar beurt gebruikt voor een aantal kortlopende leningen aan andere leden van de groep, dan vallen de NTFP van de CFC zeer waarschijnlijk onder hoofdstuk 5 en moeten de regels voor de uiteindelijke debiteur in aanmerking worden genomen indien er aanspraak wordt gemaakt op grond van hoofdstuk 9."

([100]) Grondslaguitholling kan worden onderscheiden van een kunstmatige verlegging van winsten (of winstverschuiving) in die zin dat het eerste begrip betrekking heeft op de uitholling van de belastinggrondslag van de *betaler* door buitensporige aftrek, terwijl het laatste begrip betrekking heeft op de *ontvanger* van inkomsten die zijn belastinggrondslag verlaagt door die inkomsten in het buitenland kunstmatig te verleggen. Grondslaguitholling valt doorgaans onder renteaftrekbeperkingsregels (zie bijvoorbeeld artikel 4 van de richtlijn bestrijding belastingontwijking), terwijl kunstmatige verlegging onder de CFC-regels valt.

zodat de CFC de NTFP die hieruit voortvloeien, verdient in plaats van het Verenigd Koninkrijk, en zij begrijpt dat de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk zijn opgezet om dergelijke regelingen te voorkomen. In dit verband brengt de Commissie in herinnering dat leningen aan derden kunnen bestaan uit, maar niet beperkt zijn tot bankdeposito's. Zij kunnen bijvoorbeeld ook incidentele leningen aan leveranciers, externe dienstverleners, klanten of andere niet-gelieerde partijen omvatten. Bovendien is de Commissie het er niet mee eens dat deze regelingen *per se* als wanpraktijken moeten worden beschouwd, terwijl dat niet geldt voor regelingen waarbij een laagbelaste CFC wordt gebruikt als doorstroomvennootschap om een lening te verstrekken aan een buitenlandse groepsonderneming. In dit geval worden de NTFP inderdaad ook verdiend door de CFC in plaats van door het Verenigd Koninkrijk.

(139) Een belanghebbende voerde aan dat de verstrekte middelen in geval van een in aanmerking komende leningovereenkomst door de buitenlandse groepsonderneming zullen worden gebruikt om echte commerciële activiteiten te financieren. In dat verband brengt de Commissie in de eerste plaats in herinnering dat de aard of hoedanigheid van de partij die een lening ontvangt van een CFC, geen invloed heeft op (het risico op) kunstmatige verlegging van door de CFC verworven NTFP, zoals is uiteengezet in overweging 136. Ten tweede is de Commissie het er niet mee eens dat kan worden verondersteld dat de debiteur middelen die worden verstrekt in het kader van een in aanmerking komende leenverhouding, zal gebruiken om echte commerciële activiteiten te financieren, terwijl een derde de middelen die hem in het kader van een lening worden verstrekt niet zal gebruiken om echte commerciële activiteiten te financieren. Indien de debiteur zelf commerciële activiteiten uitvoert, zal hij de middelen in beide gevallen gebruiken voor de financiering van zijn bedrijfsactiviteiten, of het nu gaat om nieuwe investeringen, aankopen of andere commerciële doeleinden. Bovendien kan het uiteindelijke gebruik van de middelen door de debiteur gezien de fungibiliteit van geld in beide gevallen in de loop van de tijd veranderen en zeer moeilijk te traceren zijn, net als de financieringsbron zoals de Britse autoriteiten in een andere context betogen (zie overweging 155).

(140) Tot slot, zelfs als kan worden aangenomen dat echte commerciële activiteiten wel worden gefinancierd met in aanmerking komende leenverhoudingen en niet met leningen aan derden, wat de Commissie betwist, is een dergelijk verschil in de uiteindelijke bestemming en het doel van de als lening verstrekte middelen door een CFC op grond van de in de overwegingen 138 en 139 uiteengezette redenen niet van invloed op de vergelijkbaarheid van deze leningen in het licht van de doelstelling van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk ([101]).

(141) Meer in het algemeen merkt de Commissie met betrekking tot het eerste argument van het Verenigd Koninkrijk op dat NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen de categorie vormen die het meest vatbaar is voor kunstmatige verlegging. In de eerste plaats omdat niet-handelsactiviteiten mobieler zijn dan handelsactiviteiten, aangezien hiervoor over het algemeen minder functies en/of menselijk ingrijpen nodig zijn en deze dus gemakkelijker te verplaatsen zijn (financiële winsten zijn voornamelijk kapitaalintensief en kapitaal is veel mobieler dan bijvoorbeeld arbeid en kan daarom gemakkelijk worden verplaatst). En ten tweede omdat groepen in aanzienlijke mate vrij zijn om hun interne financieringsoperaties te bepalen door gebruik te maken van een mix van kapitaal en schulden die het gunstigste resultaat uit fiscaal oogpunt oplevert. Dit verklaart ook waarom NTFP internationaal doorgaans onder CFC-regels vallen ([102]). In artikel 7, lid 2, onder a), van de richtlijn bestrijding belastingontwijking worden bijvoorbeeld verschillende categorieën CFC-inkomsten genoemd die op grond van de CFC-regels moeten worden belast, te beginnen met rente. In artikel 7, lid 3, van die richtlijn wordt voorts bepaald dat lidstaten ervoor kunnen kiezen de CFC-regel niet toe te passen indien een derde of minder van de CFC-inkomsten uit rente bestaat en een derde of minder van de rentebaten uit rente uit groepsondernemingen bestaat (zie overweging 44). Dit betekent dat in de richtlijn bestrijding belastingontwijking de rentebaten van groepsondernemingen worden beschouwd als de belangrijkste inkomenscategorie die door CFC-regels moet worden gedekt.

([101]) De bepalingen voor de definitie van de "uiteindelijke debiteur" (zie voetnoot 43) zijn niet van invloed op die conclusie, aangezien deze geen voorwaarden bevatten voor het (commerciële) gebruik van de middelen door de debiteur in het kader van de leningovereenkomst, afgezien van bepalingen betreffende doorlening.

([102]) In punt 78 van het BEPS-verslag van de G20/OESO over actiepunt 3 staat het volgende: "De algemene zorg die ten grondslag ligt aan de behandeling van de rente- en financieringsinkomsten is dat deze inkomsten gemakkelijk kunnen worden verschoven en dus door de moedermaatschappij naar de CFC kunnen zijn verschoven, wat kan leiden tot bovenmatige hefboomfinanciering van de moedermaatschappij en overkapitalisatie van de CFC. Rente- en financieringsinkomsten vormen eerder een aanleiding voor deze zorg *als deze worden ontvangen van gelieerde partijen, als de CFC overgekapitaliseerd is*, als de activiteiten die bijdragen aan de rente zich buiten de jurisdictie van de CFC bevinden, *als de inkomsten niet zijn verdiend uit actieve financieringsactiviteiten*." Deze situaties, die volgens de OESO objectief de grootste zorgen veroorzaken voor de verschuiving van inkomsten, zijn exact de omstandigheden waaronder het Verenigd Koninkrijk de betwiste maatregel toepast.

(142) Tot slot verwerpt de Commissie het eerste argument van het Verenigd Koninkrijk dat de NTFP van een CFC die niet voortkomen uit een in aanmerking komende leenverhouding *per se* kunstmatig worden verlegd, terwijl dat niet zou gelden voor NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding, hetgeen betekent dat dit argument geen basis biedt om te aanvaarden dat deze betrekking zouden hebben op situaties in het licht van de doelstelling van de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk die juridisch en feitelijk niet vergelijkbaar zijn. Bovendien ziet de Commissie geen strijdigheden tussen deze conclusie en haar beschikkingspraktijk inzake de Nederlandse Groepsrenteboxregeling en de Hongaarse groepsrentebelastingregeling. De Commissie merkt op dat in geen van de beschikkingen wordt bevestigd dat het referentiestelsel in geval van een maatregel betreffende ondernemingen die te maken hebben met gelieerde partijen noodzakelijkerwijs beperkt moet blijven tot regels betreffende dit soort transacties, zoals het Verenigd Koninkrijk lijkt te beweren.

6.4.2.2. De verplichting om de vrijheden van het Verdrag te eerbiedigen voor vrijgestelde en niet-vrijgestelde categorieën CFC's

(143) Met hun tweede argument lijken de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk te impliceren dat belastbare entiteiten met een CFC met NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen een soepelere aanpak vereisen dan belastbare entiteiten met een CFC met andere NTFP om de naleving van de vrijheden van het Verdrag te waarborgen. In andere woorden zou er als gevolg van de belasting van winst uit in aanmerking komende leningovereenkomsten een risico op schending van de vrijheden van het Verdrag zijn, als de in hoofdstuk 9 vastgelegde vrijstelling niet bestond. Dit risico zou niet bestaan voor de belasting van andere NTFP. Daarom zouden de twee situaties niet vergelijkbaar zijn. In dit verband brengen de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk in herinnering dat de CFC-hervorming waarmee de betwiste maatregel is ingevoerd, in belangrijke mate is ingegeven door de bevindingen van het Hof in de zaak *Cadbury Schweppes*. Het Verenigd Koninkrijk benadrukt in het bijzonder de moeilijkheden om te trachten te voldoen aan de uitspraak in de zaak *Cadbury Schweppes*, aangezien er geen jurisprudentie of duidelijke richtsnoeren bestaan over de wijze waarop het begrip "volstrekt kunstmatige regelingen" in verschillende situaties moet worden toegepast en geïnterpreteerd ([103]). Met het oog op de vaststelling van een pakket uitvoerbare regels dat ook verenigbaar is met het recht van de Unie, bevat hoofdstuk 9 in dit scenario mechanische tests en vaste percentages die zodanig zijn vastgesteld dat wordt gewaarborgd dat de binnen het toepassingsgebied van de heffing vallende winst werd vastgesteld op een wijze die strookt met die rechtsfilosofie. Volgens het Verenigd Koninkrijk zijn de nieuwe regels zo opgezet dat het risico op het opnemen van te veel winsten wordt beperkt, omdat dit zou kunnen leiden tot strijdigheid tussen het recht van de Unie en de CFC-regels ([104]).

(144) De Commissie aanvaardt evenmin het tweede argument van het Verenigd Koninkrijk, aangezien dit gebaseerd is op onjuiste en inconsistente conclusies uit de rechtsfilosofie van het Hof.

(145) Zoals in het volgende punt (6.4.3) van dit besluit zal worden aangetoond, vormt het schrappen van de vrijstelling uit hoofdstuk 9 voor NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen, wanneer de SPF's in het Verenigd Koninkrijk worden uitgevoerd, geen risico op de schending van de vrijheden van het Verdrag. In dit deel van de motivering zal de Commissie echter de nadruk leggen op het argument dat het risico op de schending van de vrijheden van het Verdrag verschillend zou zijn voor de belasting van de verschillende typen NTFP.

(146) De Commissie is het er niet mee eens dat een (potentieel risico op) schending van de vrijheden van het Verdrag anders zou worden beoordeeld voor een CFC met NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding dan voor een CFC met andere NTFP, hetgeen zou betekenen dat beide zich in het licht van de doelstelling van de CFC-regels niet in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden.

(147) In het arrest in de zaak *Cadbury Schweppes* ([105]) wordt gewezen op de jurisprudentie van het Hof, waarin is verduidelijkt dat het doel van de vrijheid van vestiging is om een onderdaan van een lidstaat in staat te stellen in een andere lidstaat een nevenvestiging op te richten om zijn werkzaamheden aldaar uit te oefenen en aldus de

([103]) Brief van het Verenigd Koninkrijk in antwoord op het besluit tot inleiding van de procedure van 15 januari 2018, punt 155.
([104]) *Ibidem*, punt 26.
([105]) Arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd/Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

economische en sociale vervlechting binnen de Gemeenschap te ondersteunen. Om ervoor te zorgen dat de CFC-wetgeving in overeenstemming is met het Gemeenschapsrecht, heeft het Hof verklaard dat de toepassing ervan moet worden uitgesloten wanneer de oprichting van een CFC de economische realiteit weerspiegelt, ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen ([106]). Dit betekent dat de oprichting van de CFC moet overeenkomen met een daadwerkelijke vestiging die bedoeld is om echte economische activiteiten uit te voeren in de lidstaat van vestiging ([107]).

(148) De Commissie leest in het arrest in de zaak *Cadbury Schweppes* niets ter ondersteuning van het standpunt dat de verplichtingen van de vrijheden van het Verdrag een andere impact zouden hebben op belastbare entiteiten met CFC's die NTFP behalen, afhankelijk van de hoedanigheid en de aard van de schuldenaar van de CFC. Het gaat hier om de vraag of de CFC zelf de economische realiteit weerspiegelt, en of dit het geval is, kan niet uitsluitend worden bepaald op basis van de nationaliteit van of de relatie met de schuldenaar die de passieve rente betaalt.

(149) Voor zover de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk, net als bepaalde partijen lijken te doen, aanvoeren dat de toepassing van de betwiste vrijstelling is onderworpen aan de voorwaarde dat de CFC voldoet aan een bedrijfspandtest die relevant zou zijn voor de doelen van de vrijheden van het Verdrag, merkt de Commissie op dat deze voorwaarde in elk geval geen invloed kan hebben op de vergelijkbaarheidsanalyse. Voor deze analyse moet worden beoordeeld of de NTFP uit leningen aan buitenlandse groepsondernemingen in het licht van de doelstelling van de CFC-regels en uit hoofde van andere equivalente voorwaarden feitelijk en juridisch vergelijkbaar zijn met NTFP uit leningen aan derden of uit leningen aan Britse groepsondernemingen. Dit laatste is een voor de hand liggende vereiste in elke vergelijkbaarheidsanalyse, aangezien het toevoegen van aspecten in de ene situatie en niet in de andere situatie onvermijdelijk van invloed is op de vergelijkbaarheid van de twee situaties, waardoor de evaluatie niet doeltreffend zal zijn. Anders gezegd kan deze voorwaarde worden opgenomen in de vergelijkbaarheidsanalyse, maar alleen wanneer deze wordt toegepast op beide partijen, dat wil zeggen een vergelijking tussen een CFC die voldoet aan de bedrijfspandtest, met NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen en een andere CFC die voldoet aan de bedrijfspandtest, met andere NTFP. In dat geval zou de eerstgenoemde in het kader van de betwiste maatregel nog steeds beter worden behandeld, hoewel deze zich in het licht van de doelstelling van de CFC-regels in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevond.

(150) De Commissie concludeert derhalve dat de heffingsbepalingen in de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk die specifiek betrekking hebben op NTFP, onderscheid maken tussen enerzijds belastbare entiteiten met een CFC met NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen, die in aanmerking komen om aanspraak te maken op grond van hoofdstuk 9, en anderzijds belastbare entiteiten met een CFC met NTFP uit andere passieve leningen. In feite zijn beide situaties juridisch en feitelijk vergelijkbaar met inachtneming van de doelstelling van de Britse CFC-regels, namelijk het beschermen van de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting door het belasten van winsten uit activiteiten in het Verenigd Koninkrijk en activa die kunstmatig zijn verlegd uit het Verenigd Koninkrijk naar niet-ingezeten gelieerde entiteiten.

(151) Om deze redenen vormt de betwiste maatregel een afwijking van de algemene regel van het Britse CFC-regime. Hierin worden belastbare entiteiten met een CFC met NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen die uit hoofde van hoofdstuk 9 aanspraak hebben gemaakt om te worden vrijgesteld van onderwerping aan de CFC-heffing die belastbare entiteiten met een CFC met NTFP normaal gesproken betalen. Dit betekent dat alle belastbare entiteiten die op grond van hoofdstuk 9 aanspraak hebben gemaakt, *prima facie* een selectief voordeel hebben gekregen.

6.4.3. *Rechtvaardiging door de aard en de opzet van het belastingstelsel*

(152) Een maatregel die afwijkt van het referentiestelsel kan nog steeds worden gerechtvaardigd door de aard of de opzet van dat stelsel. Dit is het geval wanneer de desbetreffende lidstaat kan aantonen dat de maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van het referentiestelsel voortvloeit of resulteert uit inherente mechanismen die noodzakelijk zijn voor het functioneren en de doeltreffendheid van de het stelsel ([108]).

([106]) *Ibidem*, punt 65.
([107]) *Ibidem*, punt 66.
([108]) Gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08 van het Hof van Justitie van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, ECLI: EU:C:2011:550, punt 69.

(153) Er moet in herinnering worden gebracht dat de bewijslast voor een dergelijke rechtvaardiging bij de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk ligt. De Commissie zal hierna daarom nagaan of de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk in deze zaak hebben aangetoond dat er sprake is van een dergelijke rechtvaardiging. De belanghebbenden hebben geen andere rechtvaardiging aangevoerd dan het Verenigd Koninkrijk.

(154) In dit verband hebben de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk in wezen twee redenen aangevoerd om het a priori selectieve karakter van de betwiste maatregel te rechtvaardigen. Ten eerste voeren zij aan dat de maatregel tot doel heeft ervoor te zorgen dat het systeem beheersbaar en uitvoerbaar is voor zowel het HMRC als belastingplichtigen, en ten tweede dat de maatregel waarborgt dat de jurisprudentie van het Hof inzake de fundamentele vrijheden van de Unie wordt nageleefd.

6.4.3.1. Wat betreft de vermeende rechtvaardiging door de complexiteit van het historisch traceren van de herkomst van de middelen

(155) Wat het eerste argument betreft, voeren de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk aan dat de standaardvrijstelling van 75 % gericht is op de inherente moeilijkheid en complexiteit van het historisch traceren van de herkomst van de middelen die worden gebruikt voor de financiering van de door een CFC verstrekte leningen. Dit is met name problematisch voor multinationale groepen waar financieringsregelingen doorgaans complexe financieringswijzen met zich meebrengen. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben in dit verband verklaard dat groepsfinancieringsmaatschappijen vaak zijn opgericht in het kader van een complexe reorganisatie of acquisitie, dat hun leningen vaak zijn en worden geherfinancierd, geconsolideerd, uitgewisseld en opnieuw worden toegewezen en dat zij vaak aandeelhouders zijn van groepsactiviteiten in het buitenland, en dus winstuitkeringen ontvangen waaruit leningen kunnen worden gefinancierd of geherfinancierd. Deze complexiteit bij het traceren van de financiering van leningen is volgens de Britse autoriteiten kenmerkend voor groepsfinancieringsmaatschappijen van multinationals.

(156) Al deze elementen zorgen er volgens de Britse autoriteiten voor dat de test voor met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal in het kader van hoofdstuk 5 complex en lastig is voor Britse belastingplichtigen bij het invullen van de belastingaangifte, maar hierdoor is de test ook moeilijk afdwingbaar voor het HMRC.

(157) De Britse autoriteiten hebben uitgelegd dat de Britse wetgever om die reden een andere regel heeft ingevoerd om in geval van passieve rente die voortvloeit uit een in aanmerking komende leenverhouding, kunstmatig verlegde winsten vast te stellen en te kwantificeren, die toe te passen en te handhaven is, terwijl er tegelijkertijd voor wordt gezorgd dat de heffingsgrondslag voor de Britse vennootschapsbelasting voldoende wordt beschermd in overeenstemming met de doelstelling van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk. In die andere regel volgens de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk wordt de CFC-heffing niet gekoppeld aan de financiering uit met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal dat daadwerkelijk de oorspronkelijke herkomst van de middelen traceert, maar wordt de CFC-heffing geheven over een vast percentage van de NTFP van een CFC uit een in aanmerking komende leenverhouding.

(158) Het in dit verband gekozen percentage is bedoeld om te weerspiegelen dat een dergelijke groepsfinanciering van CFC's bij een gebrek aan fiscale beweegredenen zou zijn gefinancierd met een combinatie van vreemd en eigen vermogen, waarbij schuldfinanciering van de CFC rente zou hebben gegenereerd voor de moedermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk. Het Verenigd Koninkrijk verklaarde in zijn opmerkingen verder dat de aanpak met een heffing van 25 % (vrijstelling van 75 %) werd vastgesteld na raadpleging en inachtneming van het brede scala aan financieringsratio's dat werd afgeleid uit marktgegevens die wezen op een veronderstelde schuld: een vermogensverhouding van 1:3 voor volledig met eigen vermogen gefinancierde CFC's. In overeenstemming met de gekozen aanpak en om te voorkomen dat er te veel winsten worden opgenomen, is het uit hoofde van de betwiste maatregel mogelijk om de vrijstelling van 75 % onder de juiste omstandigheden te verhogen (verlaging van de opname van 25 %), bijvoorbeeld voor zover de CFC op basis van feiten en omstandigheden kan aantonen dat zijn leningen voor meer dan 75 % zijn gefinancierd door middelen die niet uit het Verenigd Koninkrijk afkomstig zijn.

(159) De Commissie merkt op dat de Richtsnoeren bij de inleidende opmerkingen van het HMRC bij hoofdstuk 9 deze uitleg als volgt bevestigen:

> "De vrijstellingen voor NTFP uit hoofdstuk 9 zijn ingevoerd om de moeilijke kwesties aan te pakken die ontstaan als gevolg van de fungibiliteit van het geld binnen een multinationale groep. De regels vormen in grote mate een volmacht voor het vaststellen van de exacte bron en geschiedenis (tracering) van de financieringsregelingen van een groep en de mate waarin deze door het Verenigd Koninkrijk worden gedragen." ([109])

(160) In dat verband en met betrekking tot de regels ter voorkoming van belastingontwijking kan de Commissie in het algemeen aanvaarden dat een a priori selectieve maatregel die wordt toegepast voor specifieke gevallen om ervoor

([109]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM216100.

te zorgen dat de regels ter bestrijding van belastingontwijking in die gevallen voldoende robuust zijn, en tegelijkertijd beheersbaar en uitvoerbaar zijn, inderdaad kunnen worden geacht voort te vloeien uit een inherent mechanisme dat noodzakelijk is voor de werking en doeltreffendheid van de CFC-regels, mits deze in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel ([110]). De a priori selectieve maatregel zou in dat geval gerechtvaardigd zijn en zou derhalve niet voldoen aan de voorwaarde betreffende de selectiviteit van het desbetreffende voordeel, zoals wordt vereist in artikel 107, lid 1, van het Verdrag.

(161) Zoals reeds is vermeld in punt 2.1.2, is het in overeenstemming met deze beginselen dat de CFC-regels op risico's gebaseerde uitsluitingen toepassen om het toepassingsgebied van de heffingsbepalingen voor CFC's te beperken tot situaties die een hoog risico op belastingderving inhouden voor de Britse schatkist of die een hoog potentieel voor kunstmatigheid bieden. Evenzo merkt de Commissie op dat het gebruik van algemene percentages en mechanische voorschriften op basis van standaardratio's in plaats van de afzonderlijke beoordeling van elke zaak onder bepaalde omstandigheden aanvaardbaar kan zijn, op voorwaarde dat wordt vastgesteld dat de afzonderlijke beoordeling van elke zaak complexe, dure en lastige formaliteiten met zich mee zou brengen en mits de gebruikte percentages en ratio's in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. In dit verband was de Commissie niet in staat om voldoende te weerleggen dat de ratio die door het Verenigd Koninkrijk is gekozen om het percentage van het in het Verenigd Koninkrijk verkregen CFC-kapitaal te benaderen, evenredig was, noch kon zij een andere, meer passende ratio vaststellen.

(162) Rekening houdend met deze overwegingen en met inachtneming van de argumenten en toelichtingen die de Britse autoriteiten tijdens het formele onderzoek hebben aangevoerd, aanvaardt de Commissie, in verband met de test op basis van "met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal" en *uitsluitend in verband daarmee* dat de betwiste maatregel kan worden geacht ervoor te zorgen dat de CFC-regels specifiek voor CFC's met NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen uitvoerbaar kunnen worden toegepast, zonder dat ondernemingen en Britse belastingautoriteiten worden verplicht om onevenredig zware traceerverrichtingen uit te voeren, terwijl wordt gewaarborgd dat er een CFC-heffing wordt geheven over winsten uit activa in het Verenigd Koninkrijk waarvan redelijkerwijs kan worden gezegd dat deze kunstmatig uit het Verenigd Koninkrijk zijn verlegd. Om deze redenen is de Commissie van oordeel dat de a priori selectieve aard van de betwiste maatregel gerechtvaardigd en derhalve niet selectief is, voor zover de vaststelling en kwantificering van de CFC-heffing overeenkomstig hoofdstuk 5 uitsluitend zouden zijn gebaseerd op de test voor met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal uit hoofde TIOPA, hoofdstuk 5, artikel 371EC, waarvoor onevenredig zware traceerverrichtingen vereist zouden zijn.

(163) De Commissie merkt echter op dat de test op basis van "met het VK verbonden kapitaal" voor het bepalen van de CFC-heffing voor NTFP slechts een van de twee algemene tests uit hoofdstuk 5 is, naast de test op basis van de benadering die doorgaans wordt toegepast in de CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk, te weten de SPF-test. De Commissie brengt in herinnering dat die aanvullende test naast de algemene SPF-test is opgenomen in hoofdstuk 5 om ervoor te zorgen dat er nog steeds een passende CFC-heffing verschuldigd zou zijn in situaties waarin sprake is van NTFP met beperkte SPF's of waarin de relevante SPF's moeilijk zijn vast te stellen.

(164) In situaties waarin de CFC-heffing is gebaseerd op de toepassing van de SPF-test en de SPF's in verband met de activa en risico's die zorgen voor NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, is het niet gerechtvaardigd om de a priori selectieve automatische regel uit de betwiste maatregel toe te passen. In die situaties zijn er geen inherente mechanismen die de toepassing van een automatische regel noodzakelijk maken voor de werking en de doeltreffendheid van de CFC-regels.

(165) In de Richtsnoeren van het HMRC bij de CFC-regels wordt de locatie van SPF's in geval van NTFP behandeld en aangetoond dat een dergelijke automatische regel niet noodzakelijk is:

> "De actieve besluitvorming over het doorrollen van grote intragroepsleningen kan worden gepland en vastgesteld door een overzeese onderneming voor financieel beheer van groepen, maar de oorspronkelijke planning en het besluit om de investering via een intragroepslening te organiseren blijven een belangrijke factor. Voor aanzienlijke structurele leningen in een multinational met een hoofdkantoor in het Verenigd

([110]) Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-78/08 t/m C-80/08, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2011:550, punten 69 en 73 t/m 75, en zaak T-287/11, *Heitkamp BauHolding GmbH/Europese Commissie*, ECLI:EU:T:2016:60, punt 160.

Koninkrijk die bijvoorbeeld betrekking hebben op een overname, verwachten we doorgaans dat de belangrijkste SPF's zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, ook al zijn de functies voor kasmiddelen/groepsfinanciën elders gevestigd. De beschikbaarheid en de vorm van de financiering zullen een belangrijk onderdeel zijn van het proces voor de beoordeling van investeringen waarbij het operationele centrum betrokken moet zijn, zelfs wanneer regionale centra en afdelingen over een aanzienlijke mate van autonomie beschikken." ([111])

(166) De algemene veronderstelling dat de SPF-gerelateerde NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen in geval van grote intragroepsleningen voor de middellange tot lange termijn doorgaans bij de financiële functie van de groep liggen, volgt ook uit een ander deel van de Richtsnoeren van het HMRC, waarin wordt besproken of dergelijke belastingplichtigen al dan niet aanspraak mogen maken op de betwiste maatregel:

"Onze verwachting is dat de SPF's die verband houden met het aangaan van de lening en in de meeste gevallen het lopende beheer van de lening voor grote, met eigen vermogen gefinancierde intragroepsleningen voor de middellange tot lange termijn, bij de financiële functie van de groep liggen (d.w.z. de functies van de teams voor de boekhouding, de belasting, de kasmiddelen, de bedrijfsfinanciën, fusies en overnames of een soortgelijke centrale operatie) in plaats van alleen bij het team voor kasmiddelen. De ervaring heeft geleerd dat dit type lening vanuit "het centrum" wordt gepland en beheerd. De feitelijke leninggever kan worden geacht het besluit tot het verstrekken van leningen te hebben genomen, maar zal in de meeste gevallen niet de planning voor de intragroepsfinanciering hebben geïnitieerd of uitgevoerd.

Beweringen dat de desbetreffende SPF's in dergelijke situaties door de leninggever of andere organen buiten de groepsfinancieringsfunctie worden uitgevoerd, moeten derhalve zorgvuldig worden onderzocht. Voor grote structurele leningen is onze verwachting dat de meeste, zo niet alle SPF's zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden." ([112])

(167) Voor de intragroepsfinancieringen, de financiering van specifieke overzeese projecten en andere soorten gestructureerde leningen zijn dus doorgaans functies voor operationele besluitvorming en toezicht vereist. Bovendien kan redelijkerwijs worden aangenomen dat de SPF's die relevant zijn voor deze soorten in aanmerking komende leenverhoudingen, nauw verbonden zijn met de locatie van de financiële functie binnen een multinationale groep.

(168) Ook moet worden benadrukt dat noch de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk noch de belanghebbenden hebben aangevoerd dat het moeilijk zou zijn om de sleutelfuncties voor NTFP te traceren en dat de vrijstellingen uit hoofdstuk 9 gerechtvaardigd zouden zijn door de noodzaak om zware traceerverrichtingen te vermijden met betrekking tot de lokalisatie van de SPF's.

(169) Kort samengevat gaat de Commissie akkoord met de door de Britse autoriteiten aangevoerde rechtvaardiging dat de betwiste maatregel onevenredig zware traceerverrichtingen vermijdt die kunnen worden toegeschreven aan een inherent mechanisme dat noodzakelijk is voor de werking en de doeltreffendheid van de CFC-regels. Die rechtvaardiging zou echter alleen van toepassing zijn als een CFC-heffing uit hoofde van hoofdstuk 5 uitsluitend gebaseerd zou zijn op de test voor met het Verenigd Koninkrijk verbonden kapitaal. De Commissie verwerpt die rechtvaardiging indien er zonder onevenredige lasten uit hoofde van hoofdstuk 5 een CFC-heffing kan worden toegepast en vastgesteld door de toepassing van de normale toerekeningsregels in het kader van de SPF-test.

6.4.3.2. Wat betreft de vermeende rechtvaardiging door de noodzaak om de vrijheden van het Verdrag na te leven

(170) Aangezien de Commissie van mening is dat de betwiste maatregel gedeeltelijk gerechtvaardigd is en derhalve voor dat deel niet selectief is, zoals is samengevat in de vorige overweging, hoeft zij alleen te beoordelen of het tweede argument van de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk — naleving van de vrijheden van het Verdrag — een rechtvaardiging kan zijn voor de a priori selectieve aard van de betwiste maatregel die niet gerechtvaardigd is op grond van het eerste argument. De vraag die derhalve moet worden beantwoord, is of de krachtens het Unierecht op het Verenigd Koninkrijk rustende verplichting om geen maatregelen toe te passen die de vrijheid van vestiging van zijn ingezeten ondernemingen beperken, voor belastbare entiteiten met een CFC die NTFP behaalt uit een in aanmerking komende leenverhouding, kan rechtvaardigen dat de betwiste maatregel wordt toegepast voor de vaststelling van de CFC-heffing in plaats van de algemene tests uit hoofdstuk 5, indien het een situatie betreft waarbij de SPF's die verband houden met de NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding, zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden. De Commissie is van mening dat dit niet het geval is.

(171) Wordt een belasting over de winst van buitenlandse dochterondernemingen alleen geheven voor zover deze is toe te schrijven aan binnenlandse activa en activiteiten, dan vormt dit geen beperking van de vrijheid van vestiging,

([111]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM203380.
([112]) Intern handboek van HMRC, Internationaal handboek, INTM203410.

omdat hiervoor dezelfde beginselen worden gevolgd als die welke ten grondslag liggen aan de toegestane aanpak van de OESO ten aanzien van de toerekening van winsten van een buitenlandse entiteit aan een binnenlandse vaste inrichting. Deze benadering is gebaseerd op het zakelijkheidsbeginsel. Dit is immers hoe de SPF-analyse in de Britse CFC-regels werkt. Het zorgt ervoor dat een CFC-heffing wordt geheven over de winst van een CFC, maar beperkt tot de winsten die kunstmatig zijn verlegd uit het Verenigd Koninkrijk, waarbij de vaststelling en kwantificering van dergelijke kunstmatig verlegde winsten is gebaseerd op een test waarbij in de eerste plaats wordt vastgesteld welke SPF's die relevant zijn voor het genereren van de winsten van een CFC, zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, en waarbij vervolgens uitsluitend dat deel van de winsten van een CFC aan een CFC-heffing wordt onderworpen dat in verhouding staat met de relevante SPF's die zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden. Gezien dit effect van een SPF-test moet een op een dergelijke test gebaseerde CFC-heffing in beginsel in overeenstemming zijn met de bepalingen van het recht van de Unie inzake de vrijheid van vestiging volgens de definitie en de uitleg van het begrip misbruik door het Hof.

(172) De conclusie in de vorige overweging sluit immers aan bij de opzet van artikel 7 van de richtlijn bestrijding belastingontwijking, waarin de lidstaten worden verplicht een CFC-regel op te nemen in hun nationale wetgeving. Zoals is uiteengezet in overweging 43 biedt die richtlijn de lidstaten twee opties voor de opzet van hun CFC-regel. De eerste optie betreft een regel die is gericht op specifieke soorten winst die onder de CFC-regel zouden moeten worden belast, indien zij aan een lage belasting zijn onderworpen. Deze regel wordt gecombineerd met een "ontsnappingsclausule" in artikel 7, lid 2, onder a), van de richtlijn bestrijding belastingontwijking: "Dit punt is niet van toepassing niet wanneer de gecontroleerde buitenlandse vennootschap een wezenlijke economische activiteit, ondersteund door personeel, uitrusting, activa en lokalen, uitoefent zoals blijkt uit de relevante feiten en omstandigheden." Het doel van die clausule is te zorgen voor naleving van de vrijheden van de Unie op basis van de definitie en de uitleg van het begrip misbruik door het Hof. De tweede optie betreft een regel die is gebaseerd op de SPF-test, waarbij wordt verklaard dat de winsten van een CFC die voortvloeien uit SPF's die worden uitgevoerd in de controlerende lidstaat, aan een CFC-heffing worden onderworpen, net als in de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk. Het is geen fout dat artikel 7, lid 2, onder a), van de richtlijn bestrijding belastingontwijking (de ontsnappingsclausule) niet van toepassing is op deze tweede optie. De reden daarvoor is dat de Uniewetgever heeft geconcludeerd dat een dergelijke ontsnappingsclausule niet nodig was om ervoor te zorgen dat aan de vrijheden van de Unie voor een op SPF's gebaseerde CFC-regel wordt voldaan, om precies dezelfde redenen als in de vorige overweging ([113]).

(173) Aangezien de toepassing van een CFC-heffing op basis van de algemene SPF-test uit hoofde van hoofdstuk 5 geen beperking van de vrijheid van vestiging van de Unie inhoudt, is het tweede argument van het Verenigd Koninkrijk dat de betwiste maatregel nodig is voor het waarborgen van de naleving van de vrijheden van het Verdrag, misplaatst en kan het de a priori selectieve behandeling in die situaties niet rechtvaardigen.

(174) De Commissie komt tot de conclusie dat de betwiste maatregel Britse belastingplichtige vennootschappen die zeggenschap hebben over een CFC die NTFP behaalt uit in aanmerking komende leenverhoudingen, een a priori selectief voordeel verschaft in situaties waarin SPF's die relevant zijn voor de NTFP, zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, en dat dat a priori selectieve voordeel niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak van uitvoerbare en beheersbare regels ter voorkoming van belastingontwijking, noch door de noodzaak om de vrijheden van het Verdrag te eerbiedigen. Aangezien de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk en de belanghebbenden geen andere gronden hebben aangevoerd om het a priori selectieve voordeel te rechtvaardigen, en de Commissie in het kader van haar formele onderzoek geen andere rechtvaardigingsgronden heeft gevonden, concludeert de Commissie dat de betwiste maatregel — voor zover die in deze overweging wordt beschreven — niet kan worden geacht rechtstreeks voort te vloeien uit de intrinsieke basis- of hoofdbeginselen van de Britse CFC-regels, noch het resultaat te zijn van inherente mechanismen die noodzakelijk zijn voor de werking en de doeltreffendheid van dat systeem. De betwiste maatregel kan derhalve niet worden gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het referentiestelsel.

6.4.4. *Conclusie inzake het bestaan van een selectief voordeel*

(175) Om de in dit punt uiteengezette redenen concludeert de Commissie dat de betwiste maatregel een selectief voordeel verleent aan belastingplichtige vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk die NTFP uit een in aanmerking komende leenverhouding kunstmatig verleggen naar een CFC, voor zover de SPF's die relevant zijn voor de NTFP, kunnen worden vastgesteld en zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, door hen vrij te stellen van de CFC-heffing die zij anders hadden moeten betalen in het kader van het gewone systeem voor de inning van een CFC-heffing uit hoofde van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk.

([113]) Richtlijn (EU) 2016/1164.

6.4.5. *De begunstigden van de omstreden regeling*

(176) De begunstigden van de omstreden regeling zijn Britse entiteiten die zeggenschap hebben over een CFC die NTFP behaalt uit in aanmerking komende leenverhoudingen, voor zover deze van toepassing is op passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen, welke winsten onder TIOPA, artikel 371EB (Britse activiteiten), vallen. De Commissie merkt op dat al deze entiteiten deel uitmaken van een multinationale groep, aangezien zowel de CFC als de buitenlandse groepsonderneming of -ondernemingen die via de in aanmerking komende leenverhouding worden gefinancierd, onder de gezamenlijke zeggenschap van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde groep moeten vallen.

6.5. **Conclusie inzake het bestaan van steun**

(177) In het licht van de analyse in de punten 6.1 t/m 6.4 concludeert de Commissie dat de betwiste maatregel de begunstigden van de in overweging 176 beschreven regeling en de multinationale groepen waartoe zij behoren, een selectief voordeel verleent. Het selectieve voordeel is toe te rekenen aan het Verenigd Koninkrijk en wordt met staatsmiddelen bekostigd, vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen en kan het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig beïnvloeden. Bijgevolg vormt de omstreden regeling staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.

(178) Aangezien de betwiste maatregel de lasten die de begunstigden normaal gesproken dragen bij de uitoefening van hun jaarlijkse ondernemingsactiviteiten, vermindert, moet hij worden beschouwd als steun voor de bedrijfsvoering aan de begunstigden ervan en de multinationale groepen waartoe zij behoren.

(179) De Commissie merkt verder op dat de wijzigingen in de regeling tijdens de formele onderzoeksprocedure, zoals vermeld in punt 2.3, ervoor zorgen dat vanaf 1 januari 2019 geen aanspraak kan worden gemaakt op de toepassing van de betwiste maatregel ten aanzien van NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen die zijn behaald uit activa en risico's waarvoor relevante SPF's worden uitgevoerd in het Verenigd Koninkrijk. Aangezien deze wijzigingen ervoor zorgen dat de regeling in overeenstemming is met de staatssteunregels, heeft de Commissie geen bezwaar tegen de gewijzigde regeling die sinds 1 januari 2019 van kracht is.

6.6. **Onrechtmatigheid van de steun**

(180) In artikel 108, lid 3, van het Verdrag is bepaald dat de lidstaten verplicht zijn de Commissie van elk voornemen tot invoering van steunmaatregelen op de hoogte te brengen (verplichting tot aanmelding) en dat zij de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering mogen brengen, totdat de Commissie over de betrokken maatregelen een eindbesluit heeft vastgesteld (uitvoeringsverbod).

(181) De betwiste maatregel werd per 1 januari 2013 ten uitvoer gelegd, ruim na de inwerkingtreding van het Verdrag in het Verenigd Koninkrijk, en voldoet niet aan een van de andere gronden om als bestaande steun te worden aangemerkt in de zin van artikel 1, onder b), van de procedureverordening (Verordening (EU) 2015/1589). Deze vormt derhalve een nieuwe steunregeling.

(182) De Commissie merkt op dat het Verenigd Koninkrijk de Commissie niet op de hoogte heeft gebracht van enig voornemen om via de betwiste maatregel steun toe te kennen en dat het evenmin de in artikel 108, lid 3, van het Verdrag bepaalde standstillverplichting in acht heeft genomen. Daarom vormen vormt de betwiste maatregel onrechtmatige steun in de zin van artikel 1, onder f), van Verordening (EU) 2015/1589.

6.7. **De verenigbaarheid van de steun**

(183) Staatssteun wordt als verenigbaar met de interne markt beschouwd, voor zover die steun in een van de in artikel 107, lid 2, van het Verdrag genoemde categorieën valt, en kan als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd indien de Commissie vaststelt dat de steun in een van de in artikel 107, lid 3, van het Verdrag genoemde categorieën valt. Het is echter aan de lidstaat die de steun verleent om te bewijzen dat de door hem verleende staatssteun verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 107, lid 2 of lid 3, of artikel 106, lid 2, van het Verdrag.

(184) Noch het Verenigd Koninkrijk, noch een belanghebbende heeft zich beroepen op een van de gronden voor het vaststellen van de verenigbaarheid van de betwiste maatregel.

(185) In het onderhavige geval vindt de Commissie geen grond voor de verenigbaarheid van de betwiste maatregel. Bovendien moet de omstreden regeling, zoals in overweging 178 is uiteengezet, worden beschouwd als een regeling waarmee steun voor de bedrijfsvoering wordt verleend. In de regel kan dergelijke steun niet worden beschouwd als verenigbaar met de interne markt op grond van artikel 107, lid 3, van het Verdrag, omdat de steun de ontwikkeling van bepaalde vormen van bedrijvigheid of van bepaalde economische gebieden niet vergemakkelijkt. Bovendien zijn de uit hoofde van de betwiste maatregel verleende voordelen niet beperkt in de tijd, afnemend of evenredig met wat nodig is om een specifiek marktfalen te verhelpen of om een doelstelling van algemeen belang in de betrokken gebieden te verwezenlijken.

(186) Bijgevolg is de omstreden regeling, voor zover deze staatssteun vormt, onverenigbaar met de interne markt.

7. **TERUGVORDERING VAN STAATSSTEUN**

(187) In overeenstemming met het Verdrag en de vaste rechtspraak van het Hof is de Commissie, zodra zij een maatregel als onrechtmatige en onverenigbare staatssteun kwalificeert, bevoegd om de lidstaat te verzoeken de eerder bestaande situatie op de markt te herstellen. Dit gebeurt door terugvordering van de staatssteun ([114]) en door de steunmaatregel af te schaffen ([115]).

(188) Dienovereenkomstig is in artikel 16, lid 1, van Verordening (EU) 2015/1589 voor de Commissie de verplichting vastgelegd om onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen. Volgens die bepaling moet de betrokken lidstaat ook alle nodige maatregelen nemen om steun die onverenigbaar is gebleken met de interne markt, terug te vorderen. In artikel 16, lid 2, van Verordening (EU) 2015/1589 is bepaald dat de terug te vorderen steun rente omvat vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was, tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. In Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie zijn de methoden vastgesteld die voor de berekening van de terugvorderingsrente moeten worden gebruikt ([116]). Ten slotte is in artikel 16, lid 3, van Verordening (EU) 2015/1589 bepaald dat "terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat [dient] te geschieden, voor zover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie toelaten".

(189) Voorts merkt de Commissie op dat de betwiste maatregel sinds 1 januari 2019 niet meer van kracht is.

7.1. **Geen gewettigd vertrouwen**

(190) In artikel 16, lid 1, van Verordening (EU) 2015/1589 is tevens bepaald dat de Commissie geen terugvordering van de steun verlangt, indien zulks in strijd zou zijn met een algemeen beginsel van het Unierecht.

(191) Hoewel noch de Britse autoriteiten, noch de belanghebbenden expliciete argumenten hebben aangevoerd dat de terugvordering moet worden verhinderd door het beginsel van gewettigd vertrouwen, zal de Commissie de eventuele toepassing ervan toch beoordelen. In dit verband merkt de Commissie op dat de Britse autoriteiten in 2009 en 2010 contact hebben gehad met de diensten van de Commissie over de herziening van de CFC-regels ([117]). Dit betrof een officiële briefwisseling over de vraag of de door het Verenigd Koninkrijk aangebrachte wijzigingen in de oude CFC-regels van het Verenigd Koninkrijk (van vóór 2013) naar behoren voldeden aan de verplichting van het Verenigd Koninkrijk om het arrest van het Hof in de zaak *Cadbury Schweppes* na te leven, waarnaar door een van de belanghebbenden is verwezen.

(192) Het beginsel van gewettigd vertrouwen heeft betrekking op eenieder die van de bevoegde instellingen van de Unie nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen heeft gekregen, en bij wie gegronde verwachtingen zijn gewekt. Die toezeggingen moeten bovendien in overeenstemming met de geldende normen zijn gedaan ([118]).

(193) In het onderhavige geval kunnen de briefwisseling tussen de diensten van de Commissie en de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk in de in overweging 191 genoemde context niet worden beschouwd als een nauwkeurige en onvoorwaardelijke toezegging van de naleving van de vrijstelling inzake groepsfinanciering met de staatssteunregels van de Unie. De uitwisseling vond niet plaats in het kader van de bespreking van de staatssteunregels van de EU en zeker niet in het kader van een formele procedure op grond van artikel 108, lid 2, van het Verdrag. De besprekingen over de CFC hielden verband met de zaak *Cadbury Schweppes* met betrekking tot een mogelijke schending van de vrijheid van vestiging door de CFC. Bijgevolg hadden het Verenigd Koninkrijk of de begunstigden van de regeling in het kader van deze brieven geen enkele toezegging kunnen krijgen over de afwezigheid van staatssteun ten aanzien van de CFC-regels die in 2013 zijn ingevoerd, of, meer in het bijzonder, de betwiste maatregel.

([114]) Zaak C-278/92, *Spanje/Commissie*, ECLI:EU:C:1994:325, punt 75.
([115]) Zaak C-275/10, *Residex Capital IV CV*, ECLI:EU:C:2011:814, punten 45-47.
([116]) Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).
([117]) *Aanmaningsschrijven* van 22 maart 2010, C(2010)1521; *Gemotiveerd advies* van 20 mei 2011, C(2011)3275 definitief.
([118]) Arrest van het Hof van Justitie van 24 maart 2011, *ISD Polska e.a./Commissie*, C-369/09 P, ECLI:EU:C:2011:175, punt 123; arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2010, *Kahla Thüringen Porzellan/Commissie*, C-537/08 P, ECLI:EU:C:2010:769, punt 63; arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2008, *Masdar (UK)/Commissie*, C-47/07 P, ECLI:EU:C:2008:726, punten 34 en 81.

7.2. **Geen schending van andere fundamentele beginselen van het EU-recht**

(194) Wat betreft de zorgen van enkele belanghebbenden dat terugvordering tot een schending van de vrijheden van het Verdrag zou kunnen leiden, brengt de Commissie in herinnering dat haar verplichting om af te dwingen dat een belastingmaatregel de staatssteunregels van het Verdrag naleeft, nooit een resultaat kan opleveren dat in strijd zou zijn met andere specifieke bepalingen van het Verdrag ([119]). Deze verplichting van de Commissie om ervoor te zorgen dat de staatssteunregels van de EU in overeenstemming met de andere bepalingen van het Verdrag worden toegepast, dringt zich zeer in het bijzonder op ingeval die andere bepalingen er eveneens toe strekken een onvervalste mededinging op de interne markt te waarborgen, zoals artikel 49 van het Verdrag ter bescherming van de vrijheid van vestiging en de vrije mededinging tussen ondernemingen uit een lidstaat die in een andere lidstaat zijn gevestigd, en ondernemingen die in deze laatste lidstaat zijn gevestigd ([120]).

(195) Zoals is uiteengezet in de overwegingen 170 t/m 174 is de onrechtmatige steun die aan de begunstigden is verleend door het vaststellen van een vrijstelling van een CFC-heffing, niet gerechtvaardigd door overwegingen die gebaseerd zijn op de vrijheid van vestiging, omdat het toepassen van een dergelijke heffing zelf geen inbreuk maakt op deze vrijheid. Aangezien de toepassing van de heffing geen inbreuk maakt op de genoemde vrijheid op de interne markt, kan derhalve niet worden gesteld dat de terugvordering van de juiste CFC-heffing van de ondernemingen die van de betwiste maatregel profiteren, als een inbreuk op die vrijheid kan worden beschouwd. Om het gelijke speelveld op de interne markt te herstellen, is het nodig dat de gederfde CFC-heffing wordt teruggevorderd van de ondernemingen die de vrijstelling inzake groepsfinanciering toepassen. Aangezien het volledig in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag ter bescherming van de fundamentele vrijheden is om de vrijstelling inzake groepsfinanciering als staatssteun te kwalificeren, is de Commissie niet van mening dat de terugvordering van de steun wordt verhinderd door een fundamenteel beginsel van het EU-recht ([121]).

(196) Het Verenigd Koninkrijk of de belanghebbenden hebben geen ander algemeen beginsel aangevoerd en er is geen aanwijzing voor een dergelijke schending in de onderhavige zaak.

(197) Concluderend kan worden gesteld dat er geen redenen of argumenten zijn die de terugvordering van de via de omstreden regeling verleende steun kunnen verhinderen of beperken.

7.3. **Methode voor de vaststelling van het bedrag van de terugvordering**

(198) Het doel van de terugvordering is het herstellen van de situatie op de interne markt, voordat de begunstigde over de steun beschikte ([122]). In dat verband heeft het Hof verklaard dat die doelstelling wordt behaald, wanneer de begunstigde de uit hoofde van onrechtmatige steun verstrekte bedragen heeft terugbetaald — en zo het marktvoordeel verliest dat hij ten opzichte van zijn concurrenten genoot — waardoor de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld ([123]).

(199) Er is geen bepaling van Unierecht op grond waarvan de Commissie, wanneer zij de terugvordering gelast van steun die onverenigbaar met de interne markt is verklaard, het precieze bedrag van de terug te vorderen steun moet berekenen. Voldoende is dat het besluit van de Commissie de gegevens bevat aan de hand waarvan de adressaat van het besluit zonder buitensporige moeilijkheden dit bedrag zelf kan vaststellen ([124]).

(200) Met betrekking tot onrechtmatige staatssteun in de vorm van belastingmaatregelen of andere heffingen wordt het terug te vorderen bedrag berekend op grond van een vergelijking tussen de daadwerkelijk betaalde belasting en het bedrag dat volgens de algemeen toepasselijke regel had moeten worden betaald. Om te komen tot een belastingbedrag dat de begunstigden waarnaar in overweging 176 wordt verwezen, hadden moeten betalen als zij de betwiste maatregel niet hadden toegepast, moeten de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk een nieuwe inschatting maken van de belastingplicht van de entiteiten die door de betwiste maatregel zijn begunstigd, voor elk belastingjaar dat zij van die maatregel hebben geprofiteerd. De desbetreffende entiteiten zijn in het Verenigd Koninkrijk gevestigde entiteiten die zeggenschap hebben over een CFC die NTFP behaalt uit een in aanmerking komende leenverhouding, voor zover de SPF's die relevant zijn voor de activa en risico's die zorgen voor de NTFP zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, voor zover die entiteiten aanspraak hebben gemaakt zoals is beschreven in TIOPA, hoofdstuk 9, artikel 371IJ.

([119]) Zaak 73/79 van 21 mei 1980, *Commissie/Italië*, ECR, ECLI:EU:C:1980:129, punt 11; zaak C-156/98 van 19 september 2000, *Duitsland/Commissie*, ECR, ECLI:EU:C:2000:467, punt 78; en zaken T-197/97 en T-198/97 van 31 januari 2001, *Weyl Beef Products e.a./Commissie*, ECR, ECLI:EU:T:2001:28, punt 75.
([120]) Zaak T-511/09 van 13 mei 2015, *Niki Luftfahrt/Commissie*, ECLI:EU:T:2015:284, punt 215.
([121]) Zaak T-308/00 renv, *Salzgitter/Commissie*, ECLI:EU:T:2013:30.
([122]) Zie arrest van het Hof van Justitie van 11 december 2012, *Commissie/Spanje ("Magefesa II")*, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:530, punt 105.
([123]) Arrest van het Hof van Justitie van 4 april 1995, *Commissie/Italië ("Alfa Romeo")*, C-348/93, ECLI:EU:C:1995:95, punt 27.
([124]) Zaak C-441/06, *Commissie/Frankrijk*, ECLI:EU:C:2007:616, punt 29 en de aangehaalde rechtspraak.

(201) Voor de van elke begunstigden terug te vorderen steunbedragen moeten in aanmerking worden genomen:

— het bedrag aan belastingen dat is bespaard als gevolg van het maken van een aanspraak, zoals is beschreven in TIOPA, hoofdstuk 9, artikel 371IJ; en

— de samengestelde rente over dat bedrag, berekend met ingang van de datum waarop de steun ter beschikking van de begunstigden is gesteld. Voor elk belastingjaar wordt de steun geacht ter beschikking van de begunstigde te zijn gesteld vanaf de dag dat de niet-betaalde belasting zonder de aanspraak verschuldigd was geweest.

(202) Het bedrag aan belastingen dat in een specifiek belastingjaar is bespaard, moet als volgt worden berekend:

— de CFC-heffing over NTFP uit in aanmerking komende leenverhoudingen, die in de belastingaangifte van de onderneming zou zijn opgenomen, indien aanspraak uit TIOPA, hoofdstuk 9, artikel 371IJ, niet was gemaakt, *min*

— de CFC-heffing die daadwerkelijk over deze winst wordt geheven.

(203) De CFC-heffing die voor een begunstigde zou zijn toegepast, indien de begunstigde de aanspraak uit TIOPA, hoofdstuk 9, artikel 371IJ,niet had gemaakt, moet worden berekend op basis van het algemene Britse vennootschapsbelastingstelsel, met inbegrip van de CFC-regels in het Verenigd Koninkrijk die van toepassing waren op het moment waarop de steun wordt geacht te zijn verleend, en op basis van de daadwerkelijke feitelijke en juridische situatie van de begunstigde. Er moet geen rekening worden gehouden met hypothetische alternatieve situaties op basis van verschillende operationele en juridische omstandigheden waarvoor een begunstigde wellicht zou hebben gekozen, indien hij de aanspraak uit TIOPA, hoofdstuk 9, artikel 371IJ, niet had mogen maken ([125]).

(204) De verplichting om de onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen heeft betrekking op boekjaar 2013 tot het laatste boekjaar waarin elke begunstigde van de steunmaatregel gebruik heeft gemaakt. De Commissie is van mening dat de regeling tot 31 december 2018 van kracht was. Vanaf de datum van kennisgeving van dit besluit verwerpen de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk bij de beoordeling van de belastingaangiften van belastbare entiteiten elke aanspraak voor een volledige of gedeeltelijke vrijstelling die is gemaakt op grond van TIOPA, hoofdstuk 9, artikel 371IJ, voor zover de SPF's in verband met de activa en risico's die zorgen voor de NTFP, zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden.

8. **CONCLUSIE**

(205) Concluderend is de Commissie van oordeel dat het Verenigd Koninkrijk de betwiste maatregel ten gunste van bepaalde in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen onrechtmatig ten uitvoer heeft gelegd, in strijd met artikel 108, lid 3, van het Verdrag. De Commissie is ook van mening dat de vrijstelling inzake groepsfinanciering staatssteun vormt die onverenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, voor zover deze van toepassing is op passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen, welke winsten onder TIOPA, artikel 371EB (Britse activiteiten), vallen. Krachtens artikel 16 van Verordening (EU) 2015/1589 moet het Verenigd Koninkrijk alle steun die is verleend aan de begunstigden van de vrijstelling inzake groepsfinanciering, terugvorderen.

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De regeling voor vrijstelling inzake groepsfinanciering, die als hoofdstuk 9 van deel 9A van de Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 is opgenomen in de Taxes ACTS, vormt steun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, voor zover deze van toepassing is op passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen, welke winsten onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EB (Britse activiteiten), vallen. De regeling vormt geen staatssteun, wanneer deze wordt toegepast op passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen die onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EC (kapitaalinvesteringen van het Verenigd Koninkrijk), vallen en die niet onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EB (Britse activiteiten), vallen. Voor zover de regeling voor vrijstelling inzake groepsfinanciering steun vormt, is deze een "steunregeling" in de zin van artikel 1, onder d), van Verordening (EU) 2015/1589. De in het kader van de steunregeling verleende steun is onverenigbaar met de interne markt en is onrechtmatig ten uitvoer gelegd door het Verenigd Koninkrijk in strijd met artikel 108, lid 3, van het Verdrag.

Artikel 2

1. Het Verenigd Koninkrijk moet alle onverenigbare steun die is toegekend in het kader van de steunregeling, terugvorderen van de begunstigden van die steun.

([125]) Zaak C-148/04 van 15.12.2005, *Unicredito Italiano*, ECLI:EU:C:2005:774.

2. De terug te vorderen bedragen omvatten rente vanaf de datum waarop zij ter beschikking van de desbetreffende begunstigde zijn gesteld, tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan. Voor de toepassing van dit artikel wordt steun met betrekking tot elk jaar geacht ter beschikking van de begunstigde te zijn gesteld, op de dag dat de belasting die voor dat belastingjaar is gederfd als gevolg van de steunregeling, verschuldigd zou zijn geworden bij ontstentenis van die regeling.

3. De rente over de terug te vorderen bedragen wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004.

4. Het Verenigd Koninkrijk annuleert alle uitstaande betalingen van de in het kader van de steunregeling toegekende steun, en beëindigt de verlening van het voordeel van de steunregeling vanaf de datum van kennisgeving van dit besluit.

5. Artikel 1 is niet van toepassing op steun die op grond van de betwiste maatregel wordt verleend, indien deze op het moment waarop de steun werd verleend, voldeed aan de voorwaarden uit Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie ([126]).

Artikel 3

1. De terugvordering van de steun overeenkomstig artikel 2 geschiedt onmiddellijk en daadwerkelijk.

2. Het Verenigd Koninkrijk zorgt ervoor dat het onderhavige besluit binnen vier maanden vanaf de datum van kennisgeving van dit besluit volledig ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 4

1. Binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit verstrekt het Verenigd Koninkrijk de Commissie de volgende inlichtingen:

a) een lijst van de begunstigden die steun hebben ontvangen in het kader van de steunregeling;

b) een lijst van de belastingplichtigen die de vrijstelling inzake groepsfinanciering hebben toegepast voor passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen die onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EC (kapitaalinvesteringen van het Verenigd Koninkrijk), vallen en die niet onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EB (Britse activiteiten), vallen;

c) voor elke begunstigde de CFC-heffing die daadwerkelijk in rekening is gebracht voor de vaststelling van de verplichting van de begunstigde uit hoofde van de aangifte vennootschapsbelasting, voor elk belastingjaar waarin hij de vrijstelling inzake groepsfinanciering heeft toegepast, alsook de desbetreffende aangiftebiljetten voor vennootschapsbelasting ([127]);

d) voor elke begunstigde de CFC-heffing die in rekening zou zijn gebracht als hij de vrijstelling inzake groepsfinanciering niet had toegepast, met inbegrip van onderliggende berekeningen, voor elk belastingjaar waarin de begunstigde de vrijstelling inzake groepsfinanciering heeft toegepast;

e) het totale steunbedrag en de gedetailleerde berekening (hoofdsom en terugvorderingsrente) dat van elke begunstigde moet worden teruggevorderd;

f) documenten waaruit blijkt dat de begunstigden zijn gelast de steun terug te betalen.

2. Voor elke begunstigde verstrekt het Verenigd Koninkrijk de Commissie bewijsmateriaal waaruit blijkt hoe de mate is berekend waarin passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen TIOPA, deel 9A, artikel 371EB, vallen.

3. Voor elke belastingplichtige, als bedoeld in lid 1, onder b), van dit artikel, verstrekt het Verenigd Koninkrijk de Commissie bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de passieve financiële winsten uit in aanmerking komende leenverhoudingen onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EC, vallen en niet onder TIOPA, deel 9A, artikel 371EB.

4. Het Verenigd Koninkrijk houdt de Commissie op de hoogte van de voortgang van de nationale maatregelen die zijn genomen om dit besluit ten uitvoer te leggen, totdat de steun volledig is teruggevorderd overeenkomstig artikel 2. Op verzoek van de Commissie verstrekt het onverwijld informatie over de reeds genomen nationale maatregelen en over de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen, met inbegrip van gedetailleerde informatie over de steunbedragen en de terugvorderingsrente die reeds van de begunstigden zijn teruggevorderd.

([126]) Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun (PB L 352 van 24.12.2013, blz. 1).

([127]) Inclusief voorbereidend materiaal en extra bladzijden die relevant zijn voor de belastingaangifte van de onderneming (bv. formulier CT600B).

Artikel 5

Dit besluit is gericht tot het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland.

Gedaan te Brussel, 2 april 2019.

Voor de Commissie
Margrethe VESTAGER
Lid van de Commissie