

Transfer pricing mismatches in internationaalrechtelijk verband

*Artikel 10b Wet VPB 1969 en verder, van repressie naar preventie, van
lening naar transactie*

Naam student: V.L. (Vincent) Meijerman

Studentnummer: 320138

Coördinator: R.C. de Smit MSc

Examinator: P. Kavelaars

Rotterdam: 19 december 2013

VOORWOORD

Dit onderzoek is niet tot stand gekomen door enkel mijn eigen inspanningen. Ik ben veel geholpen en geadviseerd. Hier wil ik in het voorwoord graag bij stilstaan.

Door mijn neiging om soms informatie, waarvoor het gebruik van 4 zinnen passend zou zijn, in één zin te willen vatten, vereist het lezen van mijn conceptversies enig doorzettingsvermogen. Ik spreek mijn waardering en dank daarom uit voor een ieder die delen van mijn scriptie heeft gereviseerd en voor de vele nuttige tips die zij hebben aangedragen.

Ik heb tevens de neiging om mijn – niet altijd even genuanceerde en tactisch gebrachte – mening uitgebreid te willen verkondigen en bediscussiëren. Ik ben mij er van bewust dat dergelijke discussies vermoeiend kunnen zijn. Des te meer ben ik degenen, die steeds geduldig zijn geweest en mij steeds in hebben doen zien dat er meerdere wegen zijn die naar Rome leiden, dankbaar. De koffiesessies met Saskia en Dries zullen nog lang in mijn geheugen blijven staan.

Uiteraard mogen het onuitputtelijke geduld en de onbetaalbare aanwijzingen van mijn scriptiebegeleider Ruud niet onvermeld blijven. Hij liet mij steeds, in weerwil van mijn koppigheid, inzien waar argumenten mank gingen. Daarnaast heeft hij mij uitgedaagd steeds extra stappen te zetten in het denkproces. De omvang van de tijd en moeite, die hij heeft gestoken in onze gezamenlijke brainstormsessies en in het bekritisieren van mijn werk, bleek oneindig groot.

Tot slot wil ik mijn ouders bedanken. Allereerst voor het geven van de juiste instrumenten en mogelijkheden om te komen tot het punt waar ik nu sta. Daarnaast – iets meer *to the point* – voor het geven van de gelegenheid om in alle rust, vaak ten koste van hun eigen (gemoeds)rust, te schrijven aan mijn scriptie. Mijn moeder verdient nog speciale vermelding voor het feit dat zij naast mijn begeleider de enige is die bijna mijn gehele stuk heeft doorgelezen voordat het werd ingeleverd. Zij heeft mij versted doen staan van de scherpte waarmee zij, als fiscale leek, keer op keer inconsistenties uit mijn scriptie wist te halen.

Mijn dank is groot!

Nootdorp, december 2013

V.L Meijerman

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-Generaal
Art./artt.	Artikel/artikelen
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BB	Belastingblad
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV/B.V.	Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
Dga	Directeur grootaandeelhouder
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Weekblad FED
FF	Forfaitair
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HM	Hybrid Mismatches
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IFA	International Fiscal Association
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
Jo.	Juncto
KEN	Kapitaalexportneutraliteit
KIN	Kapitaalimportneutraliteit
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MKB	Midden- en Kleinbedrijf
MNO	Multinationale Onderneming
MvT	Memorie van Toelichting
NCW	Netto Contante Waarde
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NFV 2011	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
NnavV	Nota naar aanleiding van het Verslag
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV/N.V.	Naamloze Vennootschap
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OMV	OESO Modelverdrag 2010
OZL	Onzakelijke Lening

Rct	Rekening courant tegoed (rekening)
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemersrecht
TP	Transfer Price/ Transfer Pricing
Trb.	Tractatenblad
V-N	Vakstudie-Nieuws
VP	Verrekenprijs
VvW	Voorstel van Wet
Wet IB '41	Besluit op de Inkomstenbelasting 1941
Wet IB '64	Wet Inkomstenbelasting 1941
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet LB '64	Wet op de Loonbelasting 1964
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WVV	Weens Verdragenverdrag

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	I	
Lijst van gebruikte afkortingen	II	
HOOFDSTUK 1		
Inleiding	1	
1.1	Totaalwinst, transfer pricing mismatches en art. 10b Wet VPB 1969	1
1.2	Probleemstelling	3
1.2.1	Aanleiding voor het onderzoek: Base Erosion and Profit Shifting	3
1.2.2	Onderwerp en doel van het onderzoek	4
1.2.3	Vraagstelling	5
1.3	Methode van onderzoek	5
1.4	Opzet van onderzoek	5
HOOFDSTUK 2		
Theoretisch kader: objectieve vs. subjectieve winstbepaling	7	
2.1	Inleiding	7
2.2	‘Oude’ Kosten-arresten in de inkomstenbelasting	8
2.2.1	Inleiding	8
2.2.2	(Potentiële) stortingen in de inkomstenbelasting	9
2.2.3	(Potentiële) onttrekkingen in de inkomstenbelasting	10
2.2.4	Analyse en conclusie ten aanzien van ‘oude’ Kosten-arresten	12
2.3	Arresten inzake (informele) kapitaalstortingen en (verkapte) winstuitdelingen in de vennootschapsbelasting	14
2.3.1	Inleiding	14
2.3.2	(Potentiële informele) kapitaalstortingen in de vennootschapsbelasting	14
2.3.3	(Potentiële) onttrekkingen/winstuitdelingen in de vennootschapsbelasting	16
2.3.4	Conclusie ten aanzien van stortingen en onttrekkingen in de vennootschapsbelasting	18
2.4	BNB 1978/252: het Zweedse Grootmoeder-arrest	18
2.4.1	Inleiding	18
2.4.2	Casus en oordeel Hof	19
2.4.3	Punten van geschil: kostensfeer versus vermogenssfeer	19

2.4.4	Oordeel van de Hoge Raad	21
2.4.5	Analyse en conclusies ten aanzien van het Zweedse Grootmoeder-arrest	22
2.5	‘Nieuwe’ Kosten-arresten	24
2.5.1	Inleiding	24
2.5.2	Feiten, geschil en uitspraak	24
2.5.3	Analyse ten aanzien van ‘nieuwe’ Kosten-arresten	26
	2.5.3.1 Visies in de literatuur	26
	2.5.3.2 Hoge Raad 3 mei 2002, BNB 2002/257	29
2.6	Conclusie ten aanzien van (rente-)imputatie	30
2.7	Art. 8b Wet VPB 1969	32
2.7.1	Inleiding	32
2.7.2	Doel en strekking art. 8b Wet VPB 1969	32
2.7.3	Verskil tussen art. 8b Wet VPB 1969 en art 3.8 wet IB 2001 jo. art. 8 VPB 1969	33
2.7.4	Conclusie art. 8b Wet VPB 1969	33
2.8	Samenvattend	33

HOOFDSTUK 3

	Artikel 10b Wet Vennootschapsbelasting 1969	35
3.1	Inleiding	35
3.2	Voorgeschiedenis: artikel 10 lid 1 sub d juncto lid 3 en 4 (oud) Wet VPB 1969	35
3.3	Art. 10b Wet VPB 1969	39
3.3.1	Inleiding	39
	3.3.1.1 ‘Wet werken aan winst’	39
	3.3.1.2 Commentaar	40
3.3.2	Gelieerdheid	41
3.3.3	Geldlening	44
	3.3.3.1 Parlementaire behandeling	44
	3.3.3.2 De civielrechtelijke geldlening	44
	3.3.3.3 De fiscaalrechtelijke geldlening	47
	3.3.3.4 Geldlening: afsluitend	48
3.3.4	Looptijd	48
	3.3.4.1 Formeel versus materieel	48
	3.3.4.2 Looptijd van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting	49
	3.3.4.2 Tussentijdse aanpassing looptijd	50
	3.3.4.3 Looptijd van 10 jaar of langer: toepassing Ruilarresten?	51
	3.3.4.4 Looptijd: samenvattend	55
3.3.5	Rechtens dan wel in feite	55
3.3.6	Vergoeding	56

3.3.6.1	Inleiding	56
3.3.6.2	Vergoeding: een economische analyse	56
3.3.6.2.1	Geldleningen: tijd en risico	56
3.3.6.2.2	Geldleningen: valutarisico's en afdekinstrumenten	58
3.3.6.3	De onzakelijke lening en art. 10b Wet VPB 1969	60
3.3.6.3.1	Inleiding	60
3.3.6.3.2	BNB 2008/191: Wanneer is sprake van een OZL?	
	Feiten en uitspraak	60
3.3.6.3.3	BNB 2012/37: De in aanmerking te nemen vergoeding op een OZL; feiten, geschil en uitspraak	61
3.3.6.3.4	Gevolgen voor art. 10b Wet VPB 1969	63
3.3.6.4	Vergoeding die in belangrijke mate lager is	64
3.3.6.5	Tussentijdse aanpassing vergoeding	65
3.3.6.6	Drie vormen van overinclusiviteit	65
3.3.6.7	Vergoedingen: samenvattend	68
3.3.7	Waardemutaties	68
3.3.7.1	Inleiding	68
3.3.7.2	Waardemutaties	69
3.3.7.3	Aftrekbeperking of vrijstelling?	70
3.3.7.3	Waardemutaties: samenvattend	72
3.4	Toetsing evenwichtigheid en overkill	72
3.4.1	Inleiding	72
3.4.2	Gelieerdheid	73
3.4.3	Geldlening	74
3.4.4	Looptijd	74
3.4.5	Vergoeding	75
3.4.6	Waardemutaties	78
3.4.7	Conclusie	79
3.5	Toetsing effectiviteit	79
3.5.1	Inleiding	79
3.5.2	Geldlening	81
3.5.3	Looptijd	81
3.5.4	Vergoeding	81
3.5.5	Conclusie	81
3.6	Samenvatting, beschouwing en conclusie	82

HOOFDSTUK 4

Internationale aspecten	84
4.1 Inleiding	84
4.2 Kapitaalimportneutraliteit of kapitaalexportneutraliteit	85
4.2.1 Inleiding	85
4.2.2 Kapitaalimportneutraliteit of kapitaalexportneutraliteit: technische aspecten en effect	86
4.2.3 Nederlands verdragsbeleid	88
4.2.3.1 Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid 2011	88
4.2.3.2 Actief versus passief: een kritische noot	89
4.2.3.3 Nederlands verdragsbeleid: samenvattend	91
4.2.4 Commentaar en analyse	91
4.2.5 Toepassing op dubbele belasting door TP-mismatch	94
4.2.6 Conclusie	96
4.3 Art. 9 OESO modelverdrag: arm's-lenght in internationaal belastingrecht	96
4.3.1 Inleiding	96
4.3.2 Art. 9 OESO modelverdrag: absolute TP-mismatch?	98
4.3.3 Imputatiebeperking en belastingverdragen, sprake van treaty override?	100
4.3.3.1 Inleiding: het schetsen van een potentieel probleem	100
4.3.3.2 Interpretatie van belastingverdragen: art. 3 OMV en art. 31 Weens verdragenverdrag	102
4.3.3.2.1 Art. 31 Weens verdragenverdrag	102
4.3.3.2.2 Art. 3 lid 2 OMV	103
4.3.3.2.3 Samenvattend	104
4.3.3.3 Treaty override	104
4.3.3.3.1 Treaty override gedefinieerd	104
4.3.3.3.2 BNB 2003/379: Fictief Loon-arrest	105
4.3.3.3.3 BNB 2009/263	105
4.3.3.3.4 BNB 2009/260	106
4.3.3.3.5 Treaty override: samenvattend	107
4.3.3.4 Art. 9 OMV: brede (overkoepelende) of enge (stand-alone) werking	107
4.3.3.5 Analyse: treaty override?	108
4.3.3.6 Treaty override: samenvatting en conclusie	111
4.3.4 TP-guidelines: relatieve TP-mismatch?	111
4.3.4.1 Inleiding	111
4.3.4.2 Arm's-length-range: de TP-marge	112
4.3.4.3 De vergelijkbaarheidsanalyse	112
4.3.4.4 De functionele analyse	113

4.3.4.5	De verrekenprijsmethode	114
4.3.4.6	Relatieve TP-mismatch: analyse en conclusie	115
4.3.5	Conclusie	116
4.4	Mutual Agreement	116
4.5	Informatie-uitwisseling	117
4.5.1	Inleiding	117
4.5.2	AWR: informatieverplichtingen op basis van de Nederlandse wet	118
4.5.3	Art. 26 OESO modelverdrag: informatie-uitwisseling in bilaterale verdragen	119
4.5.4	Europese bijstandsrichtlijn: informatie-uitwisseling in de Europese Unie	122
4.5.5	Conclusie	123
4.6	Analyse en conclusie	123
HOOFDSTUK 5		
Internationale ontwikkelingen: Base Erosion and Profit Shifting		125
5.1	Inleiding	125
5.2	Ontwikkelingen internationaal debat	127
5.2.1	Inleiding	127
5.2.2	BEPS in vogelvlucht: ontwikkeling tot nu toe	127
5.2.3	BEPS in concreto: mismatches en TP	129
5.2.3.1	Inleiding	129
5.2.3.2	Mismatches	129
5.2.3.3	Transfer pricing	130
5.2.3.4	Concluderend	131
5.2.4	Analyse en conclusie	131
5.3	Oplossingsrichtingen: linking rules?	131
5.3.1	Inleiding	131
5.3.2	Linking rules	132
5.3.3	Conclusie	134
5.4	BEPS en transparantie	134
5.4.1	inleiding	134
5.4.2	Algemeen: automatisering	135
5.4.3	Samenvatting en conclusie	135
5.5	Analyse en conclusie	136
HOOFDSTUK 6		
Analyse: linking rule in de Wet VPB 1969		137
6.1	Inleiding	137
6.2	Lessen van het huidige art. 10b Wet VPB 1969	139

6.2.1	Inleiding	139
6.2.2	Gelieerdheid	139
6.2.3	Geldlening	140
6.2.4	Looptijd	140
6.2.5	Vergoeding	141
6.2.6	Waardemutaties	144
6.3	‘Transacties’	145
6.3.1	Inleiding	145
6.3.2	Vreemd vermogen versus eigen vermogen	145
6.3.3	Concerndiensten versus aandeelhoudersactiviteiten	147
6.3.4	Conclusie	148
6.4	Overdracht vermogensbestanddelen en afschrijvingen	148
6.5	Permanente toets	150
6.6	Slechts voor zover een probleem daadwerkelijk ontstaat	151
6.6.1	Inleiding	151
6.6.2	Compenserende heffingstoets	151
6.6.3	Linking rule Vleggeert	152
6.6.4	Cumulatieve toets	153
6.6.5	Linking rule ter neutralisatie effecten TP-mismatches	154
6.6.6	Conclusie	154
6.7	Conclusie	154
HOOFDSTUK 7		
Samenvatting en conclusie		156
7.1	Het probleem: probleemstelling	156
7.2	Het kader: totaalwinst	156
7.3	De testcasus: art. 10b Wet VPB 1969	158
7.4	De grenzen: actueel internationaal belastingrecht	159
7.5	De mogelijkheden: Base Erosion and Profit Shifting	160
7.6	De oplossing: linking rule in de Wet VPB 1969	161
7.7	Nabeschuwing	161
Lijst van figuren en tabellen		163
Geraadpleegde literatuur		164
Bijlagen		173

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Totaalwinst, transfer pricing mismatches en art. 10b Wet VPB 1969

In Nederland wordt de belastbare winst van ondernemingen in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting sinds jaar en dag vastgesteld aan de hand van het in art. 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001)¹ vervatte en via art. 8 lid 1 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) ook voor de vennootschapsbelasting geldende totaalwinstbeginsel (hierna ook wel aangeduid als: het objectieve stelsel). Op basis van dit objectieve stelsel bestaat de belastbare winst van een onderneming slechts uit die voordelen die verkregen zijn uit een onderneming. Mat andere woorden: slechts die baten en lasten die voortkomen uit de ondernemingsuitoefening kunnen leiden tot belastbare winst. Ontvangsten en uitgaven die daarentegen hun oorsprong vinden in de privésfeer van de ondernemer of in de aandeelhouderssfeer tussen twee vennootschappen, dienen geëlimineerd te worden uit de winst. Een zeer belangrijk arrest dat toeziet op bevoordelingen in de kostensfeer dat zijn oorsprong vindt in de aandeelhouderssfeer tussen twee vennootschappen is het arrest BNB 1978/252, in fiscale kringen beter bekend als het Zweedse Grootmoeder-arrest². In dit arrest was de vraag aan de orde of, in het geval geen rente bedongen was op een lening in een gelieerde verhouding (moeder-kleindochter verhouding), het voordeel van de (niet bedongen) rente bij de dochter gezien moest worden als een informele kapitaalstorting van de grootmoeder aan de (klein)dochter. Zou dit het geval zijn, dan zou het genoten voordeel (niet voortkomend uit ondernemingsactiviteiten) geëlimineerd moeten worden uit de winst van de dochter: zij zou met andere woorden een fictieve rentelast in aftrek mogen brengen bij het bepalen van de belastbare winst. *In casu* oordeelde de Hoge Raad dat de niet gevraagde rente, omdat de bewuste bevoordeling voortkwam uit louter aandeelhoudersbelangen, inderdaad als fictieve rentelast aftrekbaar was.

Het voornoemde objectieve stelsel heeft voor vennootschappen die onderdeel uitmaken van een concern tot gevolg dat zij onderling fiscaal geacht worden te handelen als onafhankelijke derden in het economisch verkeer. Interne transacties dienen voor het bepalen van de fiscale winst met andere woorden ‘zakelijk’ geprijsd te worden. Indien gelieerde vennootschappen niet zakelijk handelen – en aldus een te lage of te hoge prijs in aanmerking nemen voor interne transacties – dient de commerciële winst gecorrigeerd te worden om te komen tot een juiste (fiscale) belastbare winst. Deze objectieve benadering van verrekenprijzen (hierna ook wel: *transfer prices (TP)*) van transacties in concernverband staat in het internationale belastingrecht beter bekend als het ‘*arm’s-length*-beginsel’. In 2002 is het *arm’s-length*-beginsel onder internationale druk³ met de introductie van art. 8b Wet VPB 1969 in de wet gecodificeerd.

¹ Alsmede op basis van gelijkwaardige artikelen in het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 (Wet IB ’41) en de Wet Inkomstenbelasting 1964 (Wet IB ’64).

² Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, (Zweedse Grootmoeder-arrest), BNB 1978/252.

³ In de memorie van toelichting (MvT) bij de introductie van art. 8b Wet VPB 1969 stelde de staatssecretaris: ‘*Anders dan veel OESO-landen kent de Nederlandse wetgeving evenwel niet een expliciet voorschrift op het punt van het arm’s-lengthbeginsel. In internationaal verband leidt dit tot het kritische geluid dat de toepassing van het arm’s-lengthbeginsel in Nederland onvoldoende*

Ondanks het feit dat het *arm's-length*-beginsel internationaal gezien wordt als geschikt instrument ter voorkoming van economisch dubbele belasting⁴, is het geenszins een gegeven dat elke belastingjurisdictie dit beginsel op consequente wijze toepast bij het bepalen van de belastbare winst van concernvennootschappen. Ingeval een vennootschap gevestigd is in Nederland, terwijl een met deze vennootschap gelieerde entiteit gevestigd is in een land dat het *arm's-length*-beginsel niet toepast, bestaat het risico op dubbele (non)heffing. Indien immers deze gelieerde partijen een onzakelijk beprijsde transactie aangaan, waarbij de vennootschap in Nederland de partij is waar de kosten neerslaan en de vennootschap in het buitenland de partij waar de baten terechtkomen, ontstaat de volgende situatie. Nederland past een dusdanige correctie van de belastbare winst van de Nederlandse vennootschap toe dat deze *de facto* kosten ter grootte van een zakelijke verrekenprijs in aftrek mag brengen bij het bepalen van de belastbare winst. Bij het bepalen van de belastbare winst van de buitenlandse concernvennootschap passen de buitenlandse autoriteiten een dergelijke correctie daarentegen soms niet toe. Gevolg: de daadwerkelijk overeengekomen en betaalde hogere of lagere baten worden in het buitenland belast. Aldus wordt in het binnen- en buitenland dezelfde transactie bij het bepalen van de belastbare grondslag verschillend behandeld. Dergelijke verschillen in behandeling staan beter bekend als 'dispariteiten' of '*mismatches*'. Gezien het feit dat deze *mismatches* voortkomen uit de in internationaal verband verschillende totstandkoming van *verrekenprijzen*, zal ik de hierboven geschetste problematiek in het vervolg duiden met de term '*Transfer Pricing mismatches*' (hierna: '*TP-mismatches*').

Om een wapen in handen te hebben in de strijd tegen heffingslekken als gevolg van *TP-mismatches* op het gebied van intra-concernfinanciering is per 1 januari 2007 art. 10b in de Wet VPB 1969 gekomen. De kern van deze regeling is als volgt: ingeval er sprake is van leningen, aangegaan in concernverband, zonder vergoeding, of met een vergoeding die in belangrijke mate lager is (<70%) dan hetgeen door onafhankelijke derden overeengekomen zou zijn, met een looptijd van langer dan 10 jaar, is de vergoeding (zowel het daadwerkelijk betaalde als het niet-betaalde deel) op die lening niet aftrekbaar. Deze regeling geldt ongeacht het antwoord op de vraag of de vergoeding bij de crediteur al dan niet aftrekbaar is. Als gevolg hiervan zijn er gevallen denkbaar waarin enerzijds de kosten niet aftrekbaar zijn bij de debiteur, terwijl een corresponderende bate wel belast wordt bij de crediteur. Weliswaar heeft de wetgever in de parlementaire geschiedenis aangegeven met gebruik van de hardheidsclausule in nationale situaties naar een oplossing voor dit probleem te zoeken.⁵ Dat laat onverlet dat er een onevenwichtigheid in nationaal verband blijft bestaan met betrekking tot de gevallen waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.⁶ Daarnaast blijft er een potentiële onevenwichtigheid in internationaal verband bestaan. In

is gewaarborgd. Zeker met het oog op de beeldvorming die hiervan lijkt uit te gaan, moet ervoor worden gewaakt dat dit op de lange termijn de positie van Nederland als internationaal partner zou schaden.' Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 19.

⁴ Door middel van art. 9 OESO modelverdrag 2010 (hierna: OMV). Meer informatie hieromtrent is te vinden in H4 van dit onderzoek.

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8 (NnavV), p.84. Dit geldt slechts voor gevallen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Deze oplossing bestaat er uit om de bij de debiteur van aftrek uitgesloten vergoedingen vallen bij de crediteur onder de werking van de deelnemingsvrijstelling te doen vallen. Zie meer hierover in §3.3.6.

⁶ Echter, in dit soort gevallen zal mijns inziens minder snel sprake zijn van leningen die de voorwaarden hebben waar art. 10b Wet VPB 1969 op ziet. Dit soort leningen zullen toch voorkomen bij gevallen waar het aandelenbelang van crediteur in debiteur groter is dan 5%.

zijn ijver *mismatches* naar aanleiding van BNB 1978/252 op te lossen, heeft de wetgever een nieuwe *mismatch* – maar nu ten nadele van de belastingplichtige – gecreëerd.

1.2 Probleemstelling

1.2.1 Aanleiding voor het onderzoek: Base Erosion and Profit Shifting

Op 12 maart 2013 publiceerde de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) een rapport getiteld ‘*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*’ (hierna: *BEPS-report*).⁷ Dit rapport analyseert problemen die ontstaan als gevolg van hetgeen het rapport betitelt als ‘*aggressive tax planning*’. De rapporteurs achten onder andere het volgende van evident belang in ‘de strijd’ tegen belastingontwijking: ‘*In order to address base erosion and profit shifting (...) a comprehensive action plan should be developed quickly.*’⁸ Dit ‘*Action Plan on BEPS*’ heeft de OESO vervolgens gepubliceerd op 19 juli 2013⁹. Opvallend is dat enkele door de OESO in dit *Action Plan on BEPS* onderkende ‘*key pressure area’s*’ betrekking hebben op zowel ‘*transfer pricing*’ als op ‘*hybrid mismatches*’. *Hybrid mismatches* betreffen blijkens het *Action Plan*¹⁰ vermogensverstrekkingen of entiteiten die in verschillende jurisdicties fiscaal verschillend gekwalificeerd worden, waardoor mogelijkheden ontstaan tot internationale belastingplanning. *TP-mismatches* hebben gemeen met deze *hybrid mismatches* dat er een verschillende fiscale behandeling in verschillende landen plaatsvindt. Ervan uitgaande dat weliswaar beide landen de transactie fiscaal gelijk behandelen, wordt in dit geval de vergoeding op de transactie in potentie verschillend behandeld. In Nederland immers, worden in beginsel de vergoedingen *at-arms-length* berekend bij zowel de ‘betalende’ concernvennootschap als de ‘ontvangende’ vennootschap, waardoor er een evenwichtige situatie ontstaat. Indien in de staat van de ‘ontvangende’ concernvennootschap de vergoeding niet *at-arms-length* berekend wordt, ontstaat een onevenwichtigheid door niet op elkaar aansluitende wetgevingen. Daarmee is het effect hetzelfde als bij een *hybrid mismatch*.

Op 6 december 2012 publiceerde de Europese Commissie (hierna: EC) reeds een actieplan om handvatten te bieden die de strijd tegen belastingontwijking en -ontduiking zouden moeten versterken¹¹. In punt 8 en 10 van dit actieplan wordt gewag gemaakt van de rol die *mismatches* kunnen spelen bij agressieve belastingplanning en op het gebied van schadelijke ‘*business taxation*’. Te lezen valt dat: ‘*In doing this, taxpayers take advantage of mismatches in national laws to ensure that certain items of income remain untaxed anywhere.*’¹² Inmiddels heeft de EC zich geconformeerd aan de uitkomst van de binnen de OESO gevoerde discussie omtrent *BEPS*.¹³

⁷ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: 2013.

⁸ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: 2013, p.8.

⁹ *Action Plan on Base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013

¹⁰ Alsmede blijkens het rapport omtrent ‘*hybrid mismatches*’. Zie: *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012. Hierna: *HM-report*. Zie hierover meer in H5.

¹¹ *An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, Brussel: European Commission: 2012.

¹² *An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, Brussel: European Commission: 2012, p.6.

¹³ Zie hiervoor de laatste pagina van het *Action Plan on BEPS*: ‘*The European Union takes part in the work of the OECD.*’ *Action Plan on Base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013.

Inmiddels draait ook in zowel publieke, politieke als wetenschappelijke kringen de discussie omtrent belastingontwijking op volle toeren. Zo vermeldt de achterflap van een door de FD-journalisten *Van Geest, Van Kleef* en *Smits* geschreven (populair) boek over belastingontwijking bijvoorbeeld:

*'U beseft het misschien niet, maar u woont in een exotisch paradijs. En dan hebben we het niet over palmbomen, maar over het aangename Hollandse belastingklimaat. Dat wil zeggen: voor buitenlandse miljonairs en miljardairs en buitenlandse bedrijven. Google, Ikea, Starbucks, Mick Jagger, de Italiaanse maffia, U2: ze betalen in Nederland véél minder belasting dan u. Hoe kan dat?'*¹⁴

Rond dezelfde tijd van het verschijnen van dit boek wordt ondertussen in de Tweede Kamer de motie Klaver met grote meerderheid van stemmen aangenomen. Het relevante gedeelte van de tekst van deze motie luidde:

*De kamer (...) verzoekt de regering, zich bij deze landen (VM: Engeland en Duitsland) aan te sluiten en zich actief in te zetten om mogelijkheden tot belastingontwijking via Nederland weg te nemen (...)*¹⁵

In reactie op met de strekking van bovenstaande citaten overeenkomende uitlatingen van journalisten en politici in diverse populaire media laat bijvoorbeeld *Engelen* in een column in het NTFR van januari 2013 optekenen:

*'Ik heb grote moeite met de wijze waarop het debat over de belastingheffing van multinationals in de politiek en de media wordt gevoerd. De toonzetting is vaak generaliserend en tendentius van aard. Zo verwijst Omtzigt in zijn motie naar de 'fiscaal sluwe wijze' waarop multinationals in Europa hun belastingdruk weten te 'drukken'.*¹⁶

Alsmede:

*'Daarbij wordt bovendien vaak blijk gegeven van een – laat ik het maar beleefd zeggen – beperkt inzicht in het (internationaal) belastingrecht.'*¹⁷

Wat er ook zij van deze discussie en wie er ook het gelijk aan zijn zijde moge hebben in dit verhitte debat, het bovenstaande maakt mijns inziens voldoende inzichtelijk dat de problematiek van internationale belastingontwijking zich mag verheugen in een brede maatschappelijke belangstelling. Voorgaande, in combinatie met de prominente plek die *transfer pricing* en *mismatches* in die discussie innemen, maakt een nader onderzoek van *TP-mismatches* tot een maatschappelijk relevant onderzoek.

1.2.2 Onderwerp en doel van het onderzoek

Het onderwerp van dit onderzoek is het effect van *TP-mismatches*. Het gaat om transacties in gelieerde verhoudingen waarop een onzakelijk lage of hoge vergoeding overeengekomen wordt. In het onderzoek beschrijf ik een jurisprudentiekader met betrekking tot imputatie, art. 10b Wet VPB 1969, relevante aspecten van het huidige internationale belastingrecht en tot slot de ontwikkelingen omtrent *mismatches* op internationaal gebied met het oog op de toekomst. Toetsing aan EU-recht plaats ik buiten het bestek

¹⁴ M. van Geest, J. van Kleef en H.W. Smits, *'Het belastingparadijs. Waarom niemand hier belasting betaalt, behalve u'*, Amsterdam: Business Contact 2013, achterflap.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2012/2013, 33 402, nr. 36 (Motie Klaver).

¹⁶ F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.

¹⁷ F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.

van dit onderzoek. Vervolgens analyseer ik wat de plek is van *TP-mismatches* in het raamwerk dat ik hierboven heb geschetst. Het doel is te komen tot een oplossing die de effecten van *TP-mismatches* op rechtvaardige, efficiënte en effectieve wijze kan neutraliseren.

1.2.3 Vraagstelling

Om de doelstelling van dit onderzoek te kunnen verwezenlijken zal ik de volgende vraagstelling hanteren:

“Hoe dienen de effecten van transfer pricing mismatches vanuit Nederlands perspectief op effectieve, efficiënte en rechtvaardige wijze geneutraliseerd te worden binnen de grenzen van huidig en toekomstig internationaal belastingrecht?”

1.3 Methode van onderzoek

Voor dit onderzoek kijk ik naar een aantal dimensies. Ten eerste schets ik een theoretisch kader waarbij jurisprudentie de hoofdmoot is. Het doel van het schetsen van dit kader is om een beeld te krijgen van het effect – voor zover relevant voor deze scriptie – van het hanteren van het objectieve stelsel bij het berekenen van de belastbare winst van ondernemingen. Door het beschrijven en analyseren van de (oude en nieuwe) Kosten-arresten en het Zweedse Grootmoeder-arrest geef ik aan waar het specifieke probleem van *TP-mismatches* vandaan komt.

Ten tweede kijk ik kort naar de teleologische dimensie. Ik analyseer daarbij de parlementaire geschiedenis van art. 10b Wet VPB 1969 alsmede die van art. 10 lid 1 jo. lid 2, 3 en in het bijzonder lid 4 Wet VPB 1969 om een goed beeld te krijgen van de ratio van het wetsartikel. Op die wijze analyseer ik in hoeverre art. 10b Wet VPB 1969 er in slaagt om *TP-mismatches* op het gebied van financiële transacties te voorkomen. In het licht hiervan toets ik deze regeling op evenwichtigheid, efficiëntie en effectiviteit. Het uiteindelijke doel is om lessen uit art. 10b Wet VPB 1969 te trekken die van nut kunnen zijn bij het opstellen van een bepaling ter neutralisatie van de negatieve effecten van *TP-mismatches*.

Ten derde zie ik de problematiek van *TP-mismatches* vanuit een internationaalrechtelijke dimensie. Allereerst beschrijf ik het verschil tussen juridisch en economisch dubbele belastingheffing en het verschil tussen kapitaalimportneutraliteit (hierna: KIN) en kapitaalexportneutraliteit (KEN). Vervolgens neem ik art. 9 OMV aan de hand van het OESO-commentaar bij het modelverdrag onder de loep. Het doel hiervan is te bepalen of dit artikel niet reeds voor een belangrijk gedeelte een oplossing biedt voor het probleem van *TP-mismatches*. Daarnaast zie ik de internationale mogelijkheden tot interstatelijke informatie-uitwisseling. Tot slot beschrijf ik de ontwikkelingen in het beleid van de OESO ten aanzien van *mismatches* met als belangrijkste ontwikkeling de onlangs verschenen rapporten. Aan de hand van de op deze wijze geanalyseerde internationale dimensie toets ik in hoeverre een door mij in dit onderzoek voor te stellen oplossing in lijn is met huidig en toekomstig beleid van de OESO op dit gebied.

1.4 Opzet van het onderzoek

In hoofdstuk 2 schets ik een theoretisch kader op basis van de voor de inkomstenbelasting gewezen Kosten-arresten, het voor de vennootschapsbelasting gewezen Zweedse Grootmoeder-arrest en de zogenoemde ‘nieuwe’ Kosten-arresten. Ik beantwoord in dit hoofdstuk de volgende vraag: Op welke wijze

worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het objectieve stelsel (totaalwinst/*arm's-length*) alsmede bij interactie van het objectieve stelsel met afwijkende stelsels?

In hoofdstuk 3 van deze scriptie werk ik art. 10b Wet VPB 1969 uit, de voorgeschiedenis komt aan bod door middel van de parlementaire behandeling van zowel art. 10 lid 1 sub 2 en de leden 2, 3 en 4 (oud) Wet VPB 1969 en art. 10b Wet VPB 1969 zelf. De elementen van de wetgeving waar ik op in ga zijn: de looptijd, gelieerdheid, lening, vergoedingen en waardemutaties. Ik toets de regeling op rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Ik beantwoord in dit hoofdstuk de volgende vraag: welke lessen leert art. 10b Wet VPB 1969 ons met het oog op het tot stand brengen van een rechtvaardige, effectieve en efficiënte bepaling in de Wet VPB 1969 ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*?

In hoofdstuk 4 kijk ik naar de actuele internationale dimensie van *TP-mismatches*. Ik beschrijf allereerst het verschil tussen juridisch en economisch dubbele belastingheffing. Daarna maak ik een keuze tussen het streven naar KIN dan wel KEN bij het zoeken naar een oplossing ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*. Ik beschrijf daarnaast art. 9 OMV en het commentaar van de OESO bij dit artikel. Tot slot bespreek ik (inter)nationale voorzieningen die op dit moment bestaan op het gebied van *mutual agreement* en informatie-uitwisseling. De vraag die ik in dit hoofdstuk beantwoord luidt: binnen welke grenzen van internationaal belastingrecht dient een bepaling in de Wet VPB 1969 ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* opgesteld te worden?

In hoofdstuk 5 analyseer ik de onlangs verschenen en hierboven genoemde OESO-rapporten omtrent *BEPS*. Het belang van dit hoofdstuk is om inzichtelijk te maken welke ruimte de Nederlandse wetgever in de toekomst zal hebben om wetgeving ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* in het leven te roepen. Ik beantwoord in dit hoofdstuk de volgende vraag: Welke handvatten biedt de huidige internationale discussie omtrent belastingontwijking, in het bijzonder *BEPS*, om tot een oplossing te komen ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*?

In hoofdstuk 6 analyseer ik wat de oplossing is om de effecten van *TP-mismatches* te neutraliseren. Bij deze afweging neem ik alle in de eerdere hoofdstukken besproken elementen mee. De vraag die ik beantwoord is: Op welke wijze dient een nieuwe bepaling ter neutralisatie van effecten van internationale *TP-mismatches* opgesteld te worden, dusdanig dat deze de nationaalrechtelijke toets der kritiek kan doorstaan?

In hoofdstuk 7 geef ik antwoord op de probleemstelling van dit onderzoek alvorens een samenvatting te geven van de hoofdstukken 1 tot en met 6. Ik geef in deze conclusie aan waarom ik van mening ben dat de oplossing zoals ik deze tot stand heb gebracht in hoofdstuk 6 de te volgen weg is. Ik sluit af met een aantal beschouwende opmerkingen.

HOOFDSTUK 2

Theoretisch kader: objectieve vs. subjectieve winstbepaling

2.1 Inleiding

Ik dit hoofdstuk beschrijf ik het theoretisch kader waarbinnen de problematiek van *TP-mismatches* valt. Zoals ik reeds in de inleiding heb beschreven, komt het probleem van *TP-mismatches* voort uit het feit dat Nederland bij de berekening van de belastbare winst van gelieerde vennootschappen kosten en baten van interne concerntransacties corrigeert naar een zakelijk niveau. Dergelijke correcties staan ook wel bekend als imputatie van kosten en/of baten. De wettelijke basis voor imputatie is te vinden in het in het (huidige) art. 3.8 Wet IB 2001 (zie bijlage 1) neergelegde totaalwinstconcept. Ingevolge dit objectieve stelsel dient de winst van een onderneming gedurende de gehele levensduur van die onderneming bepaald te worden door de volgende formule te hanteren: $\text{totaalwinst} = \text{eindvermogen} - \text{beginvermogen} + \text{onttrekkingen} - \text{stortingen}$. Voorgaande bewerkstelligt dat indien middelen onttrokken worden aan de onderneming, niet volgend uit de ondernemingsuitoefening, deze onttrekkingen bij de belastbare winst opgeteld worden (batenimputatie). Voor stortingen geldt het omgekeerde (kostenimputatie). Genoemde formule zorgt er dus voor dat de totaalwinst gezuiverd wordt van ondernemingsvreemde elementen.

De tegenhanger van dit objectieve stelsel is het stelsel dat ik hierna zal duiden met de benaming: het subjectieve stelsel. Het subjectieve stelsel neemt als uitgangspunt bij het bepalen van de winst niet hetgeen wat de onderneming zou moeten kunnen verdienen, maar datgene wat daadwerkelijk geschiedt. Dit beginsel vond bijvoorbeeld zijn weerslag in (de niet op winst ziende gedeelten van) de inkomstenbelastingwetten van vóór 2001. Gevolg was dat bijvoorbeeld particuliere verhuurders en verpachters slechts belast werden tegen het daadwerkelijk ontvangen voordeel uit onroerend goed. Momenteel is dit subjectieve stelsel nog steeds leidend in de Wet op de Loonbelasting 1964 (Hierna: Wet LB '64). De vraag dringt zich op welke fiscale implicaties het heeft indien het objectieve en subjectieve stelsel met elkaar in aanraking komen.

De eerste vraag die ik in dit hoofdstuk beantwoord, is: wanneer is er sprake van imputatie in de inkomstenbelasting? Om deze vraag te beantwoorden bespreek ik de zogenoemde Kosten-arresten. Deze arresten zijn gewezen in de sfeer van de inkomstenbelasting in de periode na de Tweede Wereldoorlog en handelen over stortingen en onttrekkingen. Interactie tussen het subjectieve en objectieve stelsel komt hier naar voren. Vervolgens beantwoord ik de vraag wanneer er sprake is van imputatie in de vennootschapsbelasting. Daartoe kijk ik naar arresten die handelen over informele kapitaalstortingen en onttrekkingen (winstuitdelingen) en gewezen zijn in de sfeer van de vennootschapsbelasting. Daarna zal ik het – eveneens in de sfeer van de vennootschapsbelasting gewezen – zogenoemde Zweedse Grootmoeder-arrest bespreken. Het doel van het beantwoorden van de genoemde eerste twee vragen is het vergelijken van imputatie in de vennootschapsbelasting en in de inkomstenbelasting. Ik analyseer óf er een verschil in benadering is en zo ja, waar dit verschil vandaan komt en of er gereede gronden zijn voor dit verschil. Om deze laatste twee vragen te beantwoorden onderzoek ik – in aanvulling op de reeds besproken arresten – de overwegingen die een rol hebben gespeeld bij de zogenaamde ‘nieuwe’ Kosten-arresten. Deze arresten

handelden, in samenhang bezien, over de interactie tussen de inkomstenbelasting (subjectief) en vennootschapsbelasting (objectief) op het gebied van imputatie. Tot slot geef ik aan hoe deze benaderingen zich verhouden tot het totaalwinstbeginsel.

Buiten art. 3.8 Wet IB 2001 is sinds begin 2003 art. 8b Wet VPB 1969 van belang geworden voor het corrigeren van onzakelijke beloningen in concernverband naar een zakelijk niveau. Ik zal kort ingaan op het belangrijkste verschil tussen het *arm's-length*-beginsel op basis van respectievelijk art. 3.8 wet IB 2001 en art. 8b Wet VPB 1969. Ik sluit af met een conclusie waarin ik de in deze inleiding opgeworpen vragen beantwoord.

De vraag die ik uiteindelijk beantwoord in dit hoofdstuk luidt: Op welke wijze worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het objectieve stelsel (totaalwinst/*arm's-length*) alsmede bij interactie van het objectieve stelsel met afwijkende stelsels?

2.2 'Oude' Kosten-arresten in de inkomstenbelasting

2.2.1 Inleiding

In de navolgende paragraaf komen eerst de arresten aan de orde die gewezen zijn in de sfeer van de inkomstenbelasting en betrekking hebben op (potentiële) stortingen. Daarna bespreek ik de arresten die gewezen zijn in de sfeer van de inkomstenbelasting en betrekking hebben op (potentiële) onttrekkingen. Deze arresten hebben als belangrijkste overeenkomst dat zij handelen over de (het gebrek aan) samenhang in de belastingheffing tussen belastingplichtigen waarbij het objectieve stelsel geldt (IB-ondernemer) en belastingplichtigen die geen ondernemer zijn, maar bijvoorbeeld in loondienst zijn. In het laatste geval is bij het bepalen van de belastinggrondslag het subjectieve stelsel leidend. Op basis van dit zogenoemde kasstelsel vormt uitsluitend hetgeen daadwerkelijk betaald dan wel ontvangen is door belastingplichtige de basis voor belastingheffing.

Met betrekking tot de ondernemingswinst zijn grofweg twee benaderingen te onderscheiden. Allereerst is er het zuiver *objectieve stelsel* te onderscheiden. Bij dit stelsel worden transacties tussen de ondernemer (of zijn familieleden) en de onderneming zoveel mogelijk vergeleken met hetgeen onafhankelijke derden overeengekomen zouden zijn bij een dergelijke transactie. Wijkt de transactie van de ondernemer met zijn onderneming hiervan af, dan dient in deze visie de winst van de onderneming gecorrigeerd te worden¹⁸. Deze visie is gebaseerd op een zo zuiver mogelijke (lees objectieve) uitvoering van het in art 3.8 Wet IB 2001 (en diens voorgangers in de Wet IB '64, en de Wet IB '41) vervatte totaalwinstbeginsel. Aan de andere kant van het spectrum is de visie te onderkennen die uitgaat van de werkelijkheid. Dit subjectieve stelsel sluit aan bij degene die een voordeel geniet. *Brüll* noemt als voorbeeld van deze visie het volgende¹⁹. Stel dat een vader-ondernemer zijn zoon voor diens arbeidsverdiensten in het bedrijf van vader een veel te hoog loon betaalt. Volgens aanhangers van het objectieve stelsel, zou in dit geval slechts een

¹⁸ Zie ook: D. Brüll, '*Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*', Amsterdam: N.V. Uitgeverij FED 1964, p 55-56.

¹⁹ D. Brüll, '*Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*', Amsterdam: N.V. Uitgeverij FED 1964, p. 57.

(lagere) zakelijke beloning aftrekbaar zijn bij de onderneming. Aanhangers²⁰ van het reële stelsel menen echter dat de onderneming door de hoge beloning betaald te hebben een deel van het genotsrecht opgegeven heeft ten faveure van de zoon. Dit heeft volgens diezelfde aanhangers tot gevolg dat de winst van de onderneming lager uitvalt (door de hoge beloning) en de zoon belast wordt over het hogere bedrag wat hij heeft genoten. Platter gezegd gaan de aanhangers van dit stelsel uit van datgene wat daadwerkelijk betaald is. Deze benadering vond bijvoorbeeld zijn weerslag in het in art. 33 wet IB '64 (oud) vervatte genietingsstijp bij inkomsten uit vermogen.

2.2.2 (Potentiële) stortingen in de inkomstenbelasting

Op 28 september 1955²¹ wees de Hoge Raad arrest in een zaak waarin belanghebbende een boerderij pachtte van zijn vader voor de uitoefening van zijn landbouwbedrijf. De zakelijke pachtprijs voor een dergelijke boerderij zou fl.1000,- geweest zijn. Belanghebbende betaalde fl. 400, --. Daarnaast verschaftte belanghebbende kost en inwoning aan zijn ouders met een geldelijke waarde van f. 1056,-. Duidelijk moge zijn dat op basis van het objectieve totaalwinstbeginsel een zakelijke pachtprijs, *in casu* groot fl.1000,-, door de onderneming als bedrijfskosten in aftrek gebracht zouden mogen worden. Allereerst zou de betaalde fl.400,- aftrekbaar moeten zijn als bedrijfskosten. Daarnaast heeft de niet betaalde fl.600,- te gelden als een te corrigeren storting doordat vader de onderneming van zijn zoon op basis van privémotieven, gelegen in de familiesfeer, bevoordeelde. Aldus zou *de facto* een aftrekbare kostenpost groot fl.1000,- resulteren. Bij de Hoge Raad was in geschil of van de door zoon aan zijn ouders voor kost en inwoning betaalde fl.1056,- niet eigenlijk fl. 600,- gezien moet worden als het voldoen van het te weinig betaalde gedeelte ($1000 - 400 = 600$) van de pacht. De Hoge Raad oordeelde *in casu* als volgt:

'dat de Raad van Beroep blijkbaar heeft aangenomen, dat van hetgeen door belanghebbende aan zijn ouders werd verstrekt en door hen werd aangewend tot voorziening in hun levensonderhoud een bedrag van f 600 zijn grond vond in de omstandigheid, dat ook in het oog van partijen de door belanghebbendes vader van hem bedongen pachtsom te laag was, en dat dit laatste bedrag derhalve in werkelijkheid werd betaald als een vrijwillige toeslag op de pacht; dat de Raad van Beroep, uitgaande van deze feitelijke vaststelling, in overeenstemming met hetgeen belanghebbende blijkens 's Raads uitspraak ook zelf had verzocht, genoemd bedrag van f 600 als bedrijfsuitgave had moeten aftrekken van belanghebbendes bedrijfswinst, zodat het beroep in zoverre gegrond is'

Enigszins curieus lijkt de nadruk op het aanwezig zijn van een 'vrijwillig betaalde toeslag' op de pacht als voorwaarde voor aftrekbaarheid van het formeel niet betaalde gedeelte van de pacht door de onderneming van zoon aan vader. Zoals hierboven door mij immers uiteengezet, is het met het oog op het totaalwinstbeginsel niet van belang of een uitgave al dan niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Wellicht is denkbaar dat de Hoge Raad dit gegeven van belang vond om veilig te stellen dat tegenover de aftrekbare kostenpost bij de onderneming, een belaste bate bij vader zou staan. Denkbaar is dat immers ook bij vader de verkapte betaling gezien wordt als voldoening van de pacht *in natura*, waarmee deze bij de vader belast zou zijn. Hoe de waarde van de kost en inwoning van f.1056,- echter behandeld wordt, wordt niet duidelijk uit het arrest. Op basis van deze uitspraak blijft het dus gissen naar de precieze motieven van de Hoge Raad bij het komen tot deze uitspraak.

²⁰ Zie bijvoorbeeld: C.J. Sleddering, 'Bedrijfsmatig genot van arbeid en kapitaal', *WFR* 1965/557.

²¹ Hoge Raad 18 september 1955, nr. 12 495, *BNB* 1955/342.

De vraag die daarom na dit arrest opkomt, is of de correctie ook plaatsgevonden zou hebben indien de verkapte bijbetaling niet plaats had gevonden. Het antwoord op die vraag lijkt gegeven te zijn in het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 1958²². In dit arrest was belanghebbende eveneens landbouwondernemer. Belanghebbende pachtte in deze zaak van zijn moeder een stuk grond. De betaalde pachtprijs was in de jaren waar het arrest over handelt f 600,- lager dan hetgeen de moeder van de ondernemer had kunnen bedingen. Belanghebbende meende dat dit (niet-betaalde) bedrag, als voordeel dat niets van doen heeft met de bedrijfsuitoefening van belanghebbende en slechts voortkwam uit diens privésfeer, afgetrokken mocht worden van de winst. De Hoge Raad oordeelde echter anders. Hij bepaalde namelijk dat, ook al vindt er een dergelijke bevoordeling in de persoonlijke sfeer van de ondernemer plaats, er nooit een bedrag afgetrokken kan worden van de winst dat hoger is dan het bedrag dan in werkelijkheid als pachtsom is betaald door de landbouwondernemer²³.

Als we de uitspraak van BNB 1958/116 naast de uitspraak van BNB 1955/342 leggen, dan valt op dat in beide arresten aandacht wordt besteed aan wat er in werkelijkheid betaald is als maatstaf voor aftrekbaarheid van kosten in de winstbelastingssfeer. Op basis hiervan zou gesteld kunnen worden dat de Hoge Raad aansluiting zoekt bij wat ik in de inleiding van deze paragraaf het reële stelsel heb genoemd. *Sleddering* juicht deze benadering – specifiek in BNB 1958/342 – van de Hoge Raad toe en benadert de problematiek niet vanuit het totaalwinstbeginsel, maar vanuit het op dat moment geldende art. 29 Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 (hierna: IB '41).²⁴ Kern van dit artikel, aldus *Sleddering*, is dat degene die een bepaald genotsrecht heeft, belasting dient te betalen. *In casu* betekent dit dat het voordeel dat de moeder zich liet ontgaan, overgaat naar de zoon-ondernemer. In andere woorden: het genot gaat over naar de onderneming, zodat volgens *Sleddering* het voor de hand ligt dat er geen fictieve aftrek plaatsvindt voor de 'te lage' pacht. *Brüll* is echter van mening dat een dergelijke benadering onwenselijke consequenties zou hebben.²⁵ Dergelijke consequenties zijn volgens *Brüll* gelegen in de mogelijkheid tot ongebreideld manipuleren van inkomensstromen ten faveure van belastingplichtige.

2.2.3 (Potentiële) onttrekkingen in de inkomstenbelasting

Op 4 mei 1955 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarin belanghebbende een landbouwbedrijf exploiteerde²⁶. In dit landbouwbedrijf werkte de meerderjarige dochter van belanghebbende mee. Zij deed dit tegen een vergoeding die volgens de inspecteur hoger was dan gebruikelijk. Dit kwam omdat de dochter voor de helft van de 'betaalde' tijd werkzaamheden in het huishouden van belanghebbende verrichtte. De inspecteur stelde dan ook dat het deel van de beloning, die belanghebbende aan zijn dochter betaalde, dat uitging boven hetgeen gebruikelijk, opgeteld diende te worden bij de winst van belanghebbende. De inspecteur stelde aldus dat het bovenmatige gedeelte als onttrekking ten behoeve van privé-uitgaven van belanghebbende aangemerkt diende te worden. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad: 'dat toch voor de beantwoording van de vermelde vraag (VM: de vraag of er een correctie plaats diende te

²² Hoge Raad 12 februari 1958, nr. 13 456, *BNB* 1958/116.

²³ Een bevestiging hiervan is tevens te vinden in: Hoge Raad 10 december 1958, nr. 13 791, *BNB* 1959/51 en Hoge Raad 22 maart 1961, nr. 14 495, *BNB* 1961/145.

²⁴ C.J. Sleddering, 'Bedrijfsmatig genot van arbeid en kapitaal', *WFR* 1965/557.

²⁵ D. Brüll, 'Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip', Amsterdam: N.V. Uitgeverij FED 1964, p. 57.

²⁶ Hoge Raad 4 mei 1955, nr. 12 273, *BNB* 1955/223.

vinden) *uitsluitend beslissend is, of en tot welk bedrag de door belanghebbende aan zijn dochter gedane verstrekkingen bepaaldelijk de beloning hebben gevormd voor haar arbeid in het landbouwbedrijf*. Vervolgens verwees de Hoge Raad de zaak met de opdracht nader te onderzoeken of de dochter inderdaad de helft van haar betaalde tijd besteedde aan huishouden. Indien dit het geval zou zijn, oordeelde de Hoge Raad dat er inderdaad sprake zou zijn van een te corrigeren onttrekking.

In het arrest van 30 oktober 1968²⁷ was eveneens de vraag aan de orde of er sprake was van een onttrekking. In de onderhavige zaak was belanghebbende makelaar in onroerende zaken. In deze hoedanigheid kreeg belanghebbende van A een tip over een te kopen pand waar winst op te behalen zou zijn. Vervolgens kocht belanghebbende, na zelf ter plaatse de winstgevendheid (positief) beoordeeld te hebben, op naam en voor risico van diens schoonvader het pand en verkocht dit met winst door. Aan de orde was de vraag of belanghebbende, door deze winstmogelijkheid onbenut te laten, middelen aan de onderneming naar privé had onttrokken. De Hoge Raad oordeelde dat in beginsel geldt dat een door een ander genoten voordeel niet tot de belastbare bedrijfswinst van een ondernemer gerekend kan worden (subjectief stelsel). In het arrest laat de Hoge Raad echter nog wel ruimte voor een andere behandeling in voorkomende gevallen. Hij oordeelde dat er bijzonder omstandigheden denkbaar zijn, waarin een door een ander genoten voordeel wel tot de belastbare bedrijfswinst wordt gerekend. Welke bijzondere omstandigheden dit zijn, wordt in het arrest niet duidelijk. *Strik* en *De Vries*²⁸ menen in navolging van *Hofstra* in diens noot bij BNB 1968/112²⁹ dat het moet gaan om een situatie waarin het causale verband tussen het voordeel en de ondernemingsuitoefening van belastingplichtige dusdanig groot is, dat het door een ander laten genieten van dit voordeel aangemerkt moet worden als een uitdeling/onttrekking. In tegenstelling tot de overige bovenstaande arresten handelt dit arrest over een bevoordeling in de vermogenssfeer in plaats van in de sfeer van kosten en baten. Voor een onderscheid tussen de vermogenssfeer en de kostensfeer zal ik de definitie hanteren zoals gebruikt door *Bongaarts*: 'Leidt een positieve of negatieve onttrekking tot een overgang van geld en/of goederen dan is deze gelegen in de vermogenssfeer. Andere onttrekkingen spelen zich af in de kostensfeer'³⁰. Er zijn, zoals later zal blijken ook de staatssecretaris in zijn cassatieberoepschrift bij BNB 1978/252³¹, auteurs die de opvatting huldig(d)en dat bevoordelingen in de vermogenssfeer anders behandeld zouden moeten worden dan de kostensfeer. Wat de reden voor dit onderscheid zou moeten zijn, blijft gissen. Verdere bespreking van dit (non-existente?) onderscheid zal ik uitstellen tot paragraaf 2.4. Hier zal ik volstaan met de opmerking dat er in het hierboven besproken BNB 1969/5 (net als met betrekking tot de arresten uit paragraaf 2.2.2) in de vermogenssfeer niet geaccepteerd werd dat bevoordeling door de onderneming in de familiesfeer van de onderneming leidde tot een te corrigeren onttrekking.

²⁷ Hoge Raad 30 oktober 1986, nr. 15 993, *BNB* 1969/5.

²⁸ S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, 'Vennootschapsbelasting', Cursus belastingrecht studenteneditie, Deventer: Kluwer 2012. §2.0.5.G.a1.

²⁹ Hoge Raad 27 maart 1968, nr. 15 859, *BNB* 1968/112.

³⁰ P. J. M. Bongaarts, 'Kapitaalstortingen en andere negatieve onttrekkingen', *WFR* 1984/1033.

³¹ Zie §2.4 met betrekking tot BNB 1978/252 (Zweedse Grootmoeder-arrest).

2.2.4 Analyse en conclusie ten aanzien van 'oude' Kosten-arresten

In deze paragraaf is het volgende beeld ontstaan. In het geval de onderneming wordt bevoordeeld in de zin dat er een te lage prijs wordt gerekend en die bevoordeling zijn oorsprong niet vindt in de ondernemingsuitoefening, zou er theoretisch plaats moeten zijn voor een correctie naar een zakelijke aftrekpost op grond van het objectieve totaalwinstbegrip. Dit wordt door de Hoge Raad echter niet toegestaan. De reden hiervoor is, aldus van *Kempen c.s.*³², gelegen in het feit dat een dergelijke correctie niet gepaard gaat met een gelijke correctie in de inkomstenbelastingsfeer. In de inkomstenbelastingsfeer wordt immers op basis van het subjectieve stelsel datgene belast wat daadwerkelijk als inkomen ontvangen is. Als toegestaan zou worden dat een bedrag ter grootte van een zakelijke beloning afgetrokken wordt van de ondernemingswinst, terwijl gelijktijdig het (lagere) werkelijk betaalde bedrag belast zou worden bij de bevoordeler in de inkomstenbelasting, zou dit een heffingslek tot gevolg hebben³³. *Sleddering* verklaart de handelswijze van de Hoge Raad vanuit de gedachte dat degene wie het genot heeft gehad, geacht wordt over de vruchten van dit genot belasting te betalen. De nadruk bij de benadering van *Sleddering* ligt voornamelijk op het subjectieve inzicht van de ondernemer zelf. *Brüll* acht een dergelijke ontwikkeling onwenselijk in verband met door hem gesignaleerde mogelijkheden tot 'in strijd met de opzet der inkomstenbelasting fiscaal te honoreren inkomensoverdrachten'³⁴. Ik ga er vanuit dat *Brüll* met 'opzet van de inkomstenbelasting' doelt op het verschillend belasten van verschillende onderdelen (loon, winst, etc.) van inkomsten en van subjecten in de Wet IB '64. In het licht hiervan zal hij met genoemd citaat het risico op het schuiven met bedragen (van bijvoorbeeld de winstsfeer naar de loonsfeer of van persoon naar persoon) voor ogen hebben. Dit kan als onwenselijk ervaren worden in het geval er belastingdrukverschillen³⁵ bestaan tussen verschillende inkomenscategorieën. Een voorbeeld waarbij inkomen verschoven wordt van de winstsfeer naar de loonsfeer kan meer inzicht verschaffen in een dergelijk probleem. Stel dat het winstbelastingtarief effectief 40% is, loon wordt daarentegen effectief belast tegen 30%. In ons voorbeeld betaalt een vader-ondernemer zijn zoon-werknemer een loon groot €100.000,- per jaar, terwijl een loon van €50.000,- per jaar zakelijk zou zijn, er wordt dus 'kunstmatig' inkomen verschoven. Ik accepteer het subjectieve stelsel in de loonbelastingsfeer hier als gegeven. Bij een winst van €200.000,- van de onderneming laat de volgende tabel zien wat het verschil in belasting en nettowinst is bij toepassing van respectievelijk het subjectieve stelsel en het objectieve stelsel in de winstsfeer:

³² M.L.M. van Kempen & P.H.J. Essers, 'Inkomstenbelasting', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, IB.3.2.9.B.b.

³³ Overigens is de reikwijdte van dit probleem onder de huidige IB 2001 kleiner dan het onder de IB '41 en IB '64 was. Immers, bij het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen vindt een dergelijke correctie van de beloning wel plaats bij de ontvanger (reëel op basis van art. 3.91 wet IB 2001 of fictief op basis van het box 3 regime). Zie in dit verband ook: M.L.M. van Kempen & P.H.J. Essers, 'Inkomstenbelasting', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, IB.3.2.9.B.b'.

³⁴ D. Brüll, 'Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip', Amsterdam: N.V. Uitgeverij FED 1964, p. 57.

³⁵ Deze verschillen zouden mijns inziens voort kunnen komen uit zowel specifieke vrijstellingen voor specifieke inkomenscategorieën, andere tarieven voor verschillende inkomenscategorieën of de aanwezigheid van compensabele verliezen in de onderneming.

Tabel 1: objectieve versus subjectieve winstbepaling

	Pa (winst: 40% belast)		Zoon (loon: 30% belast)		Totaal	
	Subjectief	Objectief	Subjectief	Objectief	Subjectief	Objectief
Winst	€ 200,000.00	€ 200,000.00	-	n.v.t.	-	-
Loon	-€ 100,000.00	-€ 50,000.00	€ 100,000.00	n.v.t.	-	-
Nettowinst/loon voor belastingen	€ 100,000.00	€ 100,000.00	€ 100,000.00	n.v.t.		
Belastbare Winst/Loon	€ 100,000.00	€ 150,000.00	€ 100,000.00	n.v.t.	€ 200,000.00	€ 200,000.00
te betalen belasting	€ 40,000.00	€ 60,000.00	€ 30,000.00	n.v.t.	€ 70,000.00	€ 90,000.00
Nettowinst/loon na belastingen	€ 60,000.00	€ 40,000.00	€ 70,000.00	n.v.t.	€ 130,000.00	€ 110,000.00

Te zien is dat in dit geval de belasting bij toepassing van het subjectieve stelsel aanzienlijk verlaagd, *in casu* met €20.000,-, kan worden. In zoverre lijkt *Brüll* aldus terecht een defect te zien in de toepassing van het subjectieve stelsel ten opzichte van het objectieve stelsel. In deze situatie, de situatie waarin de onderneming vanwege privé-motieven van de ondernemer te hoge beloningen betaalt voor verleende diensten, vindt een dergelijke correctie in besproken jurisprudentie echter juist weer wel plaats. Het gevolg hiervan is dat het deel van de betaalde beloning dat te hoog is weer opgeteld (gecorrigeerd) wordt bij de winst, zodat slechts een zakelijke beloning aftrekbaar is (zie ook tabel hierboven). Het risico wat *Brüll* lijkt te signaleren bestaat in ieder geval in dit verband niet. De vraag is, in het licht van het hiervoor besproken subjectieve stelsel van de inkomstenbelasting, of dit niet eenzelfde ongerijmdheid tot gevolg heeft als waar de Hoge Raad in de sfeer van stortingen voor tracht te waken. Immers, op het moment dat bij de onderneming slechts een zakelijke beloning als aftrekpost gehanteerd wordt, terwijl in de inkomstenbelasting het daadwerkelijk genoten voordeel bij de particuliere bevoordeelde belast wordt, dan ontstaat er een situatie waarin meer belast is dan in aftrek toegestaan wordt. *Sleddering* stelt dat deze onevenwichtigheid slechts een schijnbare is³⁶. Hij stelt immers dat in het geval er sprake is van een onzakelijk hoge beloning, de oorzaak hiervan vaak gelegen zal zijn in bijvoorbeeld een verkapte schenking aan een kind of een verkapte alimentatiebetaling aan een (ex-)partner. Deze schenking respectievelijk alimentatiebetaling zou dan niet meer aangemerkt worden als huur, pacht of loon bij de genietter, waardoor deze niet belast is bij de genietter. Volledige aftrekbaarheid bij de onderneming zou een evenwichtig systeem, aldus *Sleddering*, verstoren. Indien deze redenering van *Sleddering* klopt waag ik het echter om me af te vragen of het omgekeerde geval niet eveneens aan de orde is in het geval een onzakelijk lage beloning betaald wordt. Zou in dat geval immers niet net zo goed beredeneerd kunnen worden dat er sprake is van een verkapte schenking aan ditmaal de ondernemer?

Zelf ben ik van mening dat het toepassen van het subjectieve stelsel in voorkomende gevallen, zoals deze voornamelijk door *Sleddering* verwoord wordt, een aantrekkelijke gedachte is. Weliswaar leidt dit (*contrain* aan het hierboven gegeven voorbeeld) tot het potentieel verschuiven van belastbare bedragen. Het zorgt er in ieder geval voor dat zowel in de huur-, loon- en pachtsfeer als in de winstsfeer, wordt uitgegaan van hetzelfde belastbare respectievelijk aftrekbare bedrag. Dit effect zou ook bereikt kunnen worden door niet bij de onderneming een inbreuk op het objectieve stelsel te maken, maar door bij de particuliere (loon-, pacht- of huur)genietter een inbreuk op het subjectieve stelsel te maken. Dat de Hoge Raad niet voor deze oplossing heeft gekozen acht ik begrijpelijk vanwege het volgende. Het objectieve totaalwinstbeginsel is op zichzelf al een (potentiële) afwijking van hetgeen in werkelijkheid gebeurt bij

³⁶ C.J. Sleddering, 'Bedrijfsmatig genot van arbeid en kapitaal', *WFR* 1965/557.

een onderneming. Veel beslissingen van de ondernemer (waaronder het vaststellen van de hoogte van te betalen vergoedingen) zijn gebaseerd op subjectieve inzichten, die in veel gevallen moeilijk toetsbaar zijn voor de rechter. Een afwijking van het totaalwinstbeginsel in voorkomende gevallen lijkt daarom goed verdedigbaar. De andere zijde, afwijking van het subjectieve stelsel bij particuliere inkomstgenieters lijkt minder voor de hand liggend. Waar de ondernemer zelf de controle heeft over welk loon hij wenst te betalen, zal de loongenieter minder in de melk te brokkelen hebben. Deze loongenieter zal vaak het betaalde loon als gegeven te accepteren hebben. In mijn ogen is het onredelijk om in dat geval bij bijvoorbeeld een ‘te laag’ loon, de loongenieter voor een hoger bedrag in de heffing te betrekken dan voor het bedrag wat daadwerkelijk ontvangen is. Daarnaast valt nog op te merken dat het vanuit het wezen van de inkomstenbelasting als draagkrachtbelasting eveneens logischer is om aan te sluiten bij hetgeen in werkelijkheid plaatsvindt. Vanuit het oogpunt van totaalwinst volgt een voordeel dat de ondernemer toekomt door een te laag loon te betalen aan een familielid weliswaar niet *uit* de onderneming, desalniettemin verhoogt het de aan de winstgenieter ter beschikking staande (liquide) middelen (zonder dat daar een schuld o.i.d. op gaat drukken) en daarmee de kracht om extra belastingen te dragen. Kortom, de draagkracht van de ondernemer is toegenomen en dient belast te worden, fictieve renteaftrek past niet in deze gedachte.

2.3 Arresten inzake (informele) kapitaalstortingen en (verkapte) winstuitdelingen in de vennootschapsbelasting

2.3.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik een aantal arresten die gewezen zijn in de sfeer van de vennootschapsbelasting en die betrekking hebben op (potentiële) stortingen. Daarna bespreek ik de arresten die gewezen zijn in de sfeer van de vennootschapsbelasting en betrekking hebben op (potentiële) onttrekkingen. Het gaat hier steeds om onzakelijk beprijsde transacties tussen twee volledig belastingplichtige lichamen³⁷ in een winstbelasting.

2.3.2 (Potentiële informele) kapitaalstortingen³⁸ in de vennootschapsbelasting

Op 3 april 1957³⁹ wees de Hoge Raad arrest in een zaak met als belanghebbende een Nederlandse dochtervennootschap van een Amerikaanse moedervernootschap. Belanghebbende beschikte na de Tweede Wereldoorlog nog slechts over een uitgeput machinepark. Om die reden zond de Amerikaanse moedervernootschap belanghebbende machines toe. Belanghebbende betaalde moeder voor deze transactie een zakelijke transactiesom. Vervolgens werd deze transactiesom op last van De Nederlandsche Bank gestort op een geblokkeerde bankrekening ten name van de moeder. De gelden op deze bankrekening werd vervolgens (gedeeltelijk) aangewend ter financiering van een pensioenregeling van belanghebbende. Gesteld zou kunnen worden dat het geld dat door belanghebbende betaald werd als transactiesom voor het machinepark door de moedervernootschap *de facto* uitgegeven werd ter

³⁷ In de zin van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969.

³⁸ Ik zal in dit hoofdstuk de termen ‘storting’ en ‘informele kapitaalstorting’ door elkaar gebruiken. Ik duid met beide op elementen die uit de totaalwinst gezuiverd moeten worden als zijnde ondernemingsvreemde elementen.

³⁹ Hoge Raad 3 april 1957, nr. 13 084, *BNB* 1957/165.

financiering van pensioenregelingen die anders voor rekening van belanghebbende gekomen zouden zijn. Met andere woorden: per saldo had belanghebbende geen transactiesom betaald. In geschil was dan ook hoe omgegaan diende te worden met het *de facto* om niet ingebrachte machinepark. In dit verband oordeelde de Hoge Raad:

'dat er gevallen zijn, waarin voor de toepassing van het belastingrecht moet worden aangenomen, dat inbreng van kapitaal in een naamloze vennootschap heeft plaats gevonden, niettegenstaande van een storting op de aandelen geen sprake was (onderstreping VM) en zelfs niet heeft kunnen zijn, omdat het gehele maatschappelijke kapitaal der naamloze vennootschap was geplaatst en door betaling van het nominale bedrag der aandelen was volgestort; dat zulk een geval zich voordoet, indien een moedermaatschappij als houdster van de aandelen (onderstreping VM) ener dochteronderneming enkel op grond van de voor haar in die hoedanigheid tot de dochteronderneming bestaande verhouding (onderstreping VM) aan deze een voordeel in geld of goederen doet toekomen (onderstreping VM), dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verschaft; (onderstreping VM) dat toch in dat geval door de dochteronderneming een voordeel wordt genoten, dat zijn oorzaak uitsluitend in de interne verhouding tussen haar en haar aandeelhoudster vindt, waardoor in fiscaal-rechtelijken zin kapitaal wordt ingebracht.'

Uit dit arrest is een aantal belangwekkende zaken af te leiden. Allereerst oordeelt de Hoge Raad dat er sprake kan zijn van een fiscaalrechtelijk begrip van kapitaal dat afwijkt van het civielrechtelijke begrip van kapitaal. Voorts formuleert de Hoge Raad de omstandigheden waaronder sprake kan zijn van een kapitaalstorting door een moedervenootschap in een dochtervenootschap. Dat is mogelijk als 1) een aandeelhouder in die hoedanigheid 2) haar dochter een voordeel – in geld of goederen – toe doet komen, dat deze vervolgens geniet 3) waar onafhankelijke derden dit niet gedaan zouden hebben. In de onderhavige casus besliste de Hoge Raad dat zulks het geval was. Er was sprake van een storting die gecorrigeerd diende te worden. Het eerste criterium is een direct uitvloeisel van het zo objectief mogelijk bepalen van de totale winst van een onderneming. Een aandeelhouder kan in relatie tot diens vennootschap 'verschillende petten' op hebben.⁴⁰ Zo kan de aandeelhouder bepaalde keuzes maken met de 'pet' van crediteur op. Deze keuzes zullen allicht verschillen van de beslissing op dezelfde keuze onder dezelfde omstandigheden die genomen zou worden door de aandeelhouder die niet handelt in zijn hoedanigheid van crediteur.⁴¹ Door de eerste eis te stellen bewerkstelligt de Hoge Raad hier dus dat onzakelijke/subjectieve (lees aandeelhouders-)elementen gezuiverd worden uit de totaalwinst van een onderneming. Het tweede vereiste lijkt een beperking in te houden van het constateren van onttrekkingen tot slechts de vermogenssfeer (zie paragraaf 2.2.3). Indien dit inderdaad bedoeld werd door de Hoge Raad, dan zou dit betekenen dat een correctie van een storting bij een bevoordeling door de aandeelhouder van diens vennootschap in de kostensfeer uitgesloten is. Met enige goede wil zou men ook in het afwijzen van een kostenimputatie in de inkomstenbelastingssfeer⁴², waar immers dezelfde wijze van winstbepaling – zijnde het totaalwinstbeginsel – de basis vormt, hiervoor een aanwijzing kunnen lezen. Een andere lezing zou ook kunnen zijn dat slechts relevant is of de aandeelhouder verarmt door de transactie en de vennootschap door diezelfde transactie verrijkt. Verdere bespreking van (de relevantie van) het onderscheid tussen de vermogenssfeer en de kostensfeer stel ik uit tot paragraaf 2.4. Tot slot regelt het derde criterium, in

⁴⁰ Zie voor een indicatief voorbeeld in dit verband: Hoge Raad 2 februari 1972, nr. 16 662, *BNB* 1972/128.

⁴¹ Zo zal een aandeelhouder gemiddeld genomen eerder geneigd zijn om geld in diens vennootschap te 'pompen' dan een crediteur geneigd zal zijn dit te doen. Een faillissement zal immers de laag preferente aandeelhouders harder raken dan de in rangorde met hogere preferentie begunstigde schuldeisers van een vennootschap.

⁴² Zie de Kosten-arresten zoals besproken in §2.2.2.

aanvulling op het eerste criterium, dat voor de kwalificatie van een transactie aangesloten wordt bij hetgeen een onafhankelijke derde gedaan zou hebben.

Bij het secuur lezen van het hierboven geciteerde onderdeel van de uitspraak van de Hoge Raad wordt duidelijk dat tevens vereist wordt dat er sprake is van dubbele bewustheid van de bevoordeling⁴³. De aandeelhouder moet de intentie gehad hebben de vennootschap te bevoordelen. Is dit het geval, dan heeft zij dit willen doen in de hoedanigheid van aandeelhouder. Aan de andere kant moet ook de vennootschap zich bewust zijn van deze bevoordeling. Curieus is dat met deze subjectieve benadering er een zekere mate van subjectiviteit sluipt in de bepaling van de objectieve totaalwinst. Blijkbaar wordt een bevoordeling door de aandeelhouder van de vennootschap die ‘per ongeluk’ geschiedt wel gezien als voordeel ‘uit’ onderneming, waarmee correctie van de winst niet aan de orde komt. Als we dit leggen naast de door mij in paragraaf 2.2 uiteengezette visie van *Sleddering*, dan lijkt dit element goed bij de visie van *Sleddering* te passen. Immers, in het geval de Amerikaanse vennootschap in het hierboven bedoelde geval niet bewust (maar ‘door omstandigheden’) de Nederlandse vennootschap om niet (via een omweg) een nieuw machinepark heeft doen toekomen is het voordeel dat de Amerikaanse moeder zich liet ontgaan overgegaan naar de Nederlandse dochter, waarover de Nederlandse dochter belast zou moeten worden. Bij het ontbreken van bewustheid, zou dit ook volgens dit arrest de te volgen weg zijn. Wat er ook zij van deze beschouwingen omtrent de subjectieve dan wel objectieve houding van de Hoge Raad bij de bepaling van de totaalwinst, met de introductie van art. 8b Wet VPB 1969 in 2002 in de wet, lijkt de objectivering van de winstbepaling in de vennootschapsbelasting compleet gemaakt.⁴⁴ Meer hierover in paragraaf 2.7 hoofdstuk 4.

2.3.3 (Potentiële) onttrekkingen/winstuitdelingen⁴⁵ in de vennootschapsbelasting

Een vergelijkbare regel als in het eerder behandelde⁴⁶ arrest BNB 1957/165 formuleerde Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 7 februari 1963⁴⁷. Het Hof stelde namelijk dat slechts sprake is van een uitdeling uit de winst (lees: een onttrekking) door een vennootschap, indien gelden renteloos ter beschikking worden gesteld aan haar (directeur groot-)aandeelhouder (*in casu*: A), teneinde deze aandeelhouder als zodanig te bevoordelen. In het onderhavige geval was sprake van een rekening couranttegoed (hierna: rct) van A bij diens NV. Deze rct vertoonde in de loop van de tijd dan weer een debetsaldo en dan weer een creditsaldo. In de jaren waarover het geschil handelde had de rct een debetsaldo. De NV vroeg geen rente over het bedrag. De vraag was of deze niet bedongen rente een winstuitdeling was. Het geschil spitste zich toe op de vraag of de NV diens aandeelhouder A als aandeelhouder bevoordeeld had. In casu oordeelde het Hof: *‘dat, nu A nimmer aanspraak maakte op rente, het Hof van oordeel is dat de zakelijke verhouding van de met elkander in rekening staanden medebracht dat belangh. op haar beurt van rente afzag; dat de insp., in*

⁴³ Zie uitgebreider hierover: H. Vermeulen, *‘Vennootschapsbelasting’*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2013, §2.0.5.D.c2.

⁴⁴ Gevolg van deze verregaande objectivering zou in mijn ogen overigens kunnen zijn dat men in zakelijke verhoudingen fiscaal geacht wordt roomser dan de paus te zijn. Ik ben van mening dat de kans bestaat dat transacties in concernverband ‘zakelijker’ behandeld dienen te worden dan transacties in daadwerkelijk ongelieerde verhoudingen. Zie meer hieromtrent in §3.4.5.

⁴⁵ Ik zal in dit hoofdstuk de termen ‘onttrekking’ en ‘winstuitdeling’ door elkaar gebruiken. Ik duid met beide op elementen die uit de totaalwinst gezuiverd moeten worden als zijnde ondernemingsvreemde elementen.

⁴⁶ Zie §2.3.2.

⁴⁷ Hof Amsterdam 7 februari 1963, nr. 365/62, *BNB* 1963/204.

plaats van slechts 1960 te bezien, de gehele verhouding in ogenschouw had dienen te nemen. Oftewel, de bevoordeling vond hier niet plaats vanwege de hoedanigheid van aandeelhouder van A, maar vanwege zakelijke overwegingen. Er was aldus geen sprake van een onttrekking. Ondanks de bewoordingen waarin de Hoge Raad kwam tot zijn uitspraak in het eerder besproken BNB 1957/165, waarbij de nadruk gelegd werd op de inbreng van geld en goederen – waarvan hier geen sprake is – werd in deze zaak dezelfde toets aangelegd om te bepalen of er hier sprake is van een onttrekking. Was de bevoordeling waarvan sprake was in dit arrest wel voortgekomen uit het aandeelhouderschap van de aandeelhouder van A, dan was hier ongetwijfeld eveneens een correctie aangebracht.

In het arrest BNB 1970/62⁴⁸ achtte de Hoge Raad een winstuitdeling wel aanwezig. In casu was sprake van een lening, verschaft door een dochtervennootschap aan diens moedervennootschap, waarop gedurende enkele jaren door de moedervennootschap in het geheel geen rente werd vergoed. De inspecteur meende dat een zakelijke rente van 5 procent bij de winst van de dochter opgeteld diende te worden. Het Hof oordeelde in deze zaak dat een dergelijke rente-imputatie inderdaad gerechtvaardigd was. Belanghebbende stelde hier in cassatie tegenover dat het Hof niet had onderzocht of het de bedoeling van belanghebbende was geweest haar aandeelhouder als zodanig te bevoordelen. Tevens meende belanghebbende dat het Hof nagelaten had te onderzoeken of de moedervennootschap dit voordeel ook had willen aanvaarden. In andere woorden: belanghebbende meende dat niet bewezen was dat de bevoordeling (dubbel) bewust was geschied⁴⁹. De Hoge Raad oordeelde in cassatie dat vanwege het feit het hier ging om renteloze vorderingen in een moeder-dochter-verhouding, aangenomen moet worden dat genoemde bewustheid aanwezig was. In feite bepaalde de Hoge Raad in dit arrest dat in (bijna) 100%-verhoudingen – *in casu* had de moedervennootschap 98% van de aandelen in de dochtervennootschap in handen – aangenomen mag worden dat een vennootschap, indien deze voor een dienst lagere prijzen berekent dan gebruikelijk is buiten concernverband, haar aandeelhouder in die hoedanigheid bevoordeelt. In andere woorden, er is hier een verdergaande objectivering waar te nemen in de bepaling van de totaalwinst. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad, dat het irrelevant is of het binnen concernverband wel gebruikelijk is om dergelijke prijzen overeen te komen. Wederom is hier een uitvloeisel van een zo objectief/zakelijk mogelijk winstbegrip in de vennootschapsbelasting waar te nemen. Aldus vond in deze casus rente-imputatie plaats. Het verschil tussen het later te behandelen Zweedse Grootmoeder-arrest en het hierboven beschreven arrest is gelegen in het feit het hier een zuiver Nederlandse situatie betrof. Moeder en dochter waren beiden Nederlandse vennootschappen. Aldus was gewaarborgd dat een rente-imputatie bij de dochter gevolgd zou worden door een rente-imputatie bij de moeder, zodat eventuele heffingslekken achterwege zouden blijven.

Een interessante casus was aan de orde in het arrest BNB 1971/233⁵⁰. Hierin werd door de Hoge Raad geoordeeld dat onzakelijk handelen geen onttrekking kan zijn indien de (aandeelhouders-) relatie met de wederpartij van een overeenkomst niet bewezen is. In casu vroeg belanghebbende een ongebruikelijk lage rente op een lening aan een andere vennootschap (N.V. Y-bank). De inspecteur vermoedde dat beide

⁴⁸ Hoge Raad 7 januari 1970, nr. 16 279, BNB 1970/62.

⁴⁹ Zulks werd o.a. in het arrest HR 30 december 1953, nr. 11 555, BNB 1954/61 gesteld als eis om te kunnen concluderen tot een winstuitdeling.

⁵⁰ Hoge Raad 20 oktober 1971, nr. 16 580, BNB 1971/233.

vennootschappen een gezamenlijke aandeelhouder hadden, maar kon dit niet bewijzen. Op basis van het genoemde vermoeden stelde de inspecteur dat er sprake was van een uitdeling van belanghebbende naar de veronderstelde gezamenlijke aandeelhouder⁵¹. Belanghebbende stelde dat zij geen informatie kon verschaffen omtrent de identiteit van de aandeelhouder(s). Het Hof stelde de inspecteur in het gelijk en achtte ter ondersteuning van de stelling van de inspecteur de volgende elementen van belang: belanghebbende heeft zich voordelen laten ontgaan ten behoeve van N.V. Y-bank, de zakelijkheid van de lage gevraagde rente is niet aannemelijk, de handelswijze had – aldus de directie van belanghebbende – de goedkeuring van de aandeelhouders en op het moment dat de lening gecedeerd werd aan een andere partij, werd de onzakelijkheid verwijderd uit de overeenkomst. De Hoge Raad oordeelde echter dat er geen sprake was van een uitdeling, omdat er geen (aanwijsbare) aandeelhoudersrelatie bestond. Ik neem aan⁵² dat deze uitspraak zijn gelding blijft behouden met betrekking tot de term gelieerdheid onder het later nog te bespreken art. 8b Wet VPB 1969.

2.3.4 Conclusie ten aanzien van stortingen en onttrekkingen in de vennootschapsbelasting

Op basis van het bovenstaande ontstaat het volgende beeld. Er is sprake van een storting – en er is dus een kostenimputatie vereist – in het geval 1) een aandeelhouder in die hoedanigheid 2) haar dochter een voordeel – in geld of goederen - toe doet komen, dat deze vervolgens geniet 3) waar onafhankelijke derden dit niet gedaan zouden hebben. Er is sprake van een onttrekking – en er is dus een batenimputatie vereist – indien 1) een aandeelhouder haar dochter een voordeel heeft willen verstrekken, 2) dit voordeel zijn oorsprong vindt in de aandeelhoudersrelatie en 3) beide partijen zich hiervan bewust zijn. Voorts is duidelijk dat bij onzakelijk handelen in concernverband vrij snel aangenomen mag worden dat de dochter haar aandeelhouder (of de aandeelhouder haar dochter) als zodanig bevoordeelt. Indien aandeelhoudersbanden niet vastgesteld zijn is het echter niet zo dat onzakelijk handelen – door middel van een gewekt vermoeden tot aandeelhoudersbanden – leidt tot het constateren van een onttrekking.

2.4 BNB 1978/252: het Zweedse Grootmoeder-arrest

2.4.1 Inleiding

Op 31 mei 1978 wees de Hoge Raad arrest⁵³ in een voor de vennootschapsbelasting belangwekkende zaak. In deze paragraaf zal achtereenvolgens aan de orde komen wat de feiten en de uitspraak van het Hof in desbetreffende zaak waren, over welke punten de partijen in geschil waren en tot slot wat de uitspraak van de Hoge Raad was. In een korte conclusie ga ik in op de implicaties van het arrest en het verband met oudere jurisprudentie op het gebied van winst in zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting (zie de paragrafen hiervoor).

⁵¹ En vervolgens een storting van de gezamenlijke moeder naar Y, er was volgens de inspecteur sprake van een zgn. storting bovenlangs.

⁵² Gezien het feit dat de staatssecretaris stelt dat art. 8b Wet VPB 1969 niets anders is dan codificatie van het de reeds bestaande rechtspraktijk. Zie ook §2.7.

⁵³ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB 1978/252*.

2.4.2 *Casus en oordeel Hof*

In het onderhavige arrest richtte een Zweedse vennootschap (A), moeder van een Nederlandse dochter (belanghebbende, een volledig aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam), een tweede dochter (X Nederland B.V.) in Nederland op. De Zweedse vennootschap stortte f 1.000.000,-- in deze dochter. Na oprichting verkocht A Vervolgens X B.V. aan belanghebbende. Belanghebbende bleef de koopsom voor deze aankoop schuldig en boekte daarom een schuld groot f 1.000.000,-- (1.400.00 kronen) aan A. Daarnaast verstrekte A aan X B.V. een aantal leningen die opgelopen waren tot een bedrag van 15.861.000 kronen. Over zowel de lening aan belanghebbende als over de lening aan X B.V. – met wie belanghebbende een fiscale eenheid vormde – werd geen rente bedongen.

Het Hof oordeelde met de inspecteur dat er geen redelijke (lees: zakelijke) rente in aftrek van de winst gebracht mocht worden ten laste van de winst van belanghebbende. Het Hof kwam tot dit oordeel omdat de koopsom die schuldig werd gebleven naar het oordeel van het Hof risicodragend kapitaal vormde. Er was volgens het Hof geen sprake van een lening maar van eigen vermogen, een informele kapitaalstorting kwam aldus niet aan de orde. Met betrekking tot de geldverstrekkingen van A aan X B.V., die in de ogen van het Hof wel hadden te gelden als leningen, oordeelde het Hof dat er wel sprake was van informele kapitaalstortingen ter grootte van de niet-bedongen rente op die leningen. Zij kwam tot dit oordeel omdat A diens kleindochter X B.V. bevoordeeld zou hebben om redenen van concernbelang en daarmee de kleindochter in die hoedanigheid bewust had willen bevoordelen.

2.4.3 *Punten van geschil: kostensfeer versus vermogenssfeer*

In cassatie vocht de staatssecretaris dit laatste onderdeel van de uitspraak van het Hof aan met de stelling dat er ten eerste geen sprake was van een informele kapitaalstorting door A aan X B.V. en ten tweede dat er geen rekening gehouden mag worden bij de fiscale winstbepaling met niet in werkelijkheid betaalde bedragen. Ter toelichting van deze stelling droeg de staatssecretaris aan dat informele stortingen zich slechts kunnen manifesteren in de vermogenssfeer en niet in de kostensfeer. Onder deze vermogenssfeer valt volgens de staatssecretaris inbreng in geld of in goederen⁵⁴. De andere sfeer: de kostensfeer, heeft betrekking op bevoordelingen door de (in dit geval: groot-)moedervernootschap van de dochtervernootschap door een te lage beloning voor een verstrekte dienst te vragen. Volgens de staatssecretaris was van het laatste in het geval van de renteloze lening van grootmoeder A aan X B.V. sprake.

Een interessante vraag is in dit verband waar bovenstaande stelling van de staatssecretaris vandaan komt. Inderdaad, in de voor de inkomstenbelasting gewezen Kosten-arresten (zie paragraaf 2.2) wordt in de kostensfeer geen correctie van stortingen en onttrekkingen toegestaan. Daarnaast lijkt de zinsnede ‘*een voordeel in geld of goederen doet toekomen*’ in BNB 1957/165⁵⁵ eveneens rechtvaardiging te bieden voor de gedachte dat slechts in de vermogenssfeer correctie van stortingen (en onttrekkingen) door de Hoge Raad wordt voorgestaan. Voorgaande is echter geenszins een bewijs voor het feit dat bevoordelingen in de

⁵⁴ Zie ook het in dit kader in §2.3.1 besproken arrest: Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, BNB 1957/165.

⁵⁵ Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, BNB 1957/163.

vermogenssfeer fundamenteel verschillen van bevoordelingen in de kostensfeer. Sterker nog, in het in paragraaf 2.2 besproken BNB 1969/5⁵⁶ wordt een correctie in de vermogenssfeer niet geaccepteerd. Anderzijds wordt in BNB 1970/62⁵⁷ wel degelijk een correctie in de kostensfeer (rente-imputatie) door de Hoge Raad toegestaan. Zoals in paragraaf 2.3.3. besproken wijst ook de uitspraak van het Hof in BNB 1963/204 duidelijk in de richting van het toestaan van rente-imputatie in de kostensfeer. Op basis hiervan is het mijns inziens zeer de vraag of de rechter tot op het moment van dit arrest zelf al een onderscheid zag tussen de twee sferen op dit gebied. *Bongaarts* zoekt het verschil in het feit dat bevoordelingen in de vermogenssfeer het fiscale vermogen direct verhogen respectievelijk verlagen, waar bevoordelingen in de kostensfeer dit op indirecte wijze doen⁵⁸. Hij tracht het één en ander te verduidelijken door het hierna geciteerde voorbeeld:

'Stelt een aandeelhouder, bewust als zodanig, tijdelijk een pand ter beschikking aan zijn BV zonder daarbij een redelijke tegenprestatie te bedingen dan zal moeten worden nagegaan of de BV vermogen (een tijdelijk vruchtgebruik) heeft verkregen. Is dat inderdaad het geval dan stijgt het vermogen van de BV rechtstreeks. Deze vermogenstoename zal dan in theorie aan de winst (reserve) of aan het kapitaal kunnen worden toegevoegd. (...) Heeft de aandeelhouder geen vermogen afgestaan dan leidt deze negatieve onttrekking bij de BV slechts tot een kostenbesparing. Het vermogen van de BV stijgt niet rechtstreeks. Alleen de commerciële winst stijgt rechtstreeks.'

Vooropgesteld zij dat *Bongaarts* hier boekhoudkundig gelijk heeft, kijken we echter puur economisch dan ontstaat mijns inziens een ander beeld. Kan de terechte constatering, dat het afstaan van een vruchtgebruik om niet het vermogen van de verschaffer vermindert en het vermogen van de vruchtgebruiker verhoogt, geflankeerd worden door eenzelfde constatering met betrekking tot verhuur om niet? Of heeft *Bongaarts* gelijk met zijn stelling dat dit in het geval van een bevoordeling in de kostensfeer niet het geval is? Stel dat we het voorbeeld van *Bongaarts* wat meer uitdiepen. Neem aan dat de aandeelhouder een pand heeft waarvoor zij netto een zakelijke huur van €1.500,- per jaar en dus €18.000,- per jaar kan vragen. Willen we de financieel-economische waarde⁵⁹ van dit pand weten, dan hoeven we slechts de netto contante waarde (hierna: NCW) van de vrije kasstromen die het actief op zal leveren gedurende diens looptijd te bepalen. Voor het gemak ga ik er vanuit dat het pand een oneindige economische levensduur heeft. Ik ben me bewust van het feit dat dit een onrealistische aanname is. Ik kan deze aanname desondanks maken, omdat de uitkomsten van dit voorbeeld niet fundamenteel zullen veranderen in het geval we uitgaan van een vaste in plaats van een oneindige levensduur. In formulevorm geldt voor ons geval: $NCW_{\text{pand}} = \frac{\text{Jaarlijkse nettohuurstroom}}{\text{disconteringsvoet}}$. Uitgaande van de aanname dat deze disconteringsvoet in ons voorbeeld 5% bedraagt, bepalen we de waarde van het pand in ons voorbeeld als: $\frac{€18.000}{0,05} = €360.000, --$. Nu besluit de aandeelhouder echter om het pand voor de duur van 1 jaar om niet aan diens vennootschap ter beschikking te stellen. In dit geval is de waarde van het pand aan het einde van jaar 1 gelijk aan $\frac{18.000}{0,05} = 360.000, --$, de kasstroom uit jaar 1 valt immers weg. De NCW per heden (begin van jaar 1) wordt vervolgens als volgt berekend: $\frac{360.000}{1,05} = €342.857, --$. Het verschil tussen de eerste berekening van de waarde van het pand en

⁵⁶ Hoge Raad 30 oktober 1969, nr. 15 993, *BNB* 1969/5.

⁵⁷ Hoge Raad 7 januari 1970, nr. 16 279, *BNB* 1970/62.

⁵⁸ P. J. M. Bongaarts, 'Kapitaalstortingen en andere negatieve onttrekkingen', *WFR* 1984/1033. Meer over dit onderscheid en het effect hiervan bespreek ik eveneens in §5.4.

⁵⁹ Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting omtrent waarde en waardebeoordeling op economische wijze voor ondernemingen: J. Vis, 'Ondernemend waarderend: waarderend ondernemen: de subjectiviteit van het begrip economische waarde', Apeldoorn: Maklu-Uitgevers N.V. 2010.

de tweede berekening bedraagt €17.143, --. Niet geheel toevallig is dit exact gelijk aan de NCW van 1 vol jaar netto huur ($^{18.000}/_{1,05} = €17.143,--$). Concluderend kunnen we stellen dat het vermogen van de aandeelhouder – althans, in economische zin – bij bovenstaande kostenbesparing op directe wijze daalt met een bedrag gelijk aan (de NCW van) de gemiste huur. Voor de vennootschap geldt het omgekeerde. Deze vermogensvermeerdering van de vennootschap, respectievelijk vermogensvermindering van de aandeelhouder hebben met de onderneming van beide vennootschappen niets van doen en moeten dus op basis van het totaalwinstbeginsel uit de fiscale winst geëlimineerd worden. Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat het verschil tussen de vermogenssfeer en de kostensfeer niet gelegen is in het al dan niet direct beïnvloeden van het vermogen van een vennootschap. Of een aandeelhouder nou geld of goederen inbrengt – waardoor de dochter meer middelen ter beschikking staan – of dat een aandeelhouder de dochter minder laat betalen – waardoor dit effect ook bereikt wordt – maakt geen verschil. Bij wie welke winst vervolgens belast wordt is een vraag van toepassing van het subjectieve stelsel of het objectieve stelsel. Het enige verschil dat ik wel signaleer, signaleer ik bij toepassing van het subjectieve stelsel. Daarbij is immers van belang dat voordeel *uit* de bron genoten wordt. Een voordeel *van* de bron kan als zodanig niet belast worden⁶⁰. Als voorbeeld kan een aandelenbelang dienen. Onder het subjectieve stelsel zijn dividenden (uit de bron) wel onmiddellijk belast, waar een vermogenstoename van diezelfde aandelen (van de bron) niet belast kan worden op het moment dat deze zich voordoet, pas bij verkoop of latere liquidatie is dit het geval. Hetzelfde heeft te gelden voor leningen. Binnen de vennootschapsbelasting is dit onderscheid echter niet aan de orde door toepassing van het totaalwinstbeginsel.

Ten aanzien van de stelling dat slechts werkelijke kosten van de winst afgetrokken mogen worden, betoogde de staatssecretaris inderdaad dat dit volgt uit de voor de inkomstenbelasting gewezen Kosten-arresten (zie hiervoor). A-G *Van Soest* heeft in zijn conclusie bij het arrest niet veel op met het door de staatssecretaris gemaakte onderscheid tussen bevoordelingen in de vermogenssfeer en bevoordelingen in de kostensfeer, en haakt aan bij het eerder in paragraaf 2.3.1 besproken arrest *BNB 1957/163*⁶¹. Volgens *Van Soest* heeft een bevoordeling als in onderhavige casus te gelden als een verbijzondering van de in *BNB 1957/163* aan de orde komende situatie waarin de aandeelhouder een te lage prijs ontvangt voor een prestatie (levering van een machinepark) aan diens dochtervennootschap.

2.4.4 Oordeel van de Hoge Raad

In vrij strakke bewoordingen oordeelde de Hoge Raad in de hierboven uiteengezette casus als volgt:

‘dat het Hof aan het door hem vastgestelde feit dat A om redenen van concernbelang geen rente heeft bedongen de betekenis heeft toegerekend, dat A in haar kwaliteit van grootmoedermaatschappij de dochtermaatschappij van belanghebbende (...) met de rente, die zij had kunnen bedingen en buiten die kwaliteit ook zou hebben bedongen, bewust heeft willen bevoordelen; dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan belanghebbendes dochter opgekomen voordeel, bestaande uit het niet

⁶⁰ Interessant om in dit verband te lezen is het artikel: J.A.R. van Eijdsden, ‘De samenhang tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting’, *WFR* 2002/442. *Van Eijdsden* gaat hier in het kader van (later) nog te bespreken ‘nieuwe’ Kosten-arresten in op arresten die handelen over converteerbare obligaties. De rente die voortkwam uit deze obligaties was belastbaar, de waarde van het conversierecht daarentegen kon niet geïmputeerd worden als onderdeel van de rente vergoeding. Rente is een voordeel *uit* het vermogensbestanddeel (lening/obligatie), het conversierecht is een onderdeel *van* het vermogensbestanddeel.

⁶¹ Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, *BNB 1957/163*.

verschuldigd worden van rente over de haar door de grootmoedermaatschappij verstrekte lening, zijn oorzaak niet vond in de bedrijfsuitoefening van belanghebbendes dochter doch uitsluitend in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen; dat het Hof terecht (onderstreping VM) dit voordeel niet tot de winst heeft gerekend, aangezien ingevolge artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 daartoe alleen worden gerekend voordelen welke worden verkregen uit onderneming; dat daarbij niet van belang is of meergenoemd voordeel tot de vermogenssfeer dan wel tot die van baten en lasten behoorde en evenmin hoe het voordeel zou kunnen worden gekwalificeerd (onderstreping: VM).

Allereerst bevestigt de Hoge Raad hier de in eerdere arresten ingezette lijn: indien sprake is van een bewuste bevoordeling door de (groot-)moedervenootschap aan de dochtervenootschap, en die bevoordeling zijn oorsprong vindt in de aandeelhoudersrelatie, is er sprake van een (informele kapitaal)storting. Het belang van dit arrest is gelegen in het feit dat de Hoge Raad – mijns inziens terecht, zie hiervoor mijn voorgaande argumentatie – expliciet korte metten maakt met de stelling van de staatssecretaris dat het uitmaakt of een bevoordeling plaatsvindt in de kostensfeer of in de vermogenssfeer. Daarnaast rekent de Hoge Raad hier impliciet af met de stelling dat voor toepassing van de vennootschapsbelasting slechts daadwerkelijk betaalde bedragen van de winst van een vennootschap afgetrokken kunnen worden. Een vraag die echter blijft hangen is de vraag of dit een definitieve afwijzing van – toepassing van – de in de sfeer van de inkomstenbelasting gewezen Kosten-arresten (waarbij inderdaad slechts de daadwerkelijk betaalde beloning in aftrek gebracht kan worden) betekende.

2.4.5 *Analyse en conclusies ten aanzien van het Zweedse Grootmoeder-arrest*

In zijn noot bij het arrest gaat *Hofstra* onder andere in op het belang van de mogelijkheid tot imputatiecorrecties als in de onderhavige casus. Daarnaast richt hij zich op pijnpunten van de uitwerking van het arrest in de praktijk. *Hofstra* acht het arrest onder meer van wezenlijke betekenis in de situatie dat er sprake is van een internationaal concern. *Hofstra* diept dit verder niet uit, maar ik ga er vanuit dat hij op het volgende doelt. In het geval van een internationaal concern zal het immers aantrekkelijk zijn om geïmputeerde rentelasten neer te doen slaan bij een lichaam in een land waar die imputatie plaatsvindt (Nederland in casu) en de rentebate op te doen komen in een land waar een dergelijke imputatie niet plaatsvindt. In het licht van de hierna nader te bespreken ‘nieuwe’ Kosten-arresten⁶² vraag ik me af in hoeverre dit werkelijk een probleem is. Een belangrijke vraag is in hoeverre het van belang is of de corresponderende rentebate belast wordt bij de groepscrediteur van de lening.

*Bongaarts*⁶³ acht de Kosten-arresten na dit arrest definitief niet van toepassing op transacties in concernverband in de vennootschapsbelasting. Wel laat hij optekenen dat dit arrest slechts een evenwichtige situatie tot gevolg heeft als de positie van de (groot)moeder in aanmerking genomen wordt. *Bongaarts* doelt hiermee mijns inziens op het antwoord op de vraag of de corresponderende bate bij de crediteur belast wordt. *A contrario* zou hieruit afgeleid kunnen worden dat *Bongaarts* meent dat het passend zou zijn geen imputatie bij de partij bij de transactie waar de kosten neerslaan toe te staan indien er geen belaste rentebate tegenover staat. Ik kan me in deze mening vinden. In combinatie met wat ik

⁶² In BNB 1986/296 oordeelde de Hoge Raad in ro. 4.1 immers: ‘*deze beslissing* (VM: rente-imputatie in het Zweedse Grootmoeder-arrest) *berust mede op de veronderstelling dat een op deze wijze opgekomen voordeel naar de regels van het Nederlandse belastingrecht bij degene die het voordeel verstrekt tot de winst uit een door hem gedreven onderneming dient te worden gerekend*. Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 441, BNB 1986/296.

⁶³ P. J. M. Bongaarts, ‘Nieuwe jurisprudentie over het begrip informeel kapitaal in de vennootschapsbelasting?’ *WFR* 1978/1305.

eerder beschreef bij de bespreking van de Kosten-arresten⁶⁴ – kosten-imputatie wordt bij een onderneming niet toegestaan in de IB-sfeer omdat de bevoordeler voor dit fictieve voordeel niet betrokken wordt in de belastingheffing – zou het logisch zijn te veronderstellen dat in deze zin de Kosten-arresten wel nog van toepassing zouden moeten zijn in vennootschappelijke betrekkingen. De vraag is echter of deze analyse gesteund wordt door latere jurisprudentie. Het antwoord hierop is, zoals later zal blijken, nee. Later stelt *Bongaarts* overigens expliciet dat de Kosten-arresten en het Zweedse Grootmoeder-arrest op dezelfde gedachte gestoeld zijn: ‘beide (VM: arresten – Kosten-arresten en het Zweedse Grootmoeder-arrest – zijn) gebaseerd op de gedachte, dat alleen de werkelijkheid een basis vormt voor belastingheffing’⁶⁵. Hij beargumenteert dat dit de reden is dat in de IB-sfeer geen imputatie plaatsvindt van kosten die als gevolg van een bevoordeling niet gemaakt zijn. Immers, een ondernemer kan zijn eigen onderneming, aldus *Bongaarts*, niet ‘daadwerkelijk’ bevoordelen, waar een aandeelhouder een (dochter)vennootschap wel ‘daadwerkelijk’ kan bevoordelen. Daar valt mijns inziens echter nog wel het één en ander op af te dingen. Allereerst handelen de oude Kosten-arresten niet over de verhouding tussen de ondernemer zelf in privé en de ondernemer in zijn hoedanigheid van ondernemer, maar over personen in de familiesfeer van de ondernemer en de ondernemer in zijn hoedanigheid van ondernemer. In mijn ogen bevoordeelt in die zin de ondernemer zijn familieleden net zo goed als de (groot)moedervenootschap haar (klein)dochtervennootschap bevoordeelt. Dat zegt echter niet dat ik de mening van *Bongaarts*, dat de Kosten-arresten schijnbaar gebaseerd zijn op de werkelijkheid, niet deel. Mijn definitie van de werkelijkheid is echter wel anders. In de Kosten-arresten volgt immers juist de winstbepaling van de ondernemer het subjectieve (reële) stelsel dat van toepassing is bij de familieleden in de loon- of pachtsfeer. Het genot is in die gevallen van de niet-winstbron verschoven naar de winstbron, in de Kosten-arresten wordt dienovereenkomstig belast⁶⁶. Met betrekking tot het onderhavige arrest is dit echter niet het geval. Zou in deze de belastingheffing op de werkelijkheid (in mijn ogen: hetgeen er daadwerkelijk gebeurt) gebaseerd zijn, zoals *Bongaarts* stelt, dan zou een rente-imputatie bij de dochtervennootschap juist niet toegestaan moeten worden, het genotsrecht is immers naar haar verschoven, op basis hiervan zou zij belasting moeten betalen, rente-imputatie ligt dan niet in de rede. Ik ben met *van Kempen* en *Essers*⁶⁷ van mening dat de Kosten-arresten gebaseerd zijn op het al dan niet belast zijn van de met potentieel te imputeren kosten corresponderende baten, waarmee het subjectieve stelsel van de overige in de IB ’64 relevante inkomensbronnen gevolgd werd. Als bij het Zweedse Grootmoeder-arrest al van belang zou zijn of er een corresponderende rentebate belast werd bij de aandeelhouder om over te gaan tot het toestaan van een fictieve renteaftrek, dan lijkt dit arrest eerder gebaseerd op (het volgen van) het objectieve totaalwinststelsel dan op de werkelijkheid.

⁶⁴ Zie §2.2.3.

⁶⁵ P.J.M. Bongaarts, ‘Kapitaalstortingen en andere negatieve onttrekkingen’, *WFR* 1984/1033.

⁶⁶ Zie voor deze op het bronnenstelsel gebaseerde theorie ook hetgeen ik schreef over de mening van *Sleddering* in §2.2.

⁶⁷ M.L.M. van Kempen & P.H.J. Essers, ‘*Inkomstenbelasting*’, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, IB.3.2.9.B.b.

2.5 ‘Nieuwe’ Kosten-arresten

2.5.1 *Inleiding*

In deze paragraaf kijk ik naar een vijftal arresten dat gewezen werd op 8 juli 1986. Deze arresten hadden betrekking op bevoordelingen van een vennootschap door een aandeelhouder natuurlijk persoon (hierna: ab-houder/ directeur grootaandeelhouder (dga)). Kern van de vijf arresten was enerzijds het al dan niet in aanmerking nemen van een bedrag ter grootte van de bevoordeling bij de ab-houder en anderzijds het al dan niet in aanmerking nemen van dit bedrag bij de BV. Het verschil met enerzijds de oude Kosten-arresten en anderzijds het Zweedse Grootmoeder-arrest, is dat deze arresten handelden over relaties tussen enerzijds een voor de Wet VPB 1969 volledig belastingplichtig lichaam en anderzijds particuliere ab-houders die naast hun rol als aandeelhouder nog een andere rol in de vennootschap vervulden. In de navolgende paragraaf zal ik deze arresten bespreken. Vervolgens zal ik ingaan op de implicaties van deze arresten in samenhang met het zojuist besproken Zweedse Grootmoeder-arrest.⁶⁸

2.5.2 *Feiten, geschil en uitspraak*

In het arrest BNB 1986/293⁶⁹ was belanghebbende de dga van een BV waarop hij een vordering met een onzakelijk lage rente had. Door de VPB-inspecteur was reeds goedgekeurd dat, op basis van het hiervoor besproken BNB 1978/252, een rentelast ter grootte van de zakelijke rente genomen mocht worden. Deze beslissing was verder niet in geschil. De inspecteur in de onderhavige casus betoogde dat een corresponderend bedrag bij belanghebbende in aanmerking genomen moest worden als (primaire) een rentebate dan wel (subsidiar) een stijging van de waarde van de aandelen. De primaire stelling, behandeling als rentebate, deed de inspecteur steunen op art. 24 Wet IB ‘64 (artikel omtrent inkomsten uit vermogen). De inspecteur betoogde in dit verband dat, gegeven het feit dat de vennootschap een bedrag ter grootte van de door de aandeelhouder gemiste rentebate had opgegeven als een informele kapitaalstorting, belanghebbende geacht moest worden eerst als crediteur rente genoten te hebben, om deze vervolgens in de vennootschap in te brengen als informeel kapitaal. De subsidiaire stelling deed de inspecteur wederom steunen op art. 24 Wet IB 1964. Kort en goed kwam het betoog hierbij neer op de stelling dat belanghebbende inkomsten in natura genoten had door de waardestijging van de aandelen als gevolg van de informele kapitaalbreng in de vennootschap⁷⁰. Het Hof verwierp het beroep van de inspecteur, waarna cassatie volgde. In cassatie betoogde de staatssecretaris hetgeen reeds bij het Hof naar voren gekomen was. Beide middelen vonden echter bij de Hoge Raad geen gehoor. Ten aanzien van de primaire stelling oordeelde de Hoge Raad dat het in art. 33 Wet IB ‘64 (oud) vervatte genietingsstijdstip geen ruimte liet voor het in aanmerking nemen van deze niet-betaalde rente. Ten aanzien van de subsidiaire stelling oordeelde hij dat het in art. 24 Wet IB ‘64 (oud) vervatte begrip ‘inkomsten uit vermogen’ geen ruimte liet

⁶⁸ Zie §2.4.

⁶⁹ Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 315, (Nieuw Kosten-arrest) BNB 1986/293.

⁷⁰ In zowel dit geval als in het geval van de door de inspecteur opgeworpen primaire stelling zou het gevolg zijn dat de aandeelhouder ten eerste belast zou worden voor een bedrag als inkomsten uit vermogen (rente uit lening of waardestijging van aandelen). Daartegenover zou de fiscale verkrijgingsprijs van de aandelen voor belastingplichtige in de inkomstenbelasting verhoogd worden, zodat in de toekomst bij vervreemding van het aandelenpakket of liquidatie niet nogmaals een gelijk bedrag als belastbare inkomst in aanmerking genomen zou worden.

voor het belasten van de waardevermindering van aandelen anders dan bij liquidatie⁷¹. Uiteraard betekent dit ook dat de verkrijgingsprijs van de aandelen niet toenam.

BNB 1986/294⁷² handelt over een casus die *de facto* gelijk is aan hetgeen hierboven besproken. Ook hier oordeelt de Hoge Raad dat een rente die niet bedongen is, bij de dga die de renteloze vordering op een BV heeft, niet kan leiden tot een belastbaar bedrag. Bovenstaande twee oordelen vinden aldus op gelijke wijze hun oorsprong in het voor aandeelhouders, onder de Wet IB '64, geldende regime waarin slechts daadwerkelijk genoten inkomsten in de belastingheffing kunnen worden betrokken (reële stelsel/kasstelsel/subjectief stelsel). De vraag of en tot welk bedrag kosten in aanmerking genomen zijn bij de vennootschap-debiteur, is daarbij blijkbaar niet van belang.

Het arrest BNB 1986/295⁷³ handelde over het spiegelbeeld van hetgeen aan de orde was in BNB 1986/294. Waar in laatstgenoemd arrest de belastbaarheid van een fictieve rentebate – afgewezen, zie hierboven – aan de orde was bij de geldverstrekker dga, was in BNB 1986/295 de aftrekbaarheid van een fictieve rentelast bij de geldnemende BV aan de orde. *In casu* was van belang dat de dga aandelen in belanghebbende in privé hield. Niet in geschil was dat de renteloosheid van de vordering waarover het arrest handelde zijn oorzaak vond buiten de bedrijfsuitoefening van belanghebbende, maar uitsluitend in de relatie tussen belanghebbende en haar aandeelhouder. Op basis van het voorgaande stond het Hof toe dat belanghebbende op zijn winst een bedrag ter grootte van de niet-bedongen rente in aftrek bracht. Hiertegen kwam de Staatssecretaris in cassatie. Kern van het cassatieschrift van de staatssecretaris was de verwerping van het Zweedse Grootmoeder-arrest⁷⁴ op basis van de hiervoor in paragraaf 2.2 besproken kosten-arresten. De staatssecretaris stelde dat in de relatie tussen een aandeelhouder natuurlijk persoon en diens BV, ongeacht de motieven van bevoordeling, nooit meer in aftrek gebracht kan worden dan daadwerkelijk betaald is. Na het herhalen van het oordeel van de Hoge Raad in het Zweedse Grootmoeder-arrest dat onder voorwaarden een fictieve rentelast genomen kan worden, oordeelde de Hoge Raad in ro. 4.1:

‘Deze beslissing (VM: bedoeld is de beslissing in BNB 1978/252) berust mede op de veronderstelling dat een op deze wijze gekomen voordeel naar de regels van het Nederlandse belastingrecht bij degene die het voordeel verstrekt tot de winst uit een door hem gedreven onderneming dient te worden gerekend’.

De Hoge Raad vervolgde zijn uitspraak door in ro. 4.2 te oordelen:

‘Een redelijke wetstoepassing, welke recht doet aan de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting en die ook strookt met de in het middel vermelde „Kosten-arresten”, laat niet toe een voordeel bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente - ook al vindt dit voordeel zijn oorzaak uitsluitend in de betrekking tussen de vennootschap en haar aandeelhouder - bij de bepaling van de winst buiten aanmerking te laten indien het in 4.1. veronderstelde geval zich niet voordoet’

⁷¹ Overigens pakt deze casus onder huidig recht anders uit op basis van hetgeen bepaald is in de in de Wet IB 2001 opgenomen TBS-regeling omtrent de verstrekking van vermogensbestanddelen aan de eigen BV. Door middel van dit regime is op dergelijke leningen immers, door middel van art 3.94 Wet IB 2001 het objectieve stelsel van toepassing.

⁷² Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 426, (Nieuw Kosten-arrest) BNB 1986/294.

⁷³ Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 440, (Nieuw Kosten-arrest) BNB 1986/295.

⁷⁴ Zie §2.4.

In casu was geen sprake van een dergelijk belaste bate bij de dga als winst uit onderneming, waardoor de vennootschap geen rente mocht imputeren.

In het arrest BNB 1986/296⁷⁵ oordeelde de Hoge Raad in gelijke zin als in BNB 1986/295. Verdere bespreking van dit arrest laat ik daarom achterwege⁷⁶. De spiegelbeeldsituatie van BNB 1986/296 werd behandeld in BNB 1986/297⁷⁷ – tevens het laatste op 8 juli 1986 gewezen arrest – en geeft een vergelijkbare uitkomst als de hierboven genoemde arresten BNB 1986/293 en BNB 1986/294. Verdere bespreking van dit arrest blijft hier dientengevolge onbesproken.

2.5.3 Analyse ten aanzien van ‘nieuwe’ Kosten-arresten

2.5.3.1 Visies in de literatuur

De oplossing waarvoor de Hoge Raad in de hierboven besproken ‘nieuwe’ kosten-arresten heeft gekozen was tevens één van de potentiële oplossingen die A-G *Moltmaker* in zijn conclusie bij het arrest⁷⁸ naar voren bracht. A-G *Moltmaker* is van mening dat deze oplossing, die weliswaar een heffingslek voorkomt, een moeilijk te begrijpen onderscheid tussen bevoordelingen in de kostensfeer (geen imputatie) en bevoordelingen in de vermogenssfeer met zich draagt (wel imputatie). Op basis van hetgeen overwogen in het Zweedse Grootmoeder-arrest hieromtrent ben ik geneigd om het op dit punt met A-G *Moltmaker* eens te zijn, het vervolg van zijn betoog laat zich mijns inziens minder goed volgen. Hij stelt namelijk dat het Zweedse Grootmoeder-arrest geen wezenlijk andere oplossing voorstaat dan de oude kosten-arresten. Hij betoogt in dit verband dat bij de oude Kosten-arresten geen imputatie plaatsvond omdat de voordelen die de ondernemer (blijkbaar) genoot, van derden kwamen. Voorgaande, aldus A-G *Moltmaker*, in tegenstelling tot het Zweedse Grootmoeder-arrest. Daar was immers sprake van bevoordeling door de aandeelhouder. Met andere woorden: in de Kosten-arresten werd imputatie afgewezen omdat de bevoordeling plaatsvond door derden, niet omdat de bevoordeling in de kostensfeer lag. Mij lijkt echter niet dat bevoordeling in de familiesfeer (oude Kosten-arresten) met bevoordeling door derden vereenzelvigd kan worden. Mij lijkt dat in de analogie tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting de aandeelhouderssfeer *mutatis mutandis* gelijk gesteld kan worden met de privésfeer. Het lijkt beperkt, wellicht zelfs vreemd, om tot die privésfeer de directe familie niet te rekenen. Ik ben dan ook van mening dat de oude Kosten-arresten – anders dan A-G *Moltmaker* betoogt – wel degelijk een inbreuk zijn op het totaalwinstbeginsel in de Wet IB '41 (en in de Wet IB '64 en de Wet IB 2001). Vervolgens stelt A-G *Moltmaker* als additioneel bezwaar tegen de oplossing, zoals uiteindelijk verwoord door de Hoge Raad in de ‘nieuwe’ Kosten-arresten, dat de totale winst van een vennootschap-debiteur op deze manier afhankelijk wordt van de aard van de subjectieve belastingplicht van de aandeelhouder-crediteur. Aannemende dat A-G *Moltmaker* doelt op het feit dat *in casu* bij de aandeelhouder het reële stelsel van toepassing is, en uitgaande van de noodzakelijkheid van een zo objectief mogelijk winstbegrip, begrijp ik zijn voorbehoud. Op deze manier wordt immers bepalend voor de winst van een vennootschap

⁷⁵ Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 441, (Nieuw Kosten-arrest) BNB 1986/296.

⁷⁶ Overigens behelsde de bevoordeling hier onbetaalde arbeid van een dga ten bate van een vennootschap in plaats van een renteloze geldverstrekking. Qua systematiek voegt dit arrest echter niets toe aan BNB 1986/295.

⁷⁷ Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 412, (Nieuw Kosten-arrest) BNB 1986/297.

⁷⁸ HR 15 juli 1986, nr. 23 426, (Nieuw Kosten-arrest) FED 1986/1122.

hetgeen een aandeelhouder beslist, waarmee in feite een gedeeltelijke toepassing van het subjectieve stelsel in de Wet VPB 1969 toegelaten wordt. Volledig subjectief wordt de winstbepaling in het geval er sprake is van een dga die 100% van de aandelen in diens vennootschap houdt. De dga bepaalt in dat geval volledig waar (en wanneer) welke belasting betaald wordt⁷⁹. Begrip voor het voorbehoud van *Molmaker* staat of valt wel met (mijn) perceptie van wenselijkheid van een zo objectief mogelijke bepaling van totaalwinst. Zoals reeds eerder beschreven⁸⁰ is Brüll een voorstander van een zo objectief mogelijke berekening van de winst met het oog op het voorkomen van ongewenste inkomensoverdrachten tussen verschillende inkomensbronnen. Waar dit probleem in de verhouding tussen winstgenieters en andere belastingplichtigen onder de inkomstenbelasting (voornamelijk onder de 'IB 64 en de 'IB 41) door een redelijk gelijke behandeling van de inkomensbestanddelen nog te overzien is, is dit anders in de vennootschapsbelasting. De vennootschapsbelasting hanteert een ander tarief dan de inkomstenbelasting, wat de deur open zou kunnen zetten voor tariefarbitrage tussen de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Nadeel van het objectieve stelsel is mijns inziens dat dit de beleidsvrijheid van de ondernemer inperkt. De ondernemer is bij toepassing van dit stelsel immers minder vrij om zelf te bepalen welke prijs hij wenst te betalen of wenst te ontvangen voor een transactie. De basisvoorwaarde voor een succesvol ondernemerschap is mijns inziens nou juist net deze beleidsvrijheid. Het zijn immers de subjectieve inzichten van een ondernemer in economische markten die maken dat de ondernemer zogenaamde 'gaten in de markt' ontdekt en deze succesvol kan exploiteren. Door juist dit subjectieve inzicht bij de bepaling van de belastbare winst van een onderneming te negeren doet het objectieve stelsel geen recht aan de kern van het ondernemerschap: subjectiviteit.

In zijn annotatie bij het arrest⁸¹ laat *Van Dijck* optekenen dat bij de door de Hoge Raad gekozen oplossing een inbreuk gemaakt wordt op het winstbepalingssysteem bij degene waar het probleem niet ligt, zijnde de BV. Kennelijk is *Van Dijck* van mening dat het knelpunt in deze arrestengroep opgeroepen wordt door het subjectieve stelsel in de IB met betrekking tot het genieten van inkomsten (anders dan uit onderneming). Het is mij niet duidelijk geworden waarom *Van Dijck* deze mening is toegedaan. Wel lijkt het veilig om te stellen dat *Van Dijck* evenals A-G *Molmaker* geneigd is om in rangorde het objectieve stelsel van de totaalwinst te laten prevaleren boven het in andere inkomstenbronnen gehanteerde reële stelsel⁸². Reeds in paragraaf 2.2.4 gaf ik aan dat wat mij betreft correctie in de totaalwinst en niet in het subjectieve stelsel de voorkeur verdient. *Van Dijck* stelt – mijns inziens terecht – dat het arrest in samenhang gezien met het Zweedse Grootmoeder-arrest en de oude Kosten-arresten, vrij vertaald, de volgende lijn laat zien: in beginsel is er sprake van een zo objectief mogelijk winstberekening waarbij onzakelijke elementen in gelieerde verhoudingen uit de winst geëlimineerd dient te worden (Zweeds Grootmoeder-arrest). Op deze regel wordt slechts inbreuk gemaakt (subjectivering) indien de samenhang met andere beginselen in de inkomstenbelasting hiertoe noopt.

⁷⁹ Overigens zij vermeldt dat een groot deel van deze subjectiviteit weer verdwenen is met o.a. de in art. 12a Wet LB '64 neergelegde regeling inzake het zogenoemde gebruikelijke loon en de in art. 3.92b neergelegde regeling inzake de terbeschikkingstelling aan de 'eigen' vennootschap.

⁸⁰ Zie §2.2.4.

⁸¹ Opgenomen in: Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 426, (Nieuw Kosten-arrest) *FED* 1986/1122. Deze noot heeft te gelden voor alle vijf Kosten-arresten.

⁸² Ook *Van Eijdsden* hangt deze benadering aan in het naschrift bij: P.G.H. Albert, 'De Kosten-arresten en de renteloze lening', *WFR* 2001/745. Onduidelijk blijft mij waarom hij deze benadering voorstaat.

In zijn noot bij de ‘nieuwe’ Kosten-arresten⁸³ annoteert *Den Boer* eveneens dat de hier gewezen Kosten-arresten een verduidelijking zijn van hetgeen besloten werd in het Zweedse Grootmoeder-arrest. Als meest belangrijke uitkomst ziet *Den Boer* het feit dat voortaan de winstbepaling van een vennootschap afhankelijk gesteld wordt van zijn (meerderheids-)aandeelhouder. Indien dit het geval is, dan zou dus, ook in het geval een buitenlandse moeder in een land gevestigd is waar geen rente(bate)imputatie plaatsvindt, rente(kosten)imputatie bij de Nederlandse dochter geweigerd worden. Vraag is echter hoe dit zich verhoudt tot het in paragraaf 2.4 besproken Zweedse Grootmoeder-arrest. In dat arrest was immers de grootmoedermaatschappij in Zweden gevestigd, alwaar rente-imputatie vermoedelijk niet plaatsvond⁸⁴. Duidelijk is dat hier niet de behandeling bij de moeder gevolgd werd. Daartegenover staat in het onderhavige arrest weer te lezen dat de beslissing in het Zweedse Grootmoeder-arrest mede berust op de veronderstelling dat *‘een op deze wijze gekomen voordeel naar de regels van het Nederlandse belastingrecht bij degene die het voordeel verstrekt tot de winst uit een door hem gedreven onderneming dient te worden gerekend’*. Het lijkt alsof de Hoge Raad hiermee wil zeggen dat in beginsel van belang is dat er een vorm van corresponderende rente geïmputeerd wordt bij de crediteur van de rente om over te gaan tot rente-imputatie bij de debiteur. Vervolgens echter creëert hij als het ware de fictie dat dit in het geval van het Zweedse Grootmoeder-arrest geacht moet worden het geval te zijn geweest. Op deze wijze lijkt de Hoge Raad haar eigen rechtsregel buiten spel te zetten. Dit wordt versterkt door hetgeen vervolgens in ro. 4.2 van het onderhavige arrest expliciet te lezen is: *Een redelijke wetstoepassing (...) laat niet toe een voordeel bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente (...) bij de bepaling van de winst buiten aanmerking (VM: imputatie rentelast) te laten indien het in 4.1. veronderstelde geval (VM: belastbaarheid van een rente-bate bij de crediteur naar Nederlandse maatstaven) zich niet voordoet.* Als er geen rente-imputatie in het buitenland is, dan veronderstellen we blijkbaar dat dit toch het geval is omdat dit naar Nederlands recht zo werkt. Het lijkt erop dat binnen het Nederlandse fiscale recht een evenwichtsgedachte geformuleerd wordt, waarbij het objectieve winststelsel wijkt voor het subjectieve reële stelsel in andere inkomenscategorieën (vergelijk *Van Dijck* hiervoor). Wordt er buiten het Nederlandse stelsel getreden, dan lijkt niet meer relevant wat er buiten de fiscale landgrenzen gebeurt. Het behoeft geen betoog dat, indien dit daadwerkelijk is wat de Hoge Raad beoogd heeft, het potentiële risico op internationale *mismatches* levensgroot aanwezig is.⁸⁵ Mijns inziens lijkt de Hoge Raad hier - in samenhang met het Zweedse Grootmoeder-arrest - een dam op te willen werpen tegen al te grote afhankelijkheid van buitenlandse systemen, waarmee evenwichtige belastingheffing in concernverband potentieel verlaten wordt. De voorkeur die ik zelf in paragraaf 2.4.5 beschreef lijkt dan ook geen steun te vinden in deze arresten. Daar stelde ik immers dat het wellicht zinvol is om in het geval geen bate belast wordt, een hiermee corresponderende last niet in aftrek toe te staan

⁸³ Opgenomen in: Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 426, (Nieuw Kosten-arrest) *BNB* 1986/297. Deze noot heeft te gelden voor alle vijf Kosten-arresten.

⁸⁴ Althans, dit wordt gesuggereerd door auteurs. Zie bijvoorbeeld: E.J.W. Heithuis, ‘Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!’, *NtFR* 2006/1236.

⁸⁵ Zie hierover veel uitgebreider H3.

2.5.3.2 Hoge Raad 3 mei 2002, BNB 2002/257

In aanvulling op het bovenstaande wees de Hoge Raad op 3 mei 2002 het arrest BNB 2002/257⁸⁶. Dit arrest handelde, net als het Zweedse Grootmoeder-arrest, over twee voor de vennootschapsbelasting volledig belastingplichtige lichamen⁸⁷. In het desbetreffende arrest was sprake van een moedervennootschap die bij de oprichting van haar dochtervennootschap – belanghebbende in onderhavige casus – voor de fiscale afrekening van die onderneming geen goodwill in aanmerking nam. De onderneming van belanghebbende werd geadministreerd tegen waarde in het economisch verkeer (WEV) minus de waarde van de niet in aanmerking genomen goodwill. De moedervennootschap rekende niet af over de waarde van de goodwill en bij belanghebbende kon niet afgeschreven worden over de niet-geactiveerde goodwill. Aan de orde was onder andere de vraag of met behulp van de foutenleer de balans van belanghebbende onder die omstandigheden gecorrigeerd kon worden en aldus de afschrijvingen alsnog genomen konden worden. Hof ‘s Gravenhage oordeelde dat moeder, door de goodwill niet in aanmerking te nemen bij de overdracht van de onderneming naar haar 100% dochter, belanghebbende bewust had willen bevoordelen. Het Hof oordeelde dat indien een correctie als door belanghebbende gewenst plaats zou vinden, dit een inbreuk zou vormen op de totaalwinst van de (objectieve overgedragen) onderneming⁸⁸. Om die reden stond het Hof een beroep op de foutenleer niet toe. Banaal gezegd oordeelde het Hof: geen belasting bij de moeder over de bate, dan geen aftrekbare kost bij de dochter. Of in de woorden van A-G van Kalmthout in zijn conclusie bij het arrest in punt 19:

‘Goed beschouwd komt het oordeel van het Hof erop neer dat het in aanmerking nemen van een informele kapitaalstorting in de sfeer van de vennootschapsbelasting bij de bevoordeelde vennootschap niet mogelijk is, ingeval de inbrengende gelieerde vennootschap de kapitaalstorting voor de fiscus heeft verzwegen en redres daarvan niet meer mogelijk is.’

In cassatie spitste het geschil - voor zover van belang voor dit onderzoek - zich toe op de vraag of het concept totaalwinst geanalyseerd zou moeten worden op het niveau van het concern (zoals het Hof deed) of op het niveau van elke afzonderlijke vennootschap van een concern. De Hoge Raad oordeelde dat het laatste het geval was. Hij oordeelde daartoe:

‘Afgezien van in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 uitdrukkelijk geregelde uitzonderingen laat het stelsel van de vennootschapsbelasting geen ruimte om de totaalwinst van afzonderlijke, juridisch zelfstandige lichamen als één geheel te bezien’

In navolging van A-G van Kalmthout werd daarom het beroep van belanghebbende op de foutenleer gehonoreerd en werden de afschrijvingen op de niet-geactiveerde goodwill alsnog toegestaan. Ook uit dit arrest wordt duidelijk dat de benadering zoals ik die wenselijk acht geen steun vindt in de rechtspraak van

⁸⁶ Hoge Raad 3 mei 2002, nr. 36 821, BNB 2002/257.

⁸⁷ Lichamen die op basis van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 geacht worden met hun gehele vermogen een onderneming te drijven.

⁸⁸ Eenzelfde soort casus overigens was ook aan de orde in: Hoge Raad 21 november 1991, nr. 26 197, BNB 1991/90. Daar was sprake van een stichting die belastingplichtig werd voor de VPB. In de onbelaste periode had deze stichting goodwill opgebouwd. De vraag was of deze goodwill geactiveerd mocht worden op de openingsbalans van de stichting. Het niet activeren van de goodwill zou betekenen dat bij het vergelijken van de toekomstige eindbalans met de beginbalans (zonder de goodwill) een hoger bedrag als totale winst berekend zou worden dan het geval zou zijn met activering van de goodwill. Het aan de goodwill toerekenbare gedeelte van deze winst komt echter niet voort uit de onderneming van de stichting, maar uit de ‘vrijwillige’ sfeer van de stichting in de periode daarvoor en dient als zodanig juist niet tot de winst gerekend te worden.

de Hoge Raad⁸⁹. In zijn noot bij bovenstaand arrest gaat *Essers* kort in op het verschil in behandeling tussen de in paragraaf 2.5.1 beschreven ‘nieuwe’ Kosten-arresten en de behandeling in het onderhavige geval en doet een poging deze uitspraken met elkaar te verenigen. Hij stelt dat de reden dat de Hoge Raad een inbreuk op het totaalwinstbeginsel als bij de ‘nieuwe’ Kosten-arresten accepteert, gelegen is in het verlangen tot het dichtenvan een lek als gevolg een ‘systeemfout’. Deze ‘systeemfout’ behelst volgens *Essers* de *mismatch* tussen het in de IB ’64 gehanteerde subjectieve stelsel, en het in de Wet VPB 1969 gehanteerde objectieve stelsel. In de onderhavige casus daarentegen, zou de Hoge Raad, aldus *Essers*, op ongewenste wijze de positie van ‘hulpinspecteur’ innemen indien zij de benadering van het Hof zou volgen. Immers, het ontstaan van de *mismatch* was in dit geval te wijten aan de lakse houding van de inspecteur bij de overdracht van de onderneming van de moedervenootschap naar belanghebbende. Het fundamentele verschil tussen beide arresten is volgens *Essers* dus het al dan niet aanwezig zijn van een systeemfout, ontstaan door de discrepantie van de stelsels van twee verschillende belastingen.

2.6 Conclusie ten aanzien van (rente-)imputatie

Op basis van de in paragraaf 2.2 tot en met 2.5 besproken arresten kom ik tot het volgende beeld.

In eerste aanleg lijken stortingen en onttrekkingen in de inkomstenbelasting en in de vennootschapsbelasting op verschillende wijzen te worden behandeld. Stortingen en onttrekkingen vinden in de inkomstenbelasting plaats indien de onderneming een voordeel ten koste van de ondernemer geniet of een nadeel lijdt ten gunste van de ondernemer en dit voordeel/nadeel zijn oorsprong niet vindt in de bedrijfsuitoefening van de onderneming, maar uitsluitend in de privé sfeer van de ondernemer. Onder de IB ’41 kunnen kosten, indien een storting geconstateerd wordt, bij de onderneming slechts in aftrek komen tot het daadwerkelijk betaalde bedrag aan kosten. In andere woorden: kosten kunnen niet hoger in aanmerking genomen worden bij een IB-onderneming dan tot het bedrag dat door de onderneming betaald is. Indien een onttrekking geconstateerd wordt, dient echter wel een bedrag dat lager is dan hetgeen betaald werd als kosten in aanmerking genomen te worden bij de onderneming. In de vennootschapsbelasting is, *grosso modo*, sprake van een storting of een onttrekking in het geval een vennootschap een gelieerde vennootschap bewust bevoordeelt of benadeelt, en deze bevoordeling respectievelijk benadeling uitsluitend gelegen is in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de vennootschappen. Of een dergelijke bevoordeling plaatsvindt in de sfeer van kosten of in de vermogenssfeer doet – terecht – voor de vraag of er sprake is van een storting dan wel een onttrekking niet ter zake. Is er sprake van een storting of een onttrekking, dan vindt er volledige imputatie plaats bij beide vennootschappen. De koppeling tussen deze twee op het oog verschillende benaderingen is mijns inziens gelegen in het al dan niet aanwezig zijn van corresponderende grondslag bij de partij bij de transactie waar de baten neer (zouden moeten) slaan. In nationaal verband staat in principe vast dat imputatie van kosten bij de ene vennootschap gepaard gaat met imputatie van gelijke baten bij een andere vennootschap. In de inkomstenbelasting konden onder de Wet IB ’41 (later ook onder de Wet IB ’64 en nu nog onder de Wet

⁸⁹ Zie in dit verband ook: S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, ‘*Vennootschapsbelasting*’, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, § 2.0.5.A.e. ‘*Interessant is (...) dat in HR 3 mei 2002 (...), een samenhang tussen de VPB.-heffing bij gelieerde lichamen is afgewezen*’.

LB '64⁹⁰) buiten de winstsfeer slechts daadwerkelijk betaalde bedragen belast worden. Om te voorkomen dat bij de onderneming een hoger bedrag afgetrokken kon worden dan bij privépersonen belast kon worden, maakte de Hoge Raad een inbreuk op het totaalwinstbeginsel door een volledige kostenimputatie bij storting niet toe te staan⁹¹.

Inbreuk op het totaalwinstbeginsel op basis van eenzelfde soort redenering vinden we terug in de 'nieuwe' Kosten-arresten. Daar werden vennootschappen immers door hun aandeelhouders natuurlijke personen bevoorreed. De onttrekking die hiermee geconstateerd werd kon niet gecorrigeerd worden bij de aandeelhouders. Op dat moment bood immers de wet IB '64 geen aanknopingspunten voor het belasten van fictieve (latente) voordelen. Bij de vennootschap zou op basis van het totaalwinstbeginsel wel een fictieve kostenafrek mogelijk zijn. De Hoge Raad maakte echter een inbreuk op dit totaalwinstbeginsel – en stond de afrek niet toe – om een heffingslek, volgend uit de *mismatch* tussen het objectieve stelsel van de vennootschapsbelasting en het subjectieve stelsel van de inkomstenbelasting, te voorkomen. In het arrest BNB 2002/257 is die mismatch niet aanwezig, wordt er geen inbreuk op het totaalwinstbeginsel gemaakt en wordt een lek wel geaccepteerd.

Het verschil zoals we dit hebben gezien in behandeling van imputatie in de verscheidene arresten heeft – in nationaal verband – te maken met de vraag of bij de 'ontvanger' van de potentieel fictieve bate het objectieve stelsel of het subjectieve stelsel van toepassing is. Is het objectieve stelsel van toepassing, dan wordt bij zowel de debiteur als bij de crediteur een correctie op de belastbare winst toegepast. Is daarentegen bij de ontvanger het subjectieve stelsel van toepassing, dan laat de Hoge Raad dit subjectieve stelsel prevaleren boven het objectieve totaalwinstbeginsel, alsdan wordt gekeken naar de daadwerkelijk betaalde vergoeding. Die vergoeding is belast respectievelijk aftrekbaar. Duidelijk is dat de Hoge Raad hier de voorkeur geeft aan het volgen van het subjectieve stelsel indien heffingslekken voorkomen dienen te worden. Het een en ander is goed te begrijpen op het moment dat men bedenkt dat inkomstengenieters, waarop bij het vaststellen van het belastbare bedrag het subjectieve stelsel van toepassing is, niet altijd controle hebben over de omvang van de inkomsten die ze verkrijgen. Dit wordt al moeilijker te begrijpen op het moment er sprake is van een 100% aandeelhouder die het (prijs)beleid van zijn vennootschap volledig kan sturen. In internationaal verband stelt de Hoge Raad het Nederlandse stelsel onafhankelijk van het buitenlandse stelsel van winstberekening. In concernverband wordt aangenomen dat baten geïmputeerd worden in het buitenland, waarop imputatie in voorkomende gevallen in Nederland volgt. In andere woorden, op consequente toepassing van het Nederlandse objectieve stelsel wordt slechts inbreuk gemaakt in het geval een Nederlandse ontvanger op basis van het subjectieve stelsel niet belast kan worden. Voordelen van toepassing van het subjectieve stelsel zijn dat dit stelsel beter aansluit op daadwerkelijke draagkrachtvermeerderingen van personen als maatstaf van heffing en dat er meer oog is voor subjectieve inzichten van de ondernemer. Deze voordelen worden op weg van de eenmanszaak in de inkomstenbelasting naar een groot internationaal concern met meerdere vennootschappen in de vennootschapsbelasting (of vergelijkbare buitenlandse winstsystemen) steeds meer ondergesneeuwd door

⁹⁰ Uitzonderingen (bijv. art. 12a Wet LB '64) daargelaten.

⁹¹ Dat de Hoge Raad het minder erg vindt als bij een privaat persoon meer belast wordt dan er bij de onderneming afgetrokken mag worden (wel volledige imputatie bij onttrekkingen) blijkt uit §2.2.2, maar dit terzijde.

het risico op schuiven met bedragen als gevolg van een (te) subjectief winstbegrip. Het objectieve totaalwinstconcept voorkomt dergelijke verschuivingen. Met andere woorden, hoe groter de mate van controle over en mogelijkheden tot het schuiven met inkomensstromen, hoe belangrijker het objectieve totaalwinstbeginsel wordt ten opzichte van het reëel ingestoken subjectieve stelsel. Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat er niet zo zeer een principiële verschil bestaat tussen de behandeling van stortingen en onttrekkingen in verschillende sferen als wel een gradueel verschil.

2.7 Art. 8b Wet VPB 1969

2.7.1 Inleiding

De hierboven beschreven correctie naar zakelijk niveau van beprijzingen van concerntransacties is in feite datgene wat in het internationaal belastingrecht het *arm's-length*-beginsel genoemd wordt. In 2003 heeft de wetgever dit in de jurisprudentie ontwikkelde beginsel onder internationale druk 'gecodificeerd' met de introductie van art. 8b Wet VPB 1969 (zie Bijlage 1).⁹²

In deze paragraaf zal ik op beknopte wijze beschrijven wat de wetgever beoogd heeft met de introductie van bovenstaand artikel in de wet. Daarnaast ga ik in op een in het oog springend verschil tussen het in art. 8b Wet VPB 1969 neergelegde *arm's-length*-beginsel en het in de jurisprudentie op basis van art. 3.8 wet IB 2001 jo. art. 8 VPB 1969 ontwikkelde *arm's-length*-beginsel⁹³. Ik zal de in het derde lid neergelegde administratieve verplichtingen voor belastingplichtigen buiten beschouwing laten. Ik zal vooralsnog eveneens niet ingaan op art. 9 OMV, hier kom ik in hoofdstuk 4 nog uitgebreid op terug. Dat houdt tevens in dat ik het grootste gedeelte van internationale verrekenprijproblematiek onbesproken laat tot in hoofdstuk 4.

2.7.2 Doel en strekking art. 8b Wet VPB 1969

In de MvT geeft de staatssecretaris aan dat met art. 8b Wet VPB 1969 beoogd wordt te bevestigen dat het *arm's-length*-beginsel zoals dat in art. 9 OMV is neergelegd, ook van toepassing is in de Nederlandse VPB⁹⁴. Belangrijkste beweegredenen om deze bevestiging in de wet op te nemen, was het feit dat, blijkens de MvT, in het buitenland teveel onduidelijkheid, en daarmee gepaard gaande achterdocht, heerste over de toepasbaarheid van het *arm's-length*-beginsel in Nederland⁹⁵. Volgens de staatssecretaris moest art. 8b Wet VPB 1969 eveneens bewerkstelligen dat gelieerde en ongelieerde vennootschappen op gelijke wijze in de belastingheffing betrokken worden⁹⁶. De manier om dit te bewerkstelligen is, ingevolge het *arm's-length*-beginsel, door gelieerde vennootschappen met betrekking tot onderlinge transacties fiscaal te behandelen als ware zij onafhankelijke partijen. Voor een vennootschap zou – vanuit fiscaal perspectief – het dan niet uit moeten maken of gehandeld wordt met een mede-concernvennootschap, of met een onafhankelijke derde vennootschap. Uit de parlementaire behandeling blijkt tevens dat de staatssecretaris hoopt met art. 8b Wet VPB 1969 een wapen in huis te hebben om te voorkomen dat heffingsbevoegdheid

⁹² Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 19.

⁹³ Zie voor een beschrijving en analyse hiervan §2.2 t/m §2.6 van dit onderzoek.

⁹⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 8.

⁹⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 19.

⁹⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 19.

verdwijnt naar laagbelaste jurisdicties, of naar jurisdicties die reeds een uitgebreide verrekenprijswetgeving hebben⁹⁷.

2.7.3 *Verskil tussen art. 8b Wet VPB 1969 en art 3.8 wet IB 2001 jo. art. 8 VPB 1969*

Het in mijn ogen voor dit onderzoek belangrijkste verschil tussen het op basis van jurisprudentie ontwikkelde *arm's-length*-beginsel en het *arm's-length*-beginsel op basis van art. 8b Wet VPB 1969 is het feit dat per definitie een correctie plaatsvindt indien vennootschappen in concernverband onzakelijk handelen. Zoals ook reeds bij de bespreking van het arrest BNB 1957/165 in paragraaf 2.3.2 genoemd, is het laatste restje subjectiviteit bij de bepaling van winsten bij vennootschappen in concernverband geëlimineerd door geen belang meer toe te kenen aan de vraag of de bevoordeling binnen concernverband al dan niet bewust is geschiedt. Voor toevallige of onbedoelde bevoordelingen wordt eveneens een correctie naar zakelijk niveau toegepast. Opgemerkt zij dat dit past binnen de lijn van de Hoge Raad om naarmate concerns groter worden (uit meer BV's gaan bestaan) een objectievere winstbepaling te hanteren.

2.7.4 *Conclusie art. 8b Wet VPB 1969*

Kort samenvattend kan over art. 8b Wet VPB 1969 gesteld worden dat de objectivering van het totaalwinstbeginsel in concernverband compleet is door de invoering van dit artikel. De *TP-mismatches* die kunnen ontstaan als gevolg van de Nederlandse toepassing van art. 8b Wet VPB 1969 zijn dezelfde als de *mismatches* die kunnen ontstaan op basis van het in art. 3.8 Wet IB 2001 neergelegde objectieve totaalwinstbeginsel. Reden van het bespreken op deze plek van dit artikel is het belang voor het in het volgende hoofdstuk te bespreken art. 10b Wet VPB 1969. Uitgebreidere behandeling van de internationale aspecten zal in hoofdstuk 4 aan de orde komen.

2.8 **Samenvattend**

In de inleiding van dit hoofdstuk heb ik aangegeven op zoek te gaan naar het antwoord op de volgende vraag: Op welke wijze worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het objectieve stelsel (totaalwinst/*arm's-length*) alsmede bij interactie van het objectieve stelsel met afwijkende stelsels?

Het antwoord op deze vraag is als volgt. Bij zuivere toepassing van het objectieve stelsel dienen transacties tussen gelieerde partijen op basis van het in art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 (en 8b) Wet VPB 1969 zakelijk geprijsd te worden. Of in de woorden van art. 8b Wet VPB 1969: '*alsof voorwaarden overeengekomen zijn die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen*'. Dit objectieve stelsel leidt slechts uitzondering in het geval in nationaal verband interactie met het subjectieve stelsel aan de orde komt. Indien het objectieve stelsel in dat geval onverkort toegepast wordt, ontstaat er een heffingslek: een *mismatch*. Deze *mismatch* heeft de Hoge Raad geëlimineerd door, in het geval een dergelijke interactie aan de orde komt, het objectieve stelsel buiten toepassing te verklaren: imputatie bij de vennootschap wordt geweigerd. Een dergelijke *mismatch* ontstaat

⁹⁷ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 5 (NnavV), blz. 33.

ook in het geval de gelieerde partij een buitenlandse concernvennootschap is en het buitenland niet het objectieve stelsel hanteert. Deze *TP-mismatch* wordt niet voorkomen door een oplossing als hierboven beschreven. Inbreuk op het objectieve stelsel ten faveure van samenhang binnen het Nederlandse belastingsysteem wordt wel toegestaan, inbreuk ten faveure van samenhang binnen het internationale belastingsysteem wordt niet toegestaan.

Nadat ik in dit hoofdstuk inzichtelijk heb gemaakt waar het probleem van *TP-mismatches* vandaan komt, ga ik in het komende hoofdstuk in op een regeling die in het leven geroepen is om de gevolgen van een specifieke vorm van *TP-mismatches* het hoofd te bieden: art. 10b Wet VPB 1969. De analyse van dit wetsartikel zal dienen als *case study*. Door te analyseren welke elementen van art. 10b Wet VPB 1969 wel en niet goed werken maak ik inzichtelijk voor welke (nationaalrechtelijke) valkuilen gewaakt moet worden bij het opstellen van een bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*.

HOOFDSTUK 3

Artikel 10b wet Vennootschapsbelasting 1969

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik art. 10b Wet VPB 1969. Eerst geef ik een overzicht van het ontstaan van de voorloper van art. 10b Wet VPB 1969: artikel 10 lid 1 sub d jo. leden 2 t/m 4 (geldend van 2002 tot 2007). Daarna ga ik in op art. 10b Wet VPB 1969 zoals deze sinds 2007 is opgenomen in de wet. Vervolgens beschrijf ik waarom het artikel in de wet is gekomen en wat de invulling is van diverse elementen uit art. 10b Wet VPB 1969 (gelieerdheid, geldlening, looptijd, rechtens danwel in feite, vergoeding en waardemutaties). Op basis van het voorgaande geef ik aan welke problemen kunnen ontstaan door toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 en welke oplossingen voor dit probleem aangedragen worden door de staatssecretaris.

Het doel van dit hoofdstuk is om knelpunten in art. 10b Wet VPB 1969 bloot te leggen en om de regeling te toetsen op rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie⁹⁸. De regeling is rechtvaardig als deze niet onnodig willekeurig of onevenwichtig uitpakt voor belastingplichtigen. De regeling is effectief in het geval het in de parlementaire behandeling geformuleerde doel wordt bereikt. In het geval de regeling niet de (althans: niet alle) gevallen treft die, blijktens de parlementaire behandeling, getroffen zouden moeten worden door de regeling, is de regeling niet effectief. De regeling is efficiënt in het geval het in de parlementaire behandeling geformuleerde doel wordt bereikt zonder onnodig veel gevallen te treffen waar de regeling niet op van toepassing behoort te zijn. In het geval de regeling die gevallen treft die, blijktens de parlementaire behandeling, getroffen zou moeten worden door de regeling, terwijl daarnaast onnodig veel gevallen getroffen worden die niet door de wet getroffen zouden moeten worden, werkt de regeling niet op de meest efficiënte wijze. De vraag die ik zal beantwoorden met dit hoofdstuk is: welke lessen leert art. 10b Wet VPB 1969 ons met het oog op het tot stand brengen van een rechtvaardige, effectieve en efficiënte bepaling in de Wet VPB 1969 ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*? In hoofdstuk 6 zal ik teruggrijpen op de lessen uit dit hoofdstuk bij het totstandbrengen van een bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*.

3.2 Voorgeschiedenis: artikel 10 lid 1 sub d juncto leden 2 t/m 4 (oud) Wet VPB 1969

Op 8 oktober 2001 werden bij wetvoorstel⁹⁹, aangepast bij amendement van 14 november 2001¹⁰⁰, voorzover voor dit onderzoek relevant, artikel 10 lid 1 sub d en bijgaande leden geïntroduceerd in de vennootschapsbelasting (zie bijlage 1).

⁹⁸ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 496.

⁹⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 2 (VvW), p. 7-8.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 14 (Amendement).

Blijkens de MvT moest deze bepaling voorkomen dat vermogensvormen die materieel trekken hebben van eigen vermogen en formeel trekken hebben van vreemd vermogen – de zogenoemde ‘hybride leningen’ – aanzet zouden blijven geven tot het ontwikkelen van louter fiscaal gedreven producten¹⁰¹. Hoewel niet nader omschreven in de MvT neem ik aan dat de staatssecretaris met deze fiscaal gedreven instrumenten doelde op instrumenten die door Nederland als vreemd vermogen aangemerkt worden, terwijl deze door het buitenland als eigen vermogen aangemerkt worden, met alle fiscale gevolgen van dien¹⁰². Eveneens denkbaar is dat het de staatssecretaris te doen was om instrumenten waarop de (rente)vergoeding in Nederland wel aftrekbaar is maar in het buitenland (gedeeltelijk) niet belast. In het verlengde hiervan wordt in de MvT tevens vermeld dat deze bepaling niet bedoeld is om opbrengsten te genereren, maar veeleer een preventief karakter heeft. In dit verband merkt de Raad van State (hierna: RvS) in zijn advies in reactie op het wetsvoorstel op dat de problematiek van het onderscheid tussen vreemd vermogen en eigen vermogen van renteaftrek in een breder kader geplaatst moet worden¹⁰³. De RvS was daarnaast van mening dat het opnemen van een limitatieve lijst, zoals in het onderhavige voorstel, slechts zou leiden tot fiscale verdergaande grensverkenning. Curieus is dat dit contrasteert met de bedoeling van de staatssecretaris in de MvT zoals hierboven beschreven. Uiteraard is deze stelling te belichten van twee kanten. Aan de ene kant zorgt een limitatieve lijst wel voor rechtszekerheid. Duidelijk is, althans, tot op zeker hoogte, wanneer je wel of niet onder een regeling valt. Juist voor belastingwetgeving, in acht nemend dat belastingwetgeving inbreuk maakt op het voor rechtstaten zo belangrijke eigendomsrecht van individuen, is deze rechtszekerheid uitermate belangrijk. Daarnaast zorgt juist het opnemen van meer open normen – in plaats van limitatieve opsommingen – in de belastingwetgeving ervoor dat de grenzen steeds verder opgerekt worden. Aan de andere kant geven open normen (en het dus niet opnemen van limitatieve lijsten) in de wet, de rechter wel de mogelijkheid om de wetgeving zoveel mogelijk toegespitst op de omstandigheden van individuele gevallen uit te leggen. In eerste aanleg is er mijns inziens helemaal niet veel mis met het opnemen van een limitatieve lijst als het gaat om het tegengaan van fiscale grensverkenning. Wel dient daarbij altijd ruimte open te blijven voor een dusdanige interpretatie van de wet dat niet-gedefinieerde misbruikgevallen bestreden kunnen worden door de rechter¹⁰⁴. Daarnaast dient ruimte te blijven voor een dusdanige interpretatie door de rechterlijke macht dat individuele niet-malafide gevallen, die onverhoopt toch binnen de reikwijdte van het gedefinieerde misbruik vallen, op basis van redelijkheid buiten schot blijven.

Een belangrijk element van de wetgeving zoals die op dat moment werd voorgesteld was de winstafhankelijkheid van vergoedingen betaald op leningen (lid 2). Deze winstafhankelijkheid is blijkens de MvT een belangrijke indicator voor het aanwezig zijn van vreemd vermogen dat feitelijk als eigen

¹⁰¹ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 7.

¹⁰² Deze gevolgen kunnen bestaan uit het enerzijds van de winst aftrekbaar zijn van rente in Nederland en anderzijds het niet belast zijn van diezelfde rente in het buitenland, omdat de rente daar als dividend aangemerkt wordt en onder een variant van de deelnemingsvrijstelling valt. De omgekeerde situatie is overigens ook denkbaar. Zie voor een uitgewerkt voorbeeld §5.3.2.

¹⁰³ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 034, A (ARvS & NR), p. 18. Vergelijk: S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, ‘Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen’, *FED* 2002/117.

¹⁰⁴ Door vervanging van feiten resp. feitencomplexen op basis van de leerstukken van de schijnhandeling fiscale zelfstandige kwalificatie resp. *fraus legis*. Hoe interessant deze leerstukken ook zijn, in het kader van dit onderzoek zal ik geen verdere aandacht aan deze problematiek besteden, deels om de omvang van het onderzoek binnen de perken te houden, deels vanwege het feit dat ik me in de hoofdstukken volgend op dit hoofdstuk niet meer zal richten op de aanname van misbruik door de belastingplichtige maar op de neutralisatie van mogelijke effecten van *TP-mismatches*.

vermogen functioneert¹⁰⁵. Immers, door de vergoeding op een vorm van vermogensverschaffing afhankelijk te stellen van de winst die behaald wordt, deelt de vermogensverschaffer in belangrijke mate in het opwaartse en neerwaartse risico van de onderneming. Oneindige looptijd en achtergesteldheid van de lening (andere indicatoren van de aanwezigheid van feitelijk eigen vermogen¹⁰⁶), werden minder van belang geacht. Wat exact de reden is van deze verschillende weging van factoren wordt in de MvT niet duidelijk. Wat van het voorgaande ook zij, voor de beperking van de rente in aftrek is voor lid 2 sub a en b voldoende dat de lening wordt overeengekomen tussen verbonden lichamen als bedoeld in art. 10 lid 4 VPB 1969¹⁰⁷, dat de looptijd van een lening langer is dan 10 jaar en¹⁰⁸ dat de rente (gedeeltelijk) winstafhankelijk is.

In het derde lid wordt in de eerste volzin bepaald dat een wijziging in de vergoeding van de geldlening leidt tot een nieuwe toets van de lening. Er wordt op basis van deze volzin op het moment van wijziging beoordeeld of deze vergoedingen in de toekomst in aftrek beperkt worden.

In de tweede volzin van het derde lid wordt bepaald dat ook een tussentijdse aanpassing van de looptijd van de lening leidt tot een hernieuwde toetsing van de lening. Bij verschuiving van de looptijd vindt een nieuwe toets plaats, waarbij beoordeeld wordt of de lening bij aanvang kwalificeerde als een lening zoals bedoeld in lid 1 sub d. Stel bijvoorbeeld dat aanvankelijk een lening met een winstafhankelijke vergoeding tussen gelieerde partijen aangegaan wordt voor de duur van 7 jaar terwijl ultimo jaar 6 de looptijd van deze lening wordt verlengd met 5 jaar. Op het moment van de verlenging wordt de lening opnieuw beoordeeld, waarbij blijkt dat de totale looptijd van de lening vanaf aanvang gezien 12 jaar bedraagt, en wordt de lening op basis van bovenstaand art. 10 lid drie geacht vanaf het moment van aanvankelijke totstandkoming een hybride lening als bedoeld in art. 10 lid 1 sub d te zijn geweest. In de praktijk houdt dit in dat de rente op de lening die gedurende de eerste 6 jaar in aftrek werd gebracht, vanaf het moment van wijziging van die looptijd, niet in aftrek gebracht had mogen worden en dus teruggenomen moet worden. In de parlementaire behandeling is de vraag opgeworpen hoe ver de bevoegdheid van de inspecteur om correcties aan te brengen in het verleden gaat¹⁰⁹. In dit licht antwoordt de staatssecretaris dat in niet alle gevallen de totaal 'teveel' afgetrokken rente gecorrigeerd kan worden. *Brandsma* constateert dat het voorgaande kan leiden tot willekeur in de behandeling van leningen¹¹⁰. Immers, bij leningen waarvan pas zeer laat de looptijd wordt aangepast zal in voorkomende gevallen relatief gezien minder rente teruggenomen kunnen worden dan bij een lening die in een eerder stadium verlengd wordt. Bij de laatste lening zullen vermoedelijke wijs alle jaren nog openstaan, waardoor alle rente teruggenomen kan

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 034, nr. 3 (MvT), p.25.

¹⁰⁶ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, (Unilever-arrest) *BNB* 1988/217.

¹⁰⁷ *Grosso modo* betreft dit moeder-dochter-verhoudingen waarbij het belang 1/3^e of meer bedraagt, zustersvennootschappen waarbij de moeder in beide zusters 1/3^e belang of meer heeft en vennootschappen die gezamenlijk in een fiscale eenheid opgenomen zijn.

¹⁰⁸ In de Nota naar aanleiding van het Verslag, bevestigde de staatssecretaris dat aan genoemde voorwaarden cumulatief voldaan moet worden: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5 (NnavV), p. 3.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5 (NnavV), p. 31. Overigens had de staatssecretaris reeds in de memorie van toelichting aangegeven dat deze correctie slechts gedaan worden in de nog openstaande jaren.

¹¹⁰ R.P.C.W.M. Brandsma, 'Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)' *Fiscale Monografieën* nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 133.

worden. In het eerstgenoemde geval is dat nog maar de vraag¹¹¹. De achtergrond van de bepaling is duidelijk: voorkomen dat door later telkens tussentijds de looptijd van een lening naar de toekomst te verschuiven alsnog aftrek geclaimd kan worden op een lening die (naar doel en strekking van het artikel bezien) onder de aftrekbeperking behoorde te vallen. Ondanks dat ik de noodzaak van een dergelijke bepaling in het licht van misbruikbestrijding onderken, ben ik van mening dat een dergelijke bepaling kan leiden tot ongewenste situaties waarbij de verlenging van de looptijd niet fiscaal geïndiceerd is maar wel leidt tot aftrekbeperking¹¹². Aannemelijk lijkt het dat dergelijke financieringsovereenkomsten, waarbij de looptijd van een lening langer is dan tien jaar, snel te vinden zullen zijn gelieerde verhoudingen in het Midden- en Kleinbedrijf (hierna: MKB). Vaak zullen daar tussen vennootschappen langlopende rekeningcouranttegoeden¹¹³ overeengekomen zijn, waarbij het aannemelijk is dat om redenen van administratieve eenvoud eveneens een te lage vergoeding overeengekomen wordt. Dit soort verhoudingen vinden hun oorsprong niet noodzakelijkerwijze in fiscale wetgeving, maar veel eerder in gewoontes of eenvoudsoverwegingen¹¹⁴.

Eveneens belangwekkend in het licht van het hierna te bespreken art. 10b Wet VPB 1969 is het vierde lid in dit voorstel. Op basis van dit vierde lid worden vergoedingen, betaald op geldleningen, verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar gelieerd is in de zin van art. 8b Wet VPB 1969¹¹⁵, in twee gevallen bij wetsfictie geacht winstafhankelijk te zijn. Enerzijds is dit het geval als er geen rente overeengekomen is, anderzijds is dit het geval als er een rente overeengekomen is die 30% lager of 30% hoger is dan een rente die overeengekomen zou zijn in het economisch verkeer tussen onafhankelijke derden. In de MvT benadrukt de staatssecretaris dat de werking van het vierde lid de werking van het in hoofdstuk 2 beschreven Zweedse Grootmoeder-arrest¹¹⁶ niet buitenspel zet. Theoretisch zou het een en ander als volgt uitwerken. Stel, er wordt een lening overeengekomen tussen een moeder en dochter, gelieerd als bedoeld in art. 8b Wet VPB 1969, met een looptijd van 15 jaar waarop geen rente overeengekomen wordt. Op basis van het Zweedse Grootmoeder-arrest wordt deze rente vervolgens geïmputeerd naar een rente zoals die overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden. Die geïmputeerde rente wordt weer geacht winstafhankelijk te zijn, waarmee de werking van lid 2 ingeroepen wordt, en de geïmputeerde rente in aftrek beperkt wordt. In de MvT onderkent de staatssecretaris weliswaar dat een dergelijke rente zowel vast als winstafhankelijk kan zijn. Maar vanwege schijnbaar door hem geconstateerde uitvoeringstechnische problemen bij de beoordeling of een dergelijke rente winstafhankelijk is of niet,

¹¹¹ N.b.: dit volgt uit art. 16 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR). Ingevolge dit artikel vervalt de bevoegdheid van de inspecteur om na te vorderen, bij een geconstateerd nieuw feit, na verloop van vijf jaren na het ontstaan van een belastingschuld (N.B.: de Vennootschapsbelasting is een aanslagbelasting; art. 24 Wet VPB 1969).

¹¹² Stel bijvoorbeeld dat de looptijd van de lening verlengd wordt omdat de debiteur in financieel zwaar weer terecht gekomen is. Door de looptijd van de lening te verlengen krijgt de debiteur financieel meer ademruimte, de debiteur krijgt de kans om er bovenop te komen en kan na de verlengde looptijd alsnog de volledige hoofdsom van de lening voldoen. Dat hier geen misbruikmotief aanwezig is en dat deze handeling niet fiscaal geïndiceerd is behoeft mijns inziens geen betoog. Ik ben van mening dat de werking van het beschreven lid drie, dergelijke economisch wenselijke transacties onnodig kan verstoren.

¹¹³ Zie hierover meer in §3.3.3.

¹¹⁴ Een voorbeeld van een dergelijke langlopende rct is te vinden in de in §2.3.3 besproken uitspraak van Hof Amsterdam: Hof Amsterdam 7 februari 1963, nr. 365/62, *BNB* 1963/204. Een ander voorbeeld is te vinden in: Hoge Raad 17 december 2004, nr. 40 238, *BNB* 2005/107.

¹¹⁵ Nb: dit is dus een andere gelieerdheid dan bedoeld werd in het tweede lid van het art. 10 Wet VPB 1969 (oud)

¹¹⁶ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, (Zweedse Grootmoeder-arrest) *BNB* 1978/252. Dit arrest is uitgebreid aan de orde gekomen in hoofdstuk 2.

wordt elke rente die meer dan 30% afwijkt van een zakelijke rente van aftrek uitgesloten¹¹⁷. Deze vorm van redeneren heeft een vrij grof werkende antimisbruikbepaling tot gevolg die het risico met zich draagt niet alleen ‘malafide’ leningen te treffen¹¹⁸. Wat er van de gevolgde redenering ook zij, duidelijk mag zijn dat het de staatssecretaris ook bij deze renten in beginsel te doen is om het uitsluiten van aftrek van winstafhankelijke (in sommige gevallen: non-existente) renten. In de parlementaire behandeling is de zorg geuit dat een lening waar art. 10 lid 4 Wet VPB (oud) op ziet in veel gevallen niet fiscaal-geïndiceerd zal zijn, terwijl de rente op een dergelijke lening eveneens door de bepaling in aftrek beperkt wordt¹¹⁹. De staatssecretaris pareert deze zorg, mijns inziens onbevredigend, door te stellen dat de hoogte van de rente niet de enige bepalende factor is die leidt tot een beperking in aftrek van de rente. Zeker is immers allerminst dat een lening die én een ‘te lage’ vergoeding heeft én een looptijd die langer is dan 10 jaar wel fiscaal-geïndiceerd is.

Niekel cs zijn van mening dat, vanwege het feit dat de totale rente reeds beperkt wordt in het geval er sprake is van een afwijking van 30%, het vierde lid leidt tot een behoorlijke mate aan *overkill*¹²⁰. Zij stellen dat een aftrekbeperking bij een afwijking van 50% redelijker zou zijn. Ondanks dat ik net als *Niekel cs* het idee heb dat 30% wellicht arbitrair is en ondanks dat er nergens in de parlementaire behandeling een redelijk argument gegeven wordt voor deze 30%¹²¹, brengen *Niekel cs* het er niet veel beter vanaf. 50% pakt wellicht gunstiger uit voor de belastingplichtige, maar is net zo arbitrair als een afwijking van 30%. De vraag waarom gekozen is voor een afwijking van 30% blijft aldus open.

Tot slot is relevant dat de bepaling leidt tot een dusdanige kwalificatie van de lening, dat het voordeel uit deze lening onder voorwaarden onder de deelnemingsvrijstelling in zowel de vennootschapsbelasting als de dividendbelasting valt¹²².

3.3 Art. 10b Wet VPB 1969

3.3.1 Inleiding

3.3.1.1 ‘Wet werken aan winst’

Vrij kort na de introductie van bovenstaande hybride lening-wetgeving werd reeds op 24 mei 2006 bij voorstel van Wet werken aan winst de wetgeving grotendeels geschrapt c.q. overgebracht naar een ander

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p.27.

¹¹⁸ Brandsma concludeert: ‘het belangrijkste technische knelpunt acht ik de in art. 10 vierde lid, Wet VPB 1969 opgenomen winstafhankelijkheidsfictie. Deze slecht doordachte bepaling met zijn gelijkwaardige pendant in de deelnemingsvrijstelling kan in mijn ogen de toets der kritiek niet doorstaan. Als gevolg van deze fictie dienen in de praktijk alle in gelieerde verhoudingen (VM: ik neem aan dat ‘overeengekomen geldleningen’ toegevoegd moet worden) met een looptijd van ten minste 10 jaar zorgvuldig te worden geanalyseerd.’ R.P.C.W.M. Brandsma, ‘Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)’ Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 249-250.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5 (NnavV), p. 28.

¹²⁰ S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, ‘Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen’, *FED* 2002/117.

¹²¹ Denkbaar is dat de wetgever dit percentage genoeg heeft geacht om met zekerheid te kunnen zeggen dat een vergoeding daadwerkelijk afwijkt van een *arm's-length*-vergoeding. Wellicht dat de gedachte is dat indien de afwijking kleiner is, deze afwijking nog te wijten zou kunnen zijn aan fouten in de berekening van de *arm's-length*-vergoeding.

¹²² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p.27. Deze regelingen waren opgenomen in resp. art. 13 lid 3 sub b (oud) Wet VPB 1969 en art. 4 lid 1 wet DB 1965.

artikel in de Wet VPB 1969.¹²³ De hierboven beschreven leden 2, 3 en 4 van art. 10 Wet VPB werden geschrapt uit de wet, terwijl bij art. 10 lid 1 sub d Wet VPB 1969 de tweede volzin (*‘Hiervan is sprake indien zich met betrekking tot de geldlening – rechtens dan wel in feite – een omstandigheid voordoet als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, b of c;’*) geschrapt werd. Delen van de geschrapte leden werden overgebracht naar art. 10b Wet VPB 1969 (zie bijlage 1).

De tekst van de bepaling laat zien dat de (omstreden) koppeling met veronderstelde winstafhankelijkheid van vergoedingen in dit artikel losgelaten is. Curieus is dat de staatssecretaris aangeeft dat dit artikel inhoudelijk overeenkomt met het vroegere art. 10 lid 4 Wet VPB 1969¹²⁴. Het feit dat de koppeling met hybride leningen en daarmee met bijvoorbeeld de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op voordelen uit een dergelijke lening in beginsel losgelaten wordt, lijkt me wel degelijk een inhoudelijke wijziging te zijn¹²⁵. Gezien het feit de bepaling aldus wél inhoudelijk gewijzigd is, moet deze uitspraak mijns inziens gezien worden als het uiten van een streven van de staatssecretaris naar continuïteit op dit punt. Dat betekent dat de wetsgeschiedenis van die gedeelten van de hybride lening-jurisprudentie die doorwerken naar art. 10b Wet VPB 1969¹²⁶ onverkort van toepassing zijn op dit artikel, tenzij uit enige uitlating van de staatssecretaris of uit de tekst van het artikel zelf anders blijkt. Dat betekent tevens dat doel en strekking van de bepaling niet veranderd zijn. Dat blijkt ook uit hetgeen gesteld wordt in de MvT bij het wetsvoorstel: *‘Achtergrond van die bepaling (VM: art. 10b Wet VPB 1969) is het feit dat bij dergelijke leningen het risico van internationale mismatches evident aanwezig is’*¹²⁷. Ondanks het feit dat de staatssecretaris aangeeft dat de *mismatch* bij dit soort leningen *evident* aanwezig is, vindt hij het niet nodig (evenals hij dat niet vond bij de invoering van art. 10 lid 4 Wet VPB 1969 (oud)) aan te geven waarom het risico juist aanwezig is bij deze lening. Onduidelijk blijft waarom gekozen is voor de grens van 10 jaar¹²⁸ en voor een afwijking van een zakelijke rente van 30%.

3.3.1.2 *Commentaar*

De redactie van Vakstudie Nieuws laat in het commentaar op het wetsartikel optekenen dat zij de aanwezigheid van de *mismatch* waar het wetsvoorstel op ziet helemaal niet zo evident vindt¹²⁹. Eveneens betreurt diezelfde redactie dat het e.e.a. niet nader uitgewerkt is, omdat art. 10 lid 4 Wet VPB 1969 (oud) niet onomstreden is in de literatuur¹³⁰. Overigens zijn ook de reacties op het voorstel van art. 10b Wet VPB 1969 zelf en later op de daaruit volgende wet niet mals. De algemene tendens in de literatuur is dat

¹²³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 2 (VvW), p. 7.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 50. Zie ook: *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 8 (NnavV), p. 84.

¹²⁵ Volledigheidshalve zij vermeldt dat vergoedingen op de hybride lening niet ingevolge art. 10 lid 1 sub d Wet VPB 1969 kwalifice(e)r(d)en als vrijgestelde voordelen, maar dat de werking van art. 13 lid 4 Wet VPB 1969 dit doet. Feit blijft echter dat vergoedingen op een 10b-lening deze behandeling niet deelachtig zijn, waar dezelfde leningen dit wel waren in de periode tussen 2002 en 2007.

¹²⁶ Denk daarbij aan de verlenging van de looptijd zoals in het oude art. 10 lid 3 Wet VPB 1969. Zie §3.2.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2005/20, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 50.

¹²⁸ Ook *Brandsma* en *Pacham* vragen zich af waarom de looptijd van 10 jaar gekozen is: R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, ‘Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek’, *WFR* 2006/774.

¹²⁹ Redactie V-N, ‘Wetsvoorstel "werken aan winst"’, V-N 2006/30, p. 41.

¹³⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, ‘Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen’, *FED* 2002/117.

de wetsebepaling beter een vroegtijdige stille dood had kunnen sterven¹³¹ of aanzienlijk verbeterd had moeten worden¹³². In de navolgende paragrafen zal ik dieper ingaan op de verschillende aspecten van art. 10b Wet VPB 1969 en de onevenwichtigheden die ontstaan door de toepassing van dit artikel.

Naast de reeds in de literatuur genoemde kritiek en de hierna volgende punten van kritiek die uit mijn eigen analyse te destilleren zijn, dringt zich reeds een andere vraag op. In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien welke overwegingen in jurisprudentie van de Hoge Raad – op basis van het objectieve stelsel – een rol speelden bij de vraag of bevoordelingen in gelieerde verhoudingen al dan niet gecorrigeerd dienden te worden. De Hoge Raad achtte onder andere de volgende elementen van belang: de intentie waarmee een transactie tot stand was gekomen, de hoedanigheid waarin een transactie gedaan was en de mate waarin de correctie (in nationaal verband) bij zowel de betalende als de ontvangende partij plaatsvond. Op basis van art. 8b Wet VPB 1969 is de prijsbepaling van transacties binnen concernverband nog verder geobjectiveerd¹³³. Ik vraag me in dit licht af waarom de staatssecretaris slechts bij leningen een risico ziet op gedeeltelijke non-belasting¹³⁴. Ten eerste is niet bewezen dat het risico hierop evident groter is bij leningen dan bij bijvoorbeeld – zonder enige aanspraak op volledigheid te willen maken – huur-, pacht-, lease- en royalty-overeenkomsten. Bij de overdracht van een vermogensbestanddeel lijkt eveneens net zo goed dit risico aanwezig. Bij mijn weten is echter nergens in de wet geregeld dat, bijvoorbeeld, bij het bepalen van de winst, pacht/huur/leasetermijnen/royalty's, voortkomend uit een transactie aangegaan in gelieerd verband, niet in aftrek toegestaan zijn. Voor vermogensbestanddelen die tegen een 'te lage' prijs overgedragen zijn, zou een activeringsbeperking in het leven geroepen kunnen worden. Ten tweede zijn voor de door mij genoemde transacties de voorwaarden tot imputatie niet wezenlijk anders dan bij leningen. Bij de door mij genoemde transacties is het eveneens goed mogelijk dat het buitenland wel of geen correctie toepast bij de ontvangende partij van de transactie in kwestie. De vervolgvraag is dan, vooropgesteld dat in het buitenland inderdaad op grote schaal geen imputatie plaatsvindt, of met de introductie van art. 10b Wet VPB 1969 niet voor een belangrijk gedeelte het risico op internationale *TP-mismatches* blijft bestaan. De conclusie dringt zich op dat dit inderdaad het geval is.

3.3.2 *Gelieerdheid*

Uit de wettekst blijkt dat het moet gaan om geldleningen die opkomen in gelieerde verbanden. De gelieerdheid moet beoordeeld worden naar art. 8b Wet VPB 1969. Om 'duidelijkheid' te krijgen moeten we dus lid 1 van dit artikel bezien. Dit lid luidt (voorzover van belang): '(...)een lichaam dat (toevoeging VM) (...) middellijk of onmiddellijk deelneemt, aan de leiding van, of het toezicht op, dan wel in het

¹³¹ Zie o.a.: R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek', *WFR* 2006/774; R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede Ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek', *WFR* 2006/1064; E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!', *NTFR* 2006/1236 en F. Elswier & J.A.G. van der Geld, 'Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, tijd voor sanering!', *TFO* 2012/120.1.

¹³² Zie o.a.: M.L. Molenaars, 'De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst', *WFR* 2006/1071 en Q.W.J.C.H. Kok, 'De herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht', *MBB* 2007/3.

¹³³ Zie H4 uitgebreider over de uitwerking van het *arm's-length*-beginsel op basis van zowel art. 8b Wet VPB 1969 als art. 9 OMV.

¹³⁴ Voor het gemak gebruik ik hier de term 'gedeeltelijke non-belasting'. Volgens mij is dit hetgeen de staatssecretaris bedoeld heeft met te stellen dat er sprake is van een 'evident risico op internationale mismatches'.

kapitaal van een ander lichaam(...)'¹³⁵. Lid 2 luidt: *'Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een zelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam'*¹³⁶. Anders dan het geval is bij art. 10a lid 4 wet VPB 1969, gaat het bij dit artikel niet exclusief om een bepaalde mate van belang. Ook het uitoefenen van toezicht, of het deelnemen aan de leiding van een vennootschap kan verbondenheid in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 oproepen. De aanwezigheid van deze verbondenheid zal, op basis van het in paragraaf 2.3.3 besproken arrest BNB 1971/233, wel bewezen dienen te worden. Blijkens de MvT bij invoering van het art. 8b Wet VPB 1969 wordt aangegeven wat de reden is geweest om niet slechts te kijken naar aandeelhoudersbelang, maar tevens naar bestuurders- en toezichtsrelaties¹³⁷. De reden is min of meer gelegen in de angst voor het feit dat belastingplichtigen gelieerdheid zouden kunnen trachten te sturen en te manipuleren. Denkbaar is dat hiermee bedoeld wordt op het kunstmatig laag houden van de omvang van het aandelenbelang bij een onveranderd hoge zeggenschap¹³⁸. Over de mate van gelieerdheid wordt geen duidelijkheid gegeven, behalve dat deze mate opzettelijk (in navolging van artikel 9 OMV) niet ingevuld is. Blijkens de MvT acht de wetgever van belang of er voldoende zeggenschap aanwezig is bij de toezichthouder of bestuurder om invloed uit te kunnen oefenen op prijzen die tussen de toezichthouder/bestuurder en de 'bestuurde' vennootschap gehanteerd worden. Dit lijkt mij een zeer casuïstische aangelegenheid. Uitgesloten is volgens de MvT in het algemeen *'normaal toezicht'*¹³⁹, waarmee o.a. bedoeld wordt *'een bank die (toevoeging VM) in het kader van kredietverstrekking een toezichthoudende functie vervult bij een onderneming'* en *'een commissaris als toezichthouder'*. De reden waarom deze benadering – aansluiten bij zeggenschap – gekozen is, ligt redelijk voor de hand. Immers, een bepaalde mate van aandelenbelang impliceert niet noodzakelijkerwijs dat moeder de 'macht' heeft om het beleid van dochter, en daarmee prijzen die onderling gerekend worden (onderlinge verrekenprijzen), te beheersen. Is dit niet het geval, dan bestaat het risico op fiscale manipulatie per definitie niet. Door op deze wijze verbondenheid te definiëren lijkt een op maat gesneden oplossing te worden geleverd die voorkomt dat de bepaling op dit gebied een te breed bereik heeft. Immers, denkbaar is dat bij – bijvoorbeeld – een verbondenheidscriterium waarbij slechts van belang is dat de aandeelhouder voor meer dan 50% deelneemt in het gestorte aandelenkapitaal van de dochter, dit belang door de aandeelhouder simpelweg op 49,99% gefixeerd zal worden, terwijl de zeggenschap onverminderd groot blijft. Overigens vraag ik me af in hoeverre, in het geval de – middellijke dan wel onmiddellijke – deelname in het aandelenkapitaal daalt, een aandeelhouder nog bereid zal zijn om prijzen te beïnvloeden met het oog op renteaftrek bij de dochter. Het voordeel van de belastingbesparing zal immers in steeds minder grote mate opwegen tegen het verlies aan binnenkomende rente naarmate het aandeel in het gestort kapitaal – en daarmee het winstaandeel – afneemt. Wellicht zou het beter geweest zijn om voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 slechts tot gelieerdheid te concluderen in het geval er sprake is van doorslaggevende

¹³⁵ Dit wordt in de MvT aangeduid als verticale gelieerdheid.

¹³⁶ Dit wordt in de MvT horizontale gelieerdheid genoemd.

¹³⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT)*.

¹³⁸ Wellicht dat dan bijvoorbeeld de aandelen in handen komen van een stroman, die voor rekening en risico van degene die de volledige zeggenschap heeft handelt.

¹³⁹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 18.*

zeggenschap alsmede een bepaalde mate van aandelenbelang. De vormgeving op de huidige manier draagt het risico van een te grote reikwijdte van het artikel met zich¹⁴⁰.

Niet direct duidelijk wordt uit de parlementaire behandeling in hoeverre een wijziging in de gelieerdheid tussen crediteur en debiteur invloed heeft op de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969. Het lijkt wellicht logisch om in dit geval, overeenkomstig als bij een wijziging van de vergoeding of de looptijd, de lening opnieuw te toetsen aan art. 10b Wet VPB 1969. Hier valt echter tegen in te brengen dat verandering van de gelieerdheid niets afdoet aan wat overeengekomen is op het moment van het ontstaan van de lening. Stel dat aanvankelijk een lening is overeengekomen tussen moeder-crediteur en dochter-debiteur. De aandelenrelatie is 100% en de aandelen geven een volledig recht op de winst en een volledig stemrecht. De lening heeft een looptijd van 15 jaar en een rente van 0%. Bij het aangaan kwalificeert de lening als een 10b-lening, laten we aannemen dat er daadwerkelijk een anti-fiscaal doel aan de vormgeving van de lening ten grondslag lag. In jaar 6 verkoopt moeder een deel van haar aandelen aan een derde partij. Deze verkoop is dusdanig dat moeder geen doorslaggevende invloed meer heeft op de prijzen van de dochtervennootschap. Betekent deze verandering dat het karakter of de intentie die aan de wijziging ten grondslag lag verandert? Nee. Men zou kunnen stellen dat daarom de veranderde gelieerdheid pas een rol zou moeten spelen op het moment dat de looptijd of de vergoeding aangepast wordt¹⁴¹. Dan is immers pas weer relevant of de gelieerde partij (moeder) al dan niet haar invloed kan doen gelden. Aan de andere kant zal op het moment dat de gelieerdheid tussen crediteur en debiteur verbroken wordt, vaak de rente-imputatie bij de debiteur eveneens ophouden. Zowel op basis van jurisprudentie gewezen met betrekking tot het totaalwinstbeginsel als op basis van art. 8b Wet VPB 1969 is immers van belang voor een correctie *at-arm's-length* dat er sprake is van – een met het begrip in art. 10b Wet VPB 1969 overeenkomend soort – verbondenheid tussen de lichamen die de lening (in dit geval) overeengekomen zijn. Gezien het feit dat ook de daadwerkelijk door de debiteur betaalde vergoeding – naast het geïmputeerde gedeelte – in aftrek beperkt wordt bij de debiteur, ontstaat in dat geval een wel heel scheef beeld. Immers, in dat geval bestaat door afwezigheid van imputatie bij de debiteur op geen enkele wijze een – voor de Nederlandse staat nadelig – risico op internationale *mismatches*, desalniettemin zou er wel een totale renteaftrekbeperking met betrekking tot de lening plaatsvinden. Kortom, er wordt een sanctie uitgedeeld voor iets wat geen probleem (meer) is. Met dit in het achterhoofd lijkt het niet altijd nodig en wenselijk om de renteaftrekbeperking in stand te laten bij een wijziging van de gelieerdheid van de partijen bij de leningovereenkomst. Gezien het feit dat de staatssecretaris in de parlementaire behandeling niet expliciet rept over wat er dient te gebeuren in geval van wijziging, zijn de enige twee aangrijpingspunten de letterlijke tekst van het artikel en doel en strekking van het gehele artikel. Het voor dit punt relevante gedeelte van art. 10b Wet VPB luidt: *‘van een lichaam waarmee hij is gelieerd in de zin van artikel 8b een geldlening heeft verkregen’*. Op basis van het eerste onderstreepte woord ben ik geneigd te lezen dat relevant is dat in het verleden een geldlening is verkregen van een gelieerd lichaam en dat deze partij thans

¹⁴⁰ Deze zelfde stelling zou men in kunnen nemen bij het bezien van de gelieerdheid zoals deze geldt voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969. In lid 4 van dat artikel is immers slechts juist de omvang van het aandelenbelang van doorslaggevende betekenis voor het al dan niet verbonden zijn in de zin van dit artikel. Omwille van het bereik van dit onderzoek zal ik hier echter aan voorbij gaan.

¹⁴¹ Overigens lijkt het haast aannemelijk om te stellen dat niet gelieerde partijen geneigd zijn de voorwaarden dusdanig aan te passen dat de voorwaarden wel overeenkomen met wat zakelijk is. Zie eerder in de tekst omtrent het dalend belang voor de moeder-crediteur van een renteaftrekbeperking bij de dochter-debiteur naarmate het aandelenbelang in de dochter-debiteur daalt.

nog steeds gelieerd is. Voorgaande zou inhouden dat, indien de crediteur niet meer gelieerd is, art. 10b Wet VPB 1969 geen toepassing meer vindt. Eveneens op basis van doel en strekking van de wet, het tegengaan van het ‘evidente’ risico op internationale mismatches, ben ik – mede in het licht van de bovenstaande redenering – van mening dat dit de gevolgde benadering zou moeten zijn. Mijns inziens volgt dus zowel uit de letterlijke tekst van art. 10b Wet VPB 1969 als uit doel en strekking van het artikel dat indien de crediteur niet meer gelieerd is met de debiteur, art. 10b Wet VPB 1969 zijn toepassing verliest.

3.3.3 *Geldlening*

3.3.3.1 *Parlementaire behandeling*

Wat er met een geldlening bedoeld wordt, komt niet expliciet tot uitdrukking in de MvT bij het wetsvoorstel tot art. 10b Wet VPB 1969. De enige plek waar wellicht informatie te vinden is over de mening van de staatssecretaris betreffende wat als geldlening heeft te gelden is de parlementaire behandeling bij het wetsvoorstel tot de oude hybride lening-wetgeving.¹⁴² Het CDA had gevraagd wat de effecten van de voorgestelde regelgeving zouden zijn op een rekening-courantverhouding zonder bepaalde looptijd, al dan niet met vergoeding. In antwoord hierop stelt de staatssecretaris: ‘*Een doorsnee rekening-courantrekening die ook als zodanig wordt gebruikt, dus regelmatige af- en bijboekingen, een zakelijke winstonafhankelijke rentevergoeding en geen achterstelling ten opzichte van andere crediteuren, valt niet onder de werking van artikel 10, lid 1, onderdeel d*’¹⁴³. Ervan uitgaande dat we dit standpunt van de staatssecretaris, wat in het licht van doel en strekking van het wetsartikel aannemelijk is, door kunnen zetten naar art. 10b Wet VPB 1969, weten we in ieder geval dat het niet gaat om een doorsnee rct. Overigens zou dit geen verbazing moeten wekken gezien het feit dat de staatssecretaris een ‘*zakelijke winstonafhankelijke rentevergoeding*’ als element van een ‘standaard rct’ aandraagt. Immers, in het geval een zakelijke rente overeengekomen is, komt art. 10b Wet VPB op basis daarvan reeds niet aan de orde. Het lijkt er op dat een rct die wel een ‘onzakelijk’ lage rente heeft wel geraakt wordt door art. 10b. Wet VPB. Zoals reeds in paragraaf 3.1 besproken vind ik dit een onwenselijke situatie omdat dergelijke rct’s niet ongebruikelijk zijn bij bedrijven in het MKB-segment. Dergelijke langlopende overeenkomsten zijn doorgaans niet fiscaal geïndiceerd. Gezien het feit dat er echter aanzienlijk meer leningen denkbaar zijn dan slechts een doorsnee rct, is een meer diepgravende analyse vereist. Wellicht kan op basis van de wettelijke systematiek geëxtraheerd worden om welke leningen het gaat. In de komende twee subparagrafen zal ik aan de hand van deze systematiek inzichtelijk maken wat volgens mij bedoeld wordt met een geldlening voor de werking van art. 10b Wet VPB 1969.

3.3.3.2 *De civielrechtelijke geldlening*

Een financieringsvorm kan slechts dan aangemerkt worden als 10b-lening, indien deze allereerst civielrechtelijk als lening aangemerkt wordt. Immers, op basis van genoemde wettelijke systematiek, zal op basis van BNB 1988/217 geoordeeld moeten worden of er fiscaal sprake is van een lening. Wil dit het

¹⁴² Zie §3.2.

¹⁴³ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5 (NnavV), p. 29.*

geval zijn, dan zal er allereerst civiel sprake moeten zijn van een lening¹⁴⁴. Volgens het Burgerlijk wetboek (hierna: BW) is een verbruiklening: *'eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder de voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve'*¹⁴⁵. Uit art. 7A:1793 BW blijkt dat de geldlening een species is van voorgaande hoofdregel. Art. 7A:1796 BW regelt dat de uitlener de looptijd van de lening, indien overeengekomen¹⁴⁶, in acht dient te nemen. De lener heeft daarentegen de verplichting, op basis van art. 7A:1800 BW, om in beginsel de geldsom op het overeengekomen tijdstip terug te betalen. Tot slot bepalen de artt. 7A:1804 t/m 1806 BW hoe rente bedongen en betaald kan worden.

Een bijzondere plek neemt de zogenaamde *'perpetual'* in. Brandsma beschrijft deze als leningen die door de uitgevende instantie (de debiteur) niet afgelost hoeven te worden, tenzij deze in gebreke blijft bij het voldoen van rente op de *perpetual* in bijzondere omstandigheden¹⁴⁷. Art. 7A:1807 BW biedt civiel-juridisch de mogelijkheid een dergelijke overeenkomst te sluiten. Art. 7A:1809 BW geeft de drie uitzonderingsgevallen waarin de hoofdsom door de schuldenaar wel terugbetaald dient te worden. Deze gevallen zijn: de rente is gedurende twee achtereenvolgende jaren niet betaald, de bij de overeenkomst aan de geldverschierter beloofde zekerheid (omtrent de te betalen rente neem ik aan) is niet verstrekt of de debiteur verkeert in staat van faillissement. Om twee redenen zou men mijns inziens de vraag of bovenstaande overeenkomst civiel als een lening heeft te gelden ontkennend kunnen beantwoorden.

Als eerste reden heeft te gelden dat een wezenselement van een lening de terugbetalingsverplichting is. Gezien het feit een wezenselement van een *perpetual* het niet bestaan (behoudens bijzondere omstandigheden) van diezelfde terugbetalingsverplichting is, kan mijns inziens reeds geconcludeerd worden dat er geen sprake is van een civiel-juridische lening¹⁴⁸. Over de terugbetalingsverplichting handelt het civiele arrest NJ 2003/50¹⁴⁹. Dit arrest handelde over de civiele kwalificatie van een geldverstrekking. In ro. 3.4.5 oordeelde de Hoge Raad als volgt:

*'Onderdeel 2.1 klaagt dat het Hof art. 7A:1791 BW heeft geschonden omdat een overeenkomst waarin een verplichting tot terugbetaling afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis, rechtens niet als een overeenkomst van geldlening kan worden aangemerkt. (...). Onderdeel 2.1 faalt reeds omdat voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW voldoende is dat een verplichting tot teruggave bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan. (...)'*¹⁵⁰

¹⁴⁴ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, (Unilever-arrest) BNB 1988/217, ro. 4.2 t/m 4.4.

¹⁴⁵ Art. 7a:1791 BW.

¹⁴⁶ Zo niet, dan komt bij het bepalen van de terugbetalingstermijn een grote mate van beoordelingsvrijheid de rechter toe o.b.v. de artt. 7A:1797 en 1798 BW.

¹⁴⁷ R.P.C.W.M. Brandsma, *'Hybride leningen (verstrekst aan lichamen)'* Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 83-84.

¹⁴⁸ *Snoeyj en Fibbe* menen dat slechts sprake is van een terugbetalingsrecht: R. Snoeyj & G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ('perpetual')', *WFR* 2010/644.

¹⁴⁹ Hoge Raad 29 november 2002, nr. C01/011HR, NJ 2003/50.

¹⁵⁰ Hoge Raad 29 november 2002, nr. C01/011HR, NJ 2003/50, ro.3.4.5

Over de terugbetalingsverplichting als wezenselement van de lening handelt in gelijke zin tevens het fiscale arrest BNB 2007/104¹⁵¹ (het zogenaamde Kaspische Zee-arrest). Aldaar oordeelde de Hoge raad in ro. 3.4:

*'noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.'*¹⁵²

Duidelijk mag zijn dat op basis van het bovenstaande ook een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting te gelden heeft als *'de voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve'*.¹⁵³ De vraag is nu of er bij een *perpetual* sprake is van een dergelijke voorwaardelijke terugbetalingsverplichting. Het bevestigend beantwoorden van deze vraag lijkt aannemelijk indien in acht genomen wordt dat art. 7A:1809 BW drie uitzonderingsgevallen opsomt, waarin de hoofdsom door de schuldenaar wel terugbetaald dient te worden (zie hierboven). *Snoeij* en *Fibbe* beantwoorden deze vraag echter ontkennend door een subtiel onderscheid te maken tussen een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting *'van meet af aan'* en een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting waar niet *'van meet af aan'* sprake van is. Van het tweede geval, waarbij volgens hen geen sprake is van een civiele lening, is volgens hen sprake bij een *perpetual*. Voorgaande leidt er volgens hen toe dat bij aanvang slechts sprake is van een terugbetalingsrecht.

Als tweede reden kan genoemd worden dat de *perpetual* ondergebracht is in een aparte vijftiende titel in BW 7A, los van de veertiende titel inzake verbruiklening¹⁵⁴. Ook de benaming in het BW van wat algemeen bekend staat als *perpetual*, *'gevestigde of eeuwigdurende renten'*, doet sterk het vermoeden rijzen dat het hier niet om een lening gaat. *Snoeij* en *Fibbe* komen tot de conclusie dat de *perpetual* civiel-juridisch geen lening is. Fiscaal merken zij de lening aan als koop van rente, zodat volgens hen deze vorm van overeenkomst fiscaal vreemd noch eigen vermogen is¹⁵⁵. *Brandsma*¹⁵⁶ signaleert dat in BNB 1999/176¹⁵⁷ weliswaar werd geoordeeld dat de perpetuele obligatie waarvan in casu sprake was fiscaal geen deelnemerschapslening in de zin van BNB 1988/217¹⁵⁸ en BNB 1998/208¹⁵⁹ was, er werd niet expliciet ingegaan op de civielrechtelijke kwalificatie van de *perpetual*. *Van Strien* wijst op het feit dat de perpetuele lening geen lening is zonder *vaste* looptijd (aflossingsdatum), maar zonder *enige* looptijd

¹⁵¹ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, (Kaspische Zee-arrest) BNB 2007/104.

¹⁵² Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, (Kaspische Zee-arrest) BNB 2007/104, ro.3.4.

¹⁵³ Een dergelijke voorwaardelijke terugbetalingsverplichting was ook aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank van Den Haag van 18 oktober 2013. Rechtbank Den Haag 18 oktober 2013, nr. 12/9019, *V-N Vandaag* 2013/2598. Meer hierover in §3.3.4.2.

¹⁵⁴ Vgl.: R. Snoeij & G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ('perpetual')', *WFR* 2010/644: 'Deze wijze van totstandkoming (VM: onderbrenging in aparte titels) vormen voor ons een belangrijke indicatie dat de wetgever (destijds (VM: in 1824)) bewust de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente niet (langer) als een variëteit van de overeenkomst van geldlening heeft willen aanmerken'.

¹⁵⁵ R. Snoeij & G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ('perpetual')', *WFR* 2010/644.

¹⁵⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, 'Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)' Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 83-84.

¹⁵⁷ Hoge Raad 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.

¹⁵⁸ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, (Unilever-arrest) BNB 1988/217.

¹⁵⁹ Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

(aflossingsdatum)¹⁶⁰. Voorgaande zou volgens *Van Strien* inhouden dat, naar de letter van de wet, de *perpetual* niet onder (de voorganger van) art. 10b Wet VPB 1969 valt. Op basis van bovenstaande argumenten kom ik tot de conclusie dat een *perpetual* civiel-juridisch niet te gelden heeft als lening. Deze conclusie vind ik belangrijk omdat deze civiel-juridische overeenkomst, met zijn karakter van een eeuwigdurende overeenkomst een belangrijke kandidaat is om een art. 10b-lening te zijn¹⁶¹. Een geldlening is civiel dus een overeenkomst, niet zijnde een *perpetual*, waarbij er een persoon aan een ander persoon een geldsom verstrekt onder de verplichting¹⁶² deze geldsom op een nader te bepalen tijdstip, al dan niet met rente, terug te betalen.

Overigens zij nog opgemerkt dat de staatssecretaris in de MvT bij invoering van de hiervoor in paragraaf 3.2 besproken hybride lening-wetgeving van mening lijkt te zijn dat ‘een lening met perpetualiteit’ wel onder de werking van de voorganger van art. 10b Wet VPB 1969 valt¹⁶³. Hij bespreekt daar namelijk een voorbeeld van een ‘lening’ die is afgesloten voor onbepaalde tijd, waarbij in de voorwaarden is opgenomen dat de vergoeding die de geldnemer dient te betalen substantieel verhoogd zal worden indien de lening niet binnen 10 jaar afgelost wordt. De staatssecretaris meent dat een dergelijke ‘lening’ niet (meer) onder de werking van art. 10 lid 1 sub Wet VPB 1969 (oud) valt. *A contrario* is hieruit af te leiden dat de staatssecretaris meent dat een eeuwigdurende rente kwalificeert als lening. Dit waag ik op basis van mijn hierboven beschreven redenering te betwijfelen.

3.3.3.3 *De fiscaalrechtelijke geldlening*

Indien civiel-juridisch sprake is van een geldlening, dient beoordeeld te worden of de lening fiscaal eveneens als lening te gelden heeft. In BNB 1988/217 oordeelde de Hoge Raad hieromtrent immers als volgt:

‘4.2. (...) in beginsel (VM: is) de civielrechtelijke vorm beslissend (...) voor de fiscale gevolgen.

4.3. Deze regel lijdt naar 's Hofs oordeel slechts in twee gevallen uitzondering, te weten 1. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen (VM: de schijnlening), en 2. indien, de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar'(VM: de deelnemerschapslening)‘.

4.4 (...)Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt, aan deze vennootschap een geldlening verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten

¹⁶⁰ J. van Strien, ‘Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting’, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 158.

¹⁶¹ Ervan uitgaande dat de lening niet reeds als bodemloze putlening (lening waarvan aanstonds duidelijk is dat deze niet terugbetaald zal worden: Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208) aangemerkt is.

¹⁶² Zoals eerder gesteld kan een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting een geldverstrekking eveneens het civiele karakter van een lening geven. Dat houdt in dat een lening, ondanks het ontbreken van een volledig vaste looptijd, mits van meet af aan duidelijk is dat er sprake is van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting, kan kwalificeren als een civielrechtelijke lening.

¹⁶³ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 26.

volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen - voor zover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap - blijvend heeft verlaten (VM: de bodemloze-put lening).¹⁶⁴

De lening wordt in afwijking van de civiele vorm dus fiscaal als kapitaal gekwalificeerd indien er sprake is van een schijnlening, een deelnemerschapslening of bodemloze-put lening.

3.3.3.4 Geldlening: afsluitend

Op basis van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat art. 10b Wet VPB 1969 in beginsel ziet op overeenkomsten, niet zijnde een *perpetual* of een 'standaard' rct, waarbij een persoon aan een ander persoon een geldsom verstrekt onder de verplichting deze geldsom op een nader te bepalen tijdstip, al dan niet met rente, terug te betalen. Geldleningen die uitgesloten zijn van toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 zijn de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemloze-put-lening. Tot slot zijn er nog twee vormen van geldlening die op basis van wetssystematiek niet onder art. 10b kunnen vallen. Dat zijn de geldleningen waarvan de rente reeds is uitgesloten op basis van de artt. 10 lid 1 sub d¹⁶⁵ en 10a Wet VPB. Is de rente immers reeds op basis van deze wetsartikelen uitgesloten, dan is het een weinig zinvolle exercitie om te kijken of de rente nog in aftrek beperkt moet worden op basis van art. 10b Wet VPB 1969¹⁶⁶.

3.3.4 Looptijd

3.3.4.1 Formeel versus materieel

Op basis van art. 10b Wet VPB 1969 worden potentieel alleen geldleningen getroffen die een oneindige looptijd (*geen vaste aflossingsdatum*) hebben of een looptijd die langer is dan tien jaar. De vraag is waarnaar gekeken moet worden voor de aflossingsdatum. Het lijkt het meest logisch om aan te sluiten bij datgene wat overeengekomen is in de leningsovereenkomst en de daarbij behorende preambule. Eveneens goed denkbaar is echter dat feitelijk eerder afgelost wordt dan overeengekomen of dat ten tijde van aangaan van de lening uit bijvoorbeeld bestuursvergaderingsnotulen, AVA-notulen of bestuursbesluiten van de geldverstrekende rechtspersoon blijkt dat de intentie is om de looptijd in de toekomst te verlengen of te verkorten. Kortom: op basis waarvan wordt geoordeeld of sprake is van een looptijd van langer dan 10 jaar? Brandsma meent dat er in beginsel gekeken dient te worden naar datgene wat schriftelijk overeengekomen is¹⁶⁷. Strik en De Vries stellen dat het feit dat de geldnemer de optie heeft om eerder af te

¹⁶⁴ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, (Unilever-arrest) BNB 1988/217, ro. 4.2 t/m 4.4.

¹⁶⁵ Overigens wordt in de literatuur gesteld dat dit overblijfsel van de hybride-lening wetgeving –zoals behandeld in §3.2 – slechts een verwijzing is naar de bestaande deelnemerschapslening en dat dit artikel niet nogmaals apart doorlopen hoeft te worden. Zie in dit verband o.a.: Q.W.J.C.H. Kok, 'De herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht', *MBB* 2007/3 en R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek', *WFR* 2006/774.

¹⁶⁶ Men zou zich nog af kunnen vragen of de leningen die geraakt worden door de renteaftrekbeperingen van de artt. 131 en 15ad Wet VPB 1969 wellicht eveneens uitgesloten zijn van de werking van art. 10b. Echter, op basis van wetsystematiek wordt pas toegekomen aan de behandeling van deze artikelen nadat voor art. 10b wet VPB 1969 reeds beoordeeld is of de rente op die lening in aftrek beperkt wordt. De behandeling van de lening op basis van die artikelen is daarmee irrelevant voor art. 10b Wet VPB 1969. Andersom kan art. 10b overigens wel invloed hebben op wat te gelden heeft als lening voor de toepassing van de artt. 131 en 15ad Wet VPB 1969. Uitgebreide bespreking hiervan gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten.

¹⁶⁷ R.P.C.W.M. Brandsma, 'Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)' Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 111.

lossen, geen kortere looptijd voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 inhoudt.¹⁶⁸ Op basis van het hiervoor gestelde heeft dus inderdaad de leningsovereenkomst het primaat, waarbij ook acht geslagen moet worden op de potentieel afwijkende intentie van crediteur en debiteur die op enige manier buiten de overeenkomst schriftelijk vastgelegd is. Ik acht voornamelijk dit laatste wenselijk gezien het feit art. 10b Wet VPB 1969 een antimisbruikbepaling is.

3.3.4.2 *Looptijd van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting*

Op 18 oktober 2013 werd door rechtbank Den Haag uitspraak gedaan in een zaak waarin onder meer het element van de voorwaardelijke terugbetalingsverplichting aan de orde was.¹⁶⁹ Vermeldt zij overigens dat deze uitspraak bij mijn weten de eerste en tot het moment van schrijven enige zaak is waarin een 10b-lening een rol speelt. De casus was – voor zover relevant voor dit onderzoek – als volgt. Een Nederlandse concernvennootschap verkreeg een lening van diens in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 gelieerde Ierse dochtervennootschap. Op de lening was – voor de jaren waarvan de aanslag in geschil was – geen vergoeding overeengekomen. Aan de orde was de vraag of er op deze lening een vaste aflossingsdatum overeengekomen was of niet. Omtrent de aflossing blijkt uit de in de gepubliceerde uitspraak vastgestelde feiten slechts: *‘De door [G] aan eiseres verstrekte leningen zouden worden afgelost bij de liquidatie van eiseres’*¹⁷⁰. Vervolgens werd in 2008¹⁷¹ besloten tot liquidatie van belanghebbende. Mij wordt niet duidelijk waar dit besluit uit bleek. Belanghebbende stelde dat het besluit tot liquidatie tot gevolg had dat er sprake was van een vaste looptijd. Om drie redenen heb ik moeite met deze stelling. Ten eerste is het in mijn ogen nog maar zeer de vraag of hier sprake was van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting *‘van meet af aan’*.¹⁷² Met andere woorden: ik twijfel of er hier wel sprake was van een civielrechtelijke lening. Ten tweede doet – indien we aannemen hier te maken te hebben met een lening met een terugbetalingsverplichting – hetgeen dat geschiedt ná het tijdstip van overeenkomen van de lening in beginsel niets af aan hetgeen dat overeengekomen is op het moment van aangaan. Op dat moment was onduidelijk óf en wanneer belanghebbende failliet zou gaan. Ten derde is mij niet duidelijk hoe belanghebbende de looptijd wenst te bepalen. Immers, op het moment van de zitting – zeker 4 jaar na het besluit tot liquidatie – was belanghebbende nog steeds niet geliquideerd. Onduidelijk is mij wanneer dit wel zou geschieden. In het licht van de twee eerder besproken arresten omtrent de voorwaardelijke terugbetalingsverplichting is de eerste relevante vraag: is de voorwaardelijkheid van de terugbetaling in dit geval sterk genoeg om te constateren tot het bestaan van een terugbetalingsverplichting en aldus tot de aanwezigheid van een looptijd? In NJ 2003/50 was sprake van de volgende uit een onderhandse akte blijkende voorwaardelijkheid:

*‘Uit deze akte blijkt dat Aerts c.s. het geleende geld niet behoeven terug te betalen indien en voorzover de assuradeur zich niet kan verhalen uit de opbrengst van de onderhavige incasso.’*¹⁷³

¹⁶⁸ S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, ‘Vennootschapsbelasting’, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 215.

¹⁶⁹ Rechtbank Den Haag 18 oktober 2013, nr. 12/9019, *V-N Vandaag* 2013/2598.

¹⁷⁰ Rechtbank Den Haag 18 oktober 2013, nr. 12/9019, *V-N Vandaag* 2013/2598, ro.4.

¹⁷¹ Rechtbank Den Haag 18 oktober 2013, nr. 12/9019, *V-N Vandaag* 2013/2598, ro.10.4. Overigens is mij onduidelijk of besloten werd tot liquidatie in 2008 (ro.10.4) of 2006 (ro.28). Ik ga uit van het jaartal 2008.

¹⁷² Vergelijk hetgeen ik in paragraaf 3.3.3.2 besprak omtrent de *perpetual*.

¹⁷³ Hoge Raad 29 november 2002, nr. C01/011HR, *NJ* 2003/50, ro.4.7 van de in het arrest opgenomen uitspraak van het Hof.

A contrario: er was een terugbetalingsverplichting die afhankelijk was van het al dan niet ontstaan van opbrengsten van de onderhavige incasso. In het Kaspische zee-arrest was sprake van de volgende uit de leningsovereenkomst blijken voorwaardelijkheid:

*'ARTICLE 3: Within 6 months after first production of hydrocarbons, X shall agree a reimbursement scheme for all outstanding amounts and shall at that time start to reimburse the outstanding amounts hereunder.'*¹⁷⁴

In dit geval was de terugbetalingsverplichting afhankelijk van het al dan niet produceren van 'hydrocarbons'. De terugbetalingsverplichting bij de vermogensverstrekkingen is in zowel NJ 2003/50 als BNB 2007/104 afhankelijk van een gebeurtenis in de toekomst waarvan onduidelijk is wanneer deze, indien de gebeurtenis plaatsvindt, zal geschieden. In beide gevallen werd echter wel geoordeeld dat sprake was van een terugbetalingsverplichting, hoe voorwaardelijk deze ook mocht zijn. In het geval van liquidatie is mijns inziens echter ook nog de vraag aan de orde óf liquidatie ooit plaats gaat vinden. Rechtbank Den Haag oordeelde:

*'Vaststaat dat bij het aangaan van de leningsovereenkomsten geen aflossingsdatum is overeengekomen en met hetgeen eiseres daarvoor heeft aangevoerd en overgelegd heeft zij, naar het oordeel van de rechtbank, ook niet aannemelijk gemaakt dat later wel de verplichting bestond om die leningen binnen 10 jaar na het aangaan daarvan af te lossen.'*¹⁷⁵

Aldus oordeelde de rechtbank dat hier sprake was van – in de woorden van art. 10b Wet VPB 1969 – 'geen vaste aflossingsdatum'. Gevolg was dat de lening onder art. 10b Wet VPB 1969 viel en dat de te imputeren rente op de lening bij belanghebbende in aftrek beperkt werd. Ik kan me op basis van het bovenstaande niet volledig vinden in deze uitspraak. Ik waag te betwijfelen of er überhaupt gesproken kan worden van een looptijd en dus van een civiele lening. Indien dit echter wel het geval is ben ik met de rechtbank van mening dat op het moment van aangaan onduidelijk is wat de omvang van de looptijd is: ze is onbepaald.

3.3.4.3 Tussentijdse aanpassing looptijd

Hoe er omgegaan dient te worden met een looptijd die verlengd wordt, volgt direct uit de laatste volzin van art. 10b Wet VPB 1969. Dit is een woordelijke kopie van de tweede volzin van art. 10 lid 3 Wet VPB (oud). Voor de toepassing van deze volzin is de parlementaire behandeling bij art. 10 lid 3 Wet VPB (oud), zoals in paragraaf 3.2 besproken, direct van toepassing. *De facto* komt dit er op neer dat indien tussentijds de looptijd van de lening verlengd wordt, dit (mits aan de overige voorwaarden voldaan wordt) kan leiden tot correcties in het verleden.¹⁷⁶ De vraag is wat er gebeurt indien de looptijd verkort wordt. Als voorbeeld neem ik een lening, overeengekomen tussen gelieerde partijen als bedoeld in art. 8b Wet VPB 1969, met een vergoeding die meer dan 30% lager is dan gebruikelijk zou zijn in het economisch verkeer tussen onafhankelijke derden en met een looptijd van 12 jaar. Deze lening valt onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969. Stel nu dat in jaar 6 de looptijd verkort wordt naar in totaal 9 jaar. Gezien de wettekst gebeurt er in een dergelijk geval niets, de wettekst spreekt immers slechts van 'een verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip'. Ook in de MvT bij het wetsvoorstel tot art. 10 lid 3 Wet VPB

¹⁷⁴ Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, (Kaspische Zee-arrest) BNB 2007/104, ro.3.1.3.

¹⁷⁵ Rechtbank Den Haag 18 oktober 2013, nr. 12/9019, *V-N Vandaag* 2013/2598, ro.28.

¹⁷⁶ Voor een uitgebreidere behandeling verwijs ik naar paragraaf 3.2

(oud) wordt slechts aandacht besteed aan de situatie waarin de looptijd verlengd wordt. Een evenwichtige en redelijke oplossing zou mijns inziens bestaan uit het eveneens met terugwerkende kracht herbeoordelen van de lening indien de looptijd op een zeker moment verkort wordt. In mijn gekozen oplossing zou dat betekenen dat de lening uit mijn voorbeeld geacht wordt – op het moment van het overeenkomen van een nieuwe looptijd – vanaf het moment van aangaan reeds te kwalificeren als een lening waarop de renteaftrekbepanking niet van toepassing is. Dat zou betekenen dat de ‘teveel’ in aftrek beperkte rente zoveel als binnen de wettelijke mogelijkheden toegestaan is weer ‘teruggegeven’ zou moeten worden aan de belastingplichtige. De staatssecretaris is echter een andere mening toegedaan. In de parlementaire behandeling – met betrekking tot art. 10 lid 1 sub d jo. lid 4 (oud), die op dit punt niet is gewijzigd – geeft hij in de Eerste Kamer expliciet aan dat een verkorting van de looptijd slechts gevolgen voor de toekomst heeft, inhoudende dat de toekomstige rente niet meer in aftrek beperkt wordt¹⁷⁷. Aldus duikt hier, naast de in paragraaf 3.2 geconstateerde willekeur bij verlenging van de looptijd, eveneens een onevenwichtige situatie op. Verlenging van de looptijd heeft met terugwerkende kracht gevolgen, verkorting slechts voor de toekomst. Uitleg bij deze keuze geeft de staatssecretaris niet.¹⁷⁸ De reden van deze onevenwichtigheid zal dezelfde zijn als die voor het feit dat ook de daadwerkelijk betaalde rente¹⁷⁹ op een 10b-lening in aftrek beperkt wordt: het wetsartikel is beoogd een *disincentive* te zijn. Wat mij betreft blijft de vraag open in hoeverre dit terecht is.

Dan kan men zich nog afvragen wat er gebeurt in het geval een deel van de lening al afgelost is, als de looptijd wordt verlengd. Wordt dan de gehele rente teruggenomen, of slechts een proportioneel deel van de rente die ziet op het nog niet afgeloste deel van de lening? Het laatste zou logisch zijn. Immers, niet gesteld kan worden dat een (deel van een) lening die (dat) niet meer bestaat, geacht kan worden vanaf een bepaald tijdstip in het verleden per direct een 10b-lening te zijn. De staatssecretaris is eenzelfde mening toegedaan¹⁸⁰. Hoe vervolgens de splitsing van de rente plaats dient te vinden, wordt niet duidelijk. Maar ik neem aan dat de ‘teveel’ in aftrek gebrachte rente *pro rata parte* toegerekend wordt aan de aparte delen van de lening.

3.3.4.4 Looptijd van 10 jaar of langer: toepassing Ruilarresten?

De reden van het in aftrek beperken van de rente op leningen juist met een looptijd die langer is dan 10 jaar, die overigens ook voldoen aan de overige in art. 10b Wet VPB 1969 gestelde voorwaarden, blijft onduidelijk. De geschiedenis van dit wetsartikel doet bij mij het vermoeden rijzen dat het criterium van een bepaalde looptijd een overblijfsel is van de in de literatuur veel bekritiseerde koppeling met de hybride lening in art 10 lid 4 (oud)¹⁸¹. Deze wetgeving was immers in eerste aanleg voortgesproten uit de

¹⁷⁷ *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b (NnavV), p. 7-8.

¹⁷⁸ *Niekel, De Gunst en Van der Linde* vinden deze handelswijze dan ook onbegrijpelijk en inconsequent: S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, ‘Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen’, *FED* 2002/117. *Brandsma* roept op deze onevenwichtigheid te herstellen door bij zowel debiteur als crediteur wel terugwerkende kracht te verbinden aan de verkorting van de looptijd: R.P.C.W.M. Brandsma, ‘Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)’ *Fiscale Monografieën* nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 135.

¹⁷⁹ Zie hierover uitgebreider §3.3.6.?

¹⁸⁰ *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b (NnavV), p. 7.

¹⁸¹ Zo zou bijvoorbeeld ook te verklaren zijn dat slechts op dreigende *mismatches* bij leningen geanticipeerd wordt met art. 10b Wet VPB, en niet op dreigende *mismatches* bij andere transacties in gelieerd verband (zie mijn analyse in §3.3.1).

(ontevredenheid van de staatssecretaris over de beperkte interpretatie van de rechter van de) deelnemerschapslening. Over deze deelnemerschapslening werd geoordeeld in BNB 1998/208: *'De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar bedraagt (VM: in afwijking van een oneindige looptijd), brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd'*¹⁸². Hieruit valt af te leiden dat een deelnemerschapslening ook een vaste looptijd kan hebben. In BNB 2006/82 wordt vervolgens bij een *prêt participatif* met een looptijd van 95 jaar geoordeeld dat er sprake is van een deelnemerschapslening. Los nog van de vraag wat de ratio is achter een dergelijke koppeling met de deelnemerschapslening, blijft onduidelijk waar de grens van 10 jaar vandaan komt. Wat overblijft, is het beeld van een nogal willekeurige gekozen criterium. Daarnaast werkt de manier waarop omgegaan wordt met verlenging van de looptijd tot een willekeurige behandeling van overigens gelijke leningen. Daarbij komt nog dat de niet evenredige behandeling van een looptijdverlenging en die van een looptijdverkorting tot een onevenwichtigheid leidt.

Tot slot zij opgemerkt dat vrij makkelijk te ontkomen is aan de toepassing van art. 10b Wet VPB door een lening met een looptijd van 9 jaar en 363 dagen af te sluiten. Indien een belastingplichtige toch graag een langere lening aan zou willen gaan zonder dat de looptijd op individuele leningen langer dan 10 jaar wordt, is het wellicht een mogelijkheid om steeds nieuwe leningen af te sluiten. Stel dat een lening voor 9 jaar afgesloten wordt, deze lening voldoet voor al het overige aan de voorwaarden van art. 10b Wet VPB 1969. M.a.w.: slechts het feit dat de looptijd op de lening lager is dan 10 jaar voorkomt toepassing van rente-afrekbepanking. De belastingplichtige in kwestie wil echter, om hem moverende redenen, toch gedurende een langere periode geld verstrekken aan de debiteur. Daarom besluit belastingplichtige reeds bij aanvang van de eerste lening om de dochter deze vlak voor het einde van de negen jaar af te laten lossen met een op dat moment gelijktijdig, onder exact dezelfde voorwaarden als de eerste lening, verstrekte lening. Op die manier kan de feitelijke looptijd eindeloos voortgezet worden. Vooropgesteld zij dat dit niet de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn. Feitelijk wordt hier een lening aangegaan met een looptijd van langer dan 10 jaar. Deze lening zou, doel en strekking van art. 10b Wet VPB 1969 in aanmerking nemend, geraakt moeten worden door art. 10b Wet VPB 1969. De vraag is echter of de vormgeving van art. 10b wet VPB 1969 dit ook bewerkstelligt. In tegenstelling tot de zinsnede *'geen vergoeding op die lening is overeengekomen of een vergoeding die in belangrijke mate lager is dan hetgeen in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen'*, wordt de zinsnede *'geen vaste aflossingsdatum heeft of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan daarvan'* niet voorafgegaan door de woorden *'rechtens dan wel in feite'*. Zoals in paragraaf 3.3.5 (hierna) zal blijken, zorgt deze zinsnede ervoor dat waar nodig door de formele vormgeving van de vergoeding op een lening heen geprikt wordt. Het feit dat genoemde woorden niet opgenomen zijn vóór de zinsnede die betrekking heeft op de looptijd lijkt een aanwijzing te zijn dat een materiële toetsing van de looptijd niet aan de orde is en dat de door mij geschetste 'constructie' met art. 10b Wet VPB 1969 niet te bestrijden is.

¹⁸² Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208, Ro. 3.3.

Wellicht dat de ‘ruilgedachte’ uitkomst biedt voor de staatssecretaris om dergelijke constructies alsnog te bestrijden. Zonder op deze plek uitgebreid in te willen gaan op de werking van de uit de door de Hoge Raad gewezen ‘ruilarresten’¹⁸³ volgende ruilgedachte, acht ik het volgende van belang. In beginsel dient op basis van goedkoopmansgebruik¹⁸⁴ in het jaar van vervreemding van een bedrijfsmiddel winst genomen te worden. Dit heeft tot gevolg dat fiscaal afgerekend wordt over het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer (WEV) van het bedrijfsmiddel en de waarde waarvoor het bedrijfsmiddel in de fiscale boeken is opgenomen (de boekwaarde). Door de Hoge Raad is echter in een serie arresten toegestaan dat, indien een nieuw bedrijfsmiddel aangeschaft wordt, het verschil tussen de WEV en de boekwaarde afgeboekt wordt op de waarde waarvoor het nieuwe bedrijfsmiddel normaal gesproken te boek gesteld zou moeten worden. Op die manier wordt belastingheffing uitgesteld tot op het moment dat het nieuwe bedrijfsmiddel (zonder vervangen te worden) vervreemd wordt. *Van Kempen* verwoordt de ruilgedachte die hieruit voortvloeit als volgt: ‘de strekking van de ruilgedachte is dat het verworven bedrijfsmiddel economisch gezien de voortzetting is van het oude, zodat in wezen geen winstrealisatie heeft plaatsgevonden.’¹⁸⁵ Uit het voorgaande volgt dat aan de ruilgedachte de economische inwisselbaarheid tussen bedrijfsmiddelen onderling en de aanname van continuïteit van de onderneming ten grondslag liggen.¹⁸⁶ De Hoge Raad heeft het blijkbaar onwenselijk geacht dat ondernemingen belast worden over vrijgekomen winsten die onmiddellijk weer geïnvesteerd worden in een nieuw bedrijfsmiddel met het oog op die continuïteit. Zouden we deze gedachte doorzetten naar leningen, dan is in het door mij hierboven geschetste geval duidelijk dat hier sprake is van ruil. De lening wordt één op één vervangen door een in alle opzichten met de oude rechtsverhouding overeenkomende lening. Moeilijker wordt het antwoord op de vraag of er sprake is van economische inwisselbaarheid in het geval er een kleine tot grotere tijdspanne bestaat tussen het afsluiten van de ene lening en het aangaan van de andere lening. Ook het aanpassen van de voorwaarden van de nieuwe lening ten opzichte van de oude lening zal de economische inwisselbaarheid van de leningen aantasten.

Maar zelfs als duidelijk is dat we te maken hebben met een lening waarop de ruilarresten in beginsel van toepassing zouden zijn (bij de crediteur) is het van belang te bekijken of de ruilarresten eveneens van toepassing zijn op de schuld van de debiteur en of deze toepassing al dan niet verplicht is. In andere woorden: zijn de ruilarresten ook van toepassing op passiva? Slechts als dit het geval is, zouden mijns inziens beide leningen fiscaal – en daarmee voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 – als één enkele lening aangemerkt kunnen worden. *Lubbers* stelt dat over deze vraag nooit geprocedeerd is, maar dat, redenerend in de geest van de ruilgedachte, toepassing theoretisch mogelijk zou moeten zijn¹⁸⁷. Immers, zo stelt *Lubbers*, er is eveneens geen reden om in voorkomende gevallen, waardoor bijvoorbeeld bij herfinancieringsoperaties een winst (door bijvoorbeeld een lagere contante waarde van de schuld bij een hogere overeengekomen rente) ontstaat, bij de debiteur winst te belasten. Wel noemt *Lubbers* als voorwaarde dat de niet in aanmerking te nemen winst in de toekomst ‘goedgemaakt wordt’ door hogere

¹⁸³ Bijvoorbeeld: Hoge Raad 14 maart 1990, nr. 26 043, (Ruilarrest) *BNB* 1990/127.

¹⁸⁴ Momenteel neergelegd in art. 3.25 wet IB 2001.

¹⁸⁵ M.L.M. van Kempen & P.H.J. Essers, ‘*Inkomstenbelasting*’, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, §3.2.16.B.b2.VI.

¹⁸⁶ Zie o.m.: A.O. Lubbers & M. Schaap, ‘Wetgevingsdilemma’s voor de belastingrechter, geïllustreerd aan de hand van de ruilgedachte’ *WFR* 2011/1302.

¹⁸⁷ A.O. Lubbers & M. Schaap, ‘Wetgevingsdilemma’s voor de belastingrechter, geïllustreerd aan de hand van de ruilgedachte’ *WFR* 2011/1302.

rentelasten. Aan de hand van het volgende voorbeeld zal ik deze gedachtegang toelichten. Stel, we hebben een lening van €100.000,-- met een resterende looptijd van 5 jaar. Deze lening heeft een rente van 4% en staat voor €100.000,-- in de boeken. Stel dat de rente niet onmiddellijk betaald wordt. In plaats daarvan wordt de rente aan het einde van elk jaar bijgeschreven. De samengestelde interest wordt aan het einde van de looptijd met de hoofdsom terugbetaald. Bij een oprenting over 5 jaar is deze lening tegen het einde van de looptijd ($100.000 * 1.04^5 =$) €121.665,-- waard. Vervolgens besluit de crediteur-aandeelhouder tot een herfinanciering van de debiteur, waarbij een rente van 8% overeengekomen wordt en de terug te betalen hoofdsom aan het einde van de looptijd (€121.665) gelijk dient te zijn aan de oude lening. De contante waarde van de lening dient daartoe ($121.665 / 1.08^5 =$) €82.803,-- te zijn. Komt de schuld voor dit bedrag in de boeken, dan heeft de debiteur een winst van €17.197,-- geboekt waar in beginsel over afgerekend dient te worden. Volgen we nu de weg van *Lubbers* en verklaren we de ruilarresten van toepassing op deze herfinanciering, dan wordt deze winst van €17.197,-- niet in aanmerking genomen. Tevens wordt dit bedrag afgeboekt op (dat wil in dit geval zeggen: ‘opgeteld bij’) de nieuwe schuld. Deze staat dan voor €100.000,-- in de boeken. Op het moment dat de lening oprent, wordt een verlies genomen. In jaar 1 is dat ($0,08 * 82.803 =$) €6.624,--, in jaar 2 is dat ($0,08 * (82.800 + 6.624) =$) €7.154,--. Aan het einde van de looptijd is per saldo een verlies van €17.197,-- in aanmerking genomen. Normaal gesproken zou dit precies wegvallen tegen de winst die bij de ‘ruil’ wordt ‘gerealiseerd’. In dit geval is de winst reeds overgedragen en opgeteld bij de boekwaarde van de schuld. Aan het einde van de looptijd staat de schuld nu voor ($82.803 * 1.08^5 + 17.197$ (overgedragen verlies)=) €138.862,-- in de boeken. De debiteur draagt een bedrag van €121.665 af aan de crediteur en boekt een belastbare winst van €17.197 t.a.v. de schuld. Zowel bij niet-doorschuiven van de winst als bij wel doorschuiven van de winst wordt per saldo op de lening geen winst of verlies geboekt (door de elkaar uitschakelende mutaties). Het verschil is de timing van de winst: in het eerste geval wordt 5 jaar eerder winst genomen dan in het tweede jaar. Met *Lubbers* ben ik op basis van de continuïteitsgedachte van mening dat het dus wenselijk is om ook hier de ruilarresten van toepassing te verklaren. *Cornelisse* is minder stellig dan *Lubbers*¹⁸⁸. In zijn conclusie bij BNB 2013/16 stelt *Wattel*: ‘In de door *Lubbers* en *Schaap* en *Cornelisse* genoemde gevallen lijkt toepassing van de ruilarresten op passiva inderdaad denkbaar, gezien de ratio van die arresten’¹⁸⁹.

Een relevante vraag in het licht van art. 10b wet VPB 1969 is of vervangen in deze zin hetzelfde is als verlengen van de looptijd. *Van Kempen* spreekt in het hierboven aangehaalde citaat van *voortzetting* van het oude bedrijfsmiddel. Deze woordkeuze is mijns inziens treffend. Immers, in het geval, bijvoorbeeld, een nieuwe productiemachine aangeschaft wordt door een bedrijf, dan is de gedachte dat deze machines de productieprestaties van de oude machine voortzet. Wellicht dat deze nieuwe machine in absolute zin meer prestaties levert, maar relatief – dat wil zeggen: t.o.v. de stand van de productietechniek – een gelijke productiepotentie heeft als de oude machine. De economische levensduur van de (naar de stand van de techniek verdisconteerde) productiepotentie van de machine wordt feitelijk verlengd door de vervanging. Verklaren we deze gedachte eveneens van toepassing op schulden, dan zouden we kunnen stellen dat het vervangen/voortzetten van een lening hetzelfde is als de verlenging van de looptijd van de lening. Formeel is er uiteraard wel het verschil dat er een geheel nieuwe overeenkomst opgemaakt wordt. Echter, een

¹⁸⁸ R.P.C. Cornelisse, ‘De ‘Ruilarresten’ revisited’, *MBB* 2011/12.

¹⁸⁹ Hoge Raad 21 september 2012, nr. 11/03528, *BNB* 2013/16.

belangrijk struikelblok bij een casus zoals door mij is geschetst, is dat er op geen enkele wijze een constatering van winst plaatsvindt t.a.v. de lening (in het geval van gelijkblijvende voorwaarden). In de door mij geschetste casus komt toepassing van de ruilarresten dus in het geheel niet aan de orde omdat er met het oog op de continuïteit van de onderneming geen probleem – lees: dreigende belastingheffing – is. Het enkel voortzetten van de gedachtegang uit de ruilarresten zou mijns inziens alleen kunnen in het geval de wettekst een materiële benadering ondersteunt. In dat geval kan aangehaakt worden bij de hierboven gevolgde redenering en kan mijns inziens gesteld worden dat het vervangen van een lening materieel gelijk is aan het verlengen van de looptijd, waarmee de werking (met terugwerkende kracht) van art. 10b Wet VPB 1969 ingeroepen wordt. In dit geval is dat niet zo.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat belastingplichtigen vrij simpel onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 uit kunnen komen door steeds leningen met een looptijd van 9 jaar elkaar op te laten volgen. Dit zou volgens mij voorkomen kunnen worden door de wettekst dusdanig aan te passen dat een materiële toetsing van de looptijd tot de mogelijkheden gaat behoren.

3.3.4.5 *Looptijd: samenvattend*

In deze paragraaf ben ik ingegaan op het element ‘looptijd’ in art. 10b Wet VPB 1969. De belangrijkste bevindingen van deze paragraaf zijn als volgt. Ten eerste geldt dat voor het antwoord op de vraag welke looptijd overeengekomen is tussen belastingplichtigen, gekeken moet worden naar de uit de overeenkomst blijken intentie van de partijen die de lening overeengekomen zijn. Daarnaast dient acht geslagen te worden op de leningovereenkomst flankerende documenten. Ten tweede geldt dat een tussentijdse verlenging van de looptijd van een lening kan leiden tot het met terugwerkende kracht van toepassing zijn van art. 10b Wet VPB 1969. Voor een verkorting van de looptijd geldt deze terugwerkende kracht daarentegen niet. Ten derde geldt dat vrij makkelijk onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 uitgekomen kan worden door achtereenvolgens identieke leningen met een looptijd korter dan 10 jaar te verstrekken. Dergelijke constructies kunnen niet bestreden worden aan de hand van de uit de ruilarresten volgende ruilgedachte.

3.3.5 *Rechtens dan wel in feite*

Blijkens de wettekst is het van belang dat de vergoeding op de lening ‘*rechtens dan wel in feite (...)*’ niet ‘*is overeengekomen of (...) in belangrijke mate lager is*’. Alvorens het in de volgende paragraaf te hebben over de (afwijkende) vergoeding, dient de vraag beantwoord te worden wat bedoeld wordt met de zinsnede ‘*rechtens dan wel in feite*’. Als we met betrekking tot het gedeelte ‘*rechtens*’ aannemen dat het gaat om rente die contractueel tussen partijen overeengekomen is¹⁹⁰ hoeven we ons slechts nog te concentreren op wat bedoeld wordt met ‘*in feite*’. In de parlementaire behandeling bij de voorloper van art. 10b Wet VPB 1969, komt een lening aan de orde waarbij de betaling van rente opgeschort wordt¹⁹¹. De staatssecretaris merkt hierover op dat het simpele feit dat de rente opgeschort wordt, niet tot gevolg heeft dat de rente in feite winstafhankelijk (in het geval van art. 10b Wet VPB 1969: meer dan 30% lager dan

¹⁹⁰ *Mutatis mutandis* geldt hiervoor hetzelfde ik in §3.3.4 opmerkte over de vindplek van de beoogde looptijd op een overeengekomen geldlening.

¹⁹¹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5 (NnavV), p. 30-31.*

zakelijk) wordt indien de rente later alsnog betaald moet worden. *Brandsma* meent dat de koppeling met art. 10a lid 2 Wet VPB 1969 gezocht moet worden¹⁹². Hieruit blijkt dat de materiële werkelijkheid – de feitelijke omstandigheden – bepalend is. Brandsma bespeurt een anti-misbruik motief in dit deel van (de voorganger van) art. 10b Wet VPB 1969. Immers, in gelieerde verhoudingen zal het makkelijk zijn om tekstueel/contractueel iets anders overeen te komen dan daadwerkelijk beoogd wordt. Met deze frase heeft de uitvoerder een extra instrument in handen om dit veronderstelde misbruik tegen te gaan. *Van Strien* ziet een rol weggelegd voor deze frase op het moment dat het schriftelijke bewijs van overeengekomen rente totaal ontbreekt¹⁹³. Hij geeft het voorbeeld van een lening met een vaste rente die jaarlijks kwijtgescholden wordt, waardoor volgens hem de zinsnede de werking van de voorganger van art. 10b Wet VPB 1969 inroept.

3.3.6 Vergoeding

3.3.6.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik eerst in op wat een vergoeding is. Ik zal daarbij aandacht besteden aan wat ik een economische benadering van een vergoeding op een geldlening noem. Bij deze benadering zal ik tevens ingaan op de wijze waarop volgens mij valutarisico's op vergoedingen, alsmede resultaten op instrumenten ter afdekking van dit risico, onder art. 10b Wet VPB 1969 behandeld worden en op de wijze waarop deze volgens mij behandeld zouden moeten worden. Vervolgens maak ik inzichtelijk welke invloed de behandeling van de zogenaamde 'onzakelijke lening' (hierna: OZL) heeft op de werking van art. 10b Wet VPB 1969. Daarna beschrijf ik dat art. 10b Wet VPB slechts toepassing vindt in het geval de overeengekomen vergoeding lager is dan een zakelijke vergoeding en in hoeverre ik dit wenselijk acht. Daarnaast beschrijf ik het effect van een tussentijdse aanpassing van de vergoeding op de werking van art. 10b Wet VPB 1969. In een laatste paragraaf bespreek ik nog welke vormen van overinclusiviteit art. 10b Wet VPB mijns inziens met zich meebrengt. Tot slot geef ik een kort, samenvattend overzicht van mijn bevindingen in deze paragraaf.

3.3.6.2 Vergoeding: een economische analyse

3.3.6.2.1 Geldleningen: tijd en risico

Op basis van art. 10b Wet VPB 1969 worden twee 'bestanddelen' van aftrek uitgesloten, te weten: 'vergoedingen op de lening' en 'waardemutaties van de lening'. De term vergoedingen in art. 10b Wet VPB 1969 is tweeledig. Enerzijds gaat het om de vergoeding die tussen de lichamen daadwerkelijk overeengekomen is, anderzijds gaat het om een vergoeding zoals deze overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke partijen is het economisch verkeer. In dit licht is het wellicht interessant om de vraag te stellen wat een vergoeding is¹⁹⁴. De MvT is hierin niet heel instructief, ook in de verdere parlementaire behandeling wordt geen aandacht besteed aan dit specifieke vraagpunt. Gezien het feit het woord

¹⁹² R.P.C.W.M. Brandsma, *'Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)'* Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 103.

¹⁹³ J. van Strien, *'Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting'*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 174.

¹⁹⁴ Ik ga in §3.3.7 in op wat waardemutaties zijn.

vergoedingen gebruikt wordt, en niet het – in de artt. 10a, 10d (oud), 13l en 15ad Wet VPB 1969 gehanteerde – woord rente(n), gaat het in ieder geval om meer dan alleen de rente op de lening. Blijkens art. 10b Wet VPB 1969 gaat het in deze renteaftrekbepanking om de situatie waarin '*rechtens dan wel in feite*' (onderstreping: VM) *geen vergoeding op die lening is overeengekomen*'. De onderstreepte woorden lijken eveneens een materiële brede interpretatie van het begrip 'vergoeding' te rechtvaardigen¹⁹⁵. Van Strien staat in dit licht een, wat hij noemt, economische benadering van het begrip vergoeding voor. In het navolgende zal ik een economische benadering als uitgangspunt nemen voor mijn analyse van wat een vergoeding op een geldlening is.

Voortbouwend op het bovenstaande kom ik tot de volgende (vrij grove doch instructieve) benadering. Een geldverstrekker zal in de regel¹⁹⁶ gedurende de looptijd niet kunnen beschikken over het geld wat hij heeft uitgeleend aan de geldnemer. De geldverstrekker zal hier een vergoeding voor willen. De reden voor het vragen van een vergoeding voor die tijd is gelegen in het feit dat alternatieve manieren om het geld aan te wenden voor de geldverstrekker niet (meer) openstaan. Daarnaast zal de geldverstrekker in staat willen zijn om over 10 jaar gemiddeld genomen een gelijke hoeveelheid goederen te kopen met het door hem verstrekte geld als op dit moment het geval is. In andere woorden: de reële waarde van de hoofdsom dient gelijk te blijven en dus dient in de vergoeding een opslag voor inflatie te zitten. Deze twee componenten, vergoeding voor tijd en een opslag voor inflatie, vormen samen datgene wat in *finance* literatuur vaak omschreven wordt als een risicovrije voet. Daarnaast bestaat er een zeker risico dat de geldverstrekker zijn hoofdsom niet terug zal ontvangen van een debiteur. Dit risico kan voortspruiten uit allerlei omstandigheden, waarvan ik er – zonder aanspraak te willen maken op volledigheid – een aantal wil uitlichten. Zo is denkbaar dat een zwakke economische situatie in het land waarin de debiteur opereert kan leiden tot een hoog risico van niet-voldoening (door bijvoorbeeld insolventie van die debiteur) van de hoofdsom. Eveneens van belang is het soort industrie waarin de debiteur opereert, een risicovollere industrie zal meer risico op insolventie van de debiteur en daarmee niet-voldoening van de hoofdsom met zich brengen. Ook politieke instabiliteit – waardoor bijvoorbeeld eigendomsrechten van bedrijven of private personen niet goed gewaarborgd zijn – kan een oorzaak van verhoogd risico op niet-voldoening van de hoofdsom zijn. Tot slot wil ik nog wijzen op het risico wat zich voordoet indien de lening in een andere valuta (de overeenkomst-valuta) door de debiteur voldaan zal worden dan de valuta waarin de crediteur primair handelt (de primaire valuta). In dit geval loopt de crediteur het risico dat de waarde van de hoofdsom – die steeds gelijk blijft in termen van de overeenkomst-valuta – in termen van diens primaire valuta minder (of meer) waard wordt als gevolg van een depreciatie¹⁹⁷ (appreciatie) dan wel devaluatie¹⁹⁸ (revaluatie) van de overeenkomst-valuta ten opzichte van de primaire valuta. Deze waardevermindering kan overigens ook voortkomen uit inflatie in het land van de desbetreffende valuta, voor deze inflatie was reeds een beloning bedongen in de vorm van een component van de risicovrije voet

¹⁹⁵ Zie in dit verband in gelijke zin over art. 10 lid 1 sub d Wet VPB 1969 (oud): J. van Strien, '*Renteaftrekbepankingen in de vennootschapsbelasting*', Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 139.

¹⁹⁶ Een denkbare uitzondering op die regel is bijvoorbeeld een vordering die tussentijds opeisbaar is, daar wil ik echter in het kader van dit onderzoek bij vandaan blijven. Het is mij meer te doen om het schetsen van een algemeen economisch raamwerk voor wat een vergoeding op een lening is, dan om in te gaan op allerlei uitzonderingen.

¹⁹⁷ Hier gaat het om de waardevermindering van een valuta in termen van een andere valuta als gevolg van vraag en aanbod op de kapitaalmarkt.

¹⁹⁸ Hier gaat het om de (beoogde) waardevermindering van een valuta in termen van een andere valuta als gevolg van het ingrijpen van de overheid in de kapitaalmarkt.

(zie hierboven). Het risico waar ik hier op doel gaat dan ook om onverwachte valutakoers-schommelingen, niet het risico waarop reeds is geanticipeerd.¹⁹⁹ Vanwege de voornoemde vormen van risico zal de crediteur in meer of mindere mate een vorm van een risico-opslag vergoed willen krijgen bovenop de risicovrije voet. Deze opslag staat ook wel bekend als de risicopremie. Aldus is een vergoeding op een lening de optelsom van de vergoeding voor de tijd dat het geld aan de debiteur ter beschikking staat: ‘de risicovrije voet’ en de vergoeding voor het risico dat de crediteur loopt op de hoofdsom van de lening: ‘de risicopremie’.

Nu na bovenstaande redenering vaststaat wat te gelden heeft als een vergoeding is het zinvol om een voorbeeld te toetsen aan deze definitie om inzichtelijk te maken wat het effect van een dergelijke benadering is. Stel bijvoorbeeld dat een geldnemer en een geldverstrekker overeengekomen zijn dat de geldnemer de geldverstrekker na een looptijd van 9 jaar de hoofdsom van de lening terug zal betalen. Tegen het eind van de looptijd blijkt de debiteur meer tijd nodig te hebben om zijn lening terug te betalen en in samenspraak besluiten geldnemer en geldverstrekker dat de looptijd met 3 jaar verlengd zal worden. Goed denkbaar is echter dat de geldverstrekker daarvoor een extra vergoeding wenst te ontvangen. Dit is een additionele vergoeding voor de (onverwachte) extra tijd dat de geldverstrekker niet zal kunnen beschikken over de hoofdsom en daarmee is dit onderdeel van de vergoeding. Zo kan in potentie *a contrario*, in combinatie met de verlengde looptijd, het niet bedingen van deze extra vergoeding een onzakelijke vergoeding tot gevolg hebben. Voorgaande zou betekenen dat de werking van art. 10b Wet VPB 1969 ingeroepen wordt.

3.3.6.2.2 Geldleningen: valutarisico's en afdekinstrumenten

Naast het in de bovenstaande subparagraaf genoemde voorbeeld, is het voorbeeld waarin een debiteur risico loopt over de door hem te betalen vergoedingen interessant. Dit is het geval indien de debiteur de vergoedingen dient te voldoen in een andere valuta dan in diens primaire valuta. Stel dat de debiteur van een lening jaarlijks de vergoedingen dient te betalen aan de crediteur. Boekhoudkundig verantwoordt de debiteur maandelijks kosten voor deze vergoedingen. Dit zal hij doen tegen de eindkoers van de primaire valuta ten opzichte van de overeenkomst-valuta van die maand. In het geval die koers verandert, zal de debiteur een valutaresultaat boeken bij daadwerkelijke betaling van de vergoeding. Dit risico had ook kunnen liggen bij de crediteur in het geval de debiteur op basis van de leningovereenkomst in zijn eigen primaire valuta de vergoeding had mogen voldoen. In dat geval was dit risico, zoals hierboven reeds beschreven, verwerkt geweest in de vergoeding die de debiteur dient te betalen aan de crediteur als onderdeel van de risicopremie. In feite is een deel van het risico verschoven naar de debiteur²⁰⁰, waarmee het bedrag wat hiermee gemoeid gaat mijns inziens heeft te gelden als een vergoeding voor risico en daarmee als vergoeding op de lening.

¹⁹⁹ Kok gebruikt in dit kader de termen ‘oneigenlijk valutarisico’ en ‘echt valutarisico’. Met de eerste term doelt hij op datgene wat ik als het ‘risico waar reeds op geanticipeerd werd’ heb genoemd. Met de tweede term doelt hij op wat ik hierboven ‘onverwachte valutakoers-schommelingen’ noemde. Zie: Q.W.J.C.H. Kok, ‘De invloed van de samenhang tussen rente en valutaresultaten op de renteaftrekbepalingen en de groepsrentebox’, *WFR* 2007/253.

²⁰⁰ Het gaat hier in mijn ogen om het risico dat de crediteur zou lopen op een compensatie – voor het ter beschikking stellen van de hoofdsom – die lager is dan beoogd door valutakoersfluctuaties. Daarmee is dit risico in feite een risico op de hoofdsom. Dit is het risico wat verschoven wordt naar de debiteur.

Theoretisch is het vervolgens denkbaar dat een debiteur het hierboven genoemde valutarisico op de vergoeding af zal willen dekken door het valutarisico te *'hedgen'*. Dit *hedgen* kan bijvoorbeeld gedaan worden door het afsluiten van een valutatermijncontract met een derde partij (in het vervolg: de financiële dienstverlener). In ons geval spreken de debiteur en de financiële dienstverlener af om op een overeengekomen tijdstip in de toekomst tegen een overeengekomen wisselkoers (de zogenoemde 'termijnkoers') een overeengekomen aantal valuta te ruilen.²⁰¹ Het effect van deze transactie is dat de debiteur zeker weet tegen welke valutakoers (zijnde de termijnkoers) hij de rentekosten in moet boeken, waardoor hij geen valutarisico meer loopt over de vergoedingen. Uiteraard zal de bank voor dit overnemen van het valutarisico een vergoeding vragen in de vorm van een premie (hierna: 'termijnpremie')²⁰². Daarnaast zal de debiteur kosten maken om de overeenkomst juridisch tot stand te brengen (hierna: transactiekosten). Andere wijzen van afdekken zijn ook denkbaar²⁰³, maar wat dit soort afdekinstrumenten gemeenschappelijk hebben is dat de debiteur met een andere partij dan met de crediteur een overeenkomst aangaat en daar een bedrag in de vorm van een premie en transactiekosten voor opoffert. De transactiekosten staan totaal los van de oorspronkelijke lening. Echter, hoe hoog de termijnpremie is, is afhankelijk van de omvang van de inflatie van de valuta waarin de vergoedingen op de oorspronkelijke lening voldaan moeten worden. In het geval deze inflatie hoog is, zal de kans op een negatief valutaresultaat (de situatie waarin de omvang van de te betalen vergoeding in de primaire valuta van de debiteur stijgt doordat de waarde van de overeenkomst-valuta onverhoopt toch stijgt in termen van de primaire valuta) verwaarloosbaar zijn. De financiële instelling die dit valutarisico afdekt, zal dientengevolge geen hoge termijnpremie vragen voor het afdekken van dit risico. Tegelijkertijd betekent een hoge inflatie dat de vergoeding op de oorspronkelijke lening hoog moet zijn om de crediteur te compenseren voor de geldontwaarding van de hoofdsom die hij in de toekomst terug zal ontvangen. Aldus is er – door middel van het inflatieniveau van de overeenkomst-valuta – een negatieve relatie tussen de termijnpremie die in rekening gebracht wordt voor het afdekken van het valutaresultaat op de vergoeding van een lening en de vergoeding van die lening zelf.²⁰⁴ Een relatief hoge rente betekent voor de debiteur een relatief lage termijnpremie.²⁰⁵ In tegenstelling tot de overige kosten die gemaakt worden voor het sluiten van een termijncontract, is de termijnpremie gekoppeld aan de oorspronkelijke lening.

Terug naar de kern: de hamvraag is of kosten voor instrumenten ter afdekking van valutarisico op vergoedingen wel of niet onderdeel uitmaken van de vergoeding in de zin van art. 10b Wet VPB 1969. Ik

²⁰¹ J. Berk & P. DeMarzo, *'Corporate Finance'*, Pearson International Edition, Boston: Pearson Education 2007, p. 941.

²⁰² Bijkomende transactiekosten zullen bijvoorbeeld ook bestaan uit kosten die gemaakt worden om de overeenkomst juridisch tot stand te brengen. Op deze vorm van kosten wil ik in dit kader niet ingaan omdat het geen toevoeging is aan het betoog wat ik hier wil houden.

²⁰³ Zo kan bijvoorbeeld een het opwaartse valutarisico gedekt worden door het afsluiten van een calloptie op een valuta. Zie voor meer informatie: J. Berk & P. DeMarzo, *'Corporate Finance'*, Pearson International Edition, Boston: Pearson Education 2007, p. 946.

²⁰⁴ Overigens concludeert Kok, middels een andere route dan in de door mij gevolgde redenering, tot een lage *termijnkoers* bij een hoge vergoeding (in zijn woorden: 'rente') in: Q.W.J.C.H. Kok, 'De invloed van de samenhang tussen rente en valutaresultaten op de renteaftrekbeperkingen en de groepsrentebox', *WFR* 2007/253. Dit is in overeenstemming met de door mij geconstateerde negatieve relatie tussen *termijnpremie* en vergoeding op de lening. Mijns inziens dalen de *termijnpremie* die de financiële instelling vraagt en de *termijnkoers* die overeengekomen wordt tussen de debiteur en de financiële dienstverlener gezamenlijk. Immers, hoe lager de *termijnkoers* (oftewel de hoeveelheid valuta die de financiële dienstverlener in de toekomst zal moeten verstrekken) die afgesproken wordt, hoe kleiner het risico dat de financiële dienstverlener een verlies maakt op de transactie, en dus hoe lager de *termijnpremie* die de debiteur voor dit risico zal moeten vergoeden.

²⁰⁵ Tot een enigszins vergelijkbare constatering komt Kok in: Q.W.J.C.H. Kok, 'De invloed van de samenhang tussen rente en valutaresultaten op de renteaftrekbeperkingen en de groepsrentebox', *WFR* 2007/253.

ben van mening dat dit voor het gedeelte van de transactiekosten niet het geval is. Deze kosten hebben – zoals eerder betoogd – niets te maken met de lening of de relatie tussen de debiteur en de crediteur. Voor de termijnpremie is dit minder eenvoudig. Enerzijds klinkt het logisch om te stellen dat deze termijnpremie geen onderdeel van de vergoeding is. Hoe kan immers een premie, die op het oog zijn oorsprong vindt in de relatie tussen een debiteur en een financiële instelling, deel uitmaken van de vergoeding voor een lening die overeengekomen is tussen een debiteur en een crediteur (niet zijnde de financiële instelling)? Anderzijds is mijns inziens de volgende redenering, waarbij de termijnpremie wel deel uitmaakt van de vergoeding, verdedigbaar. We hebben net vastgesteld dat er een koppeling is tussen de termijnpremie en de vergoeding op de lening. Daarnaast is de termijnpremie gekoppeld aan de inflatie van de overeenkomst-valuta, die inflatie waarvan ik eerder schreef dat deze onderdeel uitmaakt van wat economisch te gelden heeft als een vergoeding op een lening. Feitelijk is het risico, wat reeds verschoven werd naar de debiteur door de lening overeen te komen in de primaire valuta van de crediteur, door de debiteur weer verschoven naar de financiële instelling, de vergoeding daarvoor is de termijnpremie. Conclusie van deze redenering is dat de door de debiteur betaalde termijnpremie, alsmede de omvang van die premie, direct volgt uit de lening en dus onderdeel uitmaakt van de vergoeding in de zin van art. 10b Wet VPB 1969.²⁰⁶ Aldus kom ik met betrekking tot afdekinstrumenten van valutaresultaten, over de betalingen door de debiteur op de lening, tot de conclusie dat transactiekosten hier geen onderdeel van uitmaken. De termijnpremie maakt daarentegen wel onderdeel uit van de vergoedingen in de zin van art. 10b Wet VPB 1969. Eenzelfde benadering staat de wetgever op dit moment voor bij de onlangs in de Wet VPB 1969 ingevoerde artt. 131 en 15ad.²⁰⁷

3.3.6.3 De onzakelijke lening en art. 10b Wet VPB 1969

3.3.6.3.1 Inleiding

Zoals vastgesteld, dient in een zakelijke vergoeding een risicovrije voet en een samengestelde risicopremie²⁰⁸ verwerkt te zitten. Deze risicopremie is onder meer afhankelijk van de goedheid van de debiteur. Voornamelijk op dit laatste component werd uitgebreid ingegaan in de zogenoemde OZL jurisprudentie die na het in 2008 gewezen BNB 2008/191 (zie hierna) in de fiscale schijnwerpers staat. Deze paragraaf handelt over de interactie tussen genoemde OZL jurisprudentie en art. 10b Wet VPB 1969.

3.3.6.3.2 BNB 2008/191: Wanneer is sprake van een OZL? Feiten en uitspraak

Met het in de inleiding bedoelde arrest BNB 2008/191²⁰⁹ deed de Hoge Raad de fiscale wereld op zijn grondvesten schudden door te bepalen dat het afwaarderingsverlies op een OZL bij de crediteur niet aftrekbaar is. In de onderhavige casus was sprake van een vennootschap (belanghebbende) die een lening

²⁰⁶ Overigens is de vraag nog hoe dit zich verhoudt met hetgeen de staatssecretaris opmerkte tijdens de parlementaire behandeling van art. 10 lid 1 sub d Wet VPB (oud) inzake de vergoeding: *'de aftrekbeperking van het voorgestelde artikel 10, eerste lid, onderdeel d, (VM: heeft) betrekking (...) op de vergoeding op de geldlening (...). De genoemde afdekkingsinstrumenten maken geen deel uit van de relatie tussen degene die de lening heeft verstrekt en degene die de lening is aangegaan, met andere woorden zij maken geen deel uit van de lening. De kosten van die instrumenten vallen derhalve – mits aangegaan onder normale zakelijke omstandigheden – niet onder de aftrekbeperking'*. Zie: *Kamerstukken I 2001/2002*, 28 034, nr. 123b (NnavV), p. 7.

²⁰⁷ Redactie V-N, 'Brief Staatssecretaris van Financiën 14 juni 2007', V-N 2007/30.13.

²⁰⁸ Het in §2.7 besproken art. 8b Wet VPB 1969 rept over: *'voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen'*.

²⁰⁹ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43 849, (Onzakelijke Lening-arrest) BNB 2008/191.

had verstrekt aan haar minderheidsaandeelhouder. Genoemde minderheidsaandeelhouder kon de lening slechts voldoen uit de dividenden die zij genereerde uit diverse deelnemingen²¹⁰ die zij had in het concern van belanghebbende. Saillant detail in deze zaak was dat het betreffende concern ten tijde van aangaan van de lening reeds enkele jaren verlieslijdend was. Los nog van de vraag of er aan deze lening zakelijke motieven ten grondslag lagen, oordeelde Hof Arnhem dat de lening aangegaan was onder onzakelijke voorwaarden. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad:

*'Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.'*²¹¹

Naar aanleiding van dit arrest is een stroom aan jurisprudentie op gang gekomen die onder meer handelt over de vraag hoe een arm's-length-vergoeding bepaald zou moeten worden bij een lening met een onzakelijk debiteurenrisico als in BNB 2008/191.

3.3.6.3.3 BNB 2012/37: De in aanmerking te nemen vergoeding op een OZL; feiten, geschil en uitspraak

Op 25 november 2011 wees de Hoge Raad een viertal arresten in het kader van de onzakelijke lening. Twee van die arresten zagen op leningen verstrekt tussen vennootschappen. Van die twee arresten is met name het arrest BNB 2012/37²¹² interessant in het kader van het bepalen van een *arm's-length*-rente. In de onderhavige casus was sprake van een moedervenootschap, *in casu* belanghebbende, die geld verstrekt had aan haar dochter (hierna: BV A). Aanvankelijk kende deze geldverstrekking de vorm van een rct met een rente van 5%. Vrij snel na het tot stand komen van voornoemde geldverstrekking, werd de rct omgezet in een lening met een aflossingsschema (aflossing binnen 10 jaar). Daarnaast werd jaarlijks een rente berekend en betaalbaar gesteld van 5%. Zekerheden voor de lening werden niet bedongen, en de bij BV A aanwezige middelen om de rente, laat staan de hoofdsom, te kunnen voldoen, waren volgens het Hof onvoldoende. Het Hof oordeelde dan ook dat er in casu sprake was van een OZL en dat belanghebbende het geleden verlies op die lening niet in aftrek op diens fiscale winst kon brengen.

In zijn conclusie bij het arrest gaat AG *Wattel* onder meer uitgebreid in op de wijze óf, wanneer en hoe een zakelijke rente bepaald zou moeten worden bij een onzakelijke lening. Uit de in onderdeel 8 van zijn conclusie weergegeven anthologie van de in de literatuur tot op dat moment bestaande standpunten omtrent een zakelijke rente bij onzakelijke leningen valt echter het volgende af te leiden. Ik zal bij de bespreking van gedeelten uit die bloemlezing de volgorde aanhouden die ook *Wattel* in zijn conclusie aangehouden heeft. *Engelen* en *van Scharrenburg* stellen dat in eerste instantie getracht dient te worden een lening – gegeven alle andere voorwaarden van die lening – door een rentecorrectie aan te brengen,

²¹⁰ *In casu* waren dit namelijk de enige aanwezige activa van de aandeelhouder.

²¹¹ Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43 849, (Onzakelijke Lening-arrest) BNB 2008/191, ro. 3.4.

²¹² Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

zakelijk te maken.²¹³ Een dergelijke compensatoire benadering van de rente op een geldlening is volgens *Wattel* ook te zien in een uitspraak van Rechtbank Haarlem.²¹⁴ *Ruijschop* stelt weliswaar dat de omvang van het debiteurenrisico en de hoogte van het rentepercentage niet per definitie communicerende vaten zijn²¹⁵, toch acht hij het eveneens niet ondenkbaar dat een hogere rente onzakelijkheid van een debiteurenrisico weg kan nemen. *Albert* stelt onomwonden: ‘*Zekerheid en rente zijn communicerende vaten. Naarmate het risico toeneemt, zal de geëiste rente stijgen en vice versa.*’²¹⁶ Zelf sluit ik me aan bij hetgeen *Engelen* en *Van Scharrenburg* alsmede *Albert* stellen. In feite beargumenteerde ik reeds bij de economische benadering hierboven, van wat een vergoeding dient te zijn, dat verschillende elementen van een lening zich tot elkaar verhouden als communicerende vaten.

Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad, voor zover hier van belang:

*‘Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het ‘at arm’s length’ beginsel is vastgesteld, zal voor de fiscale winstberekening moeten worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Daarbij zal - behoudens het rentepercentage - uitgegaan moeten worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen (zoals met betrekking tot zekerheden en de looptijd van de lening). Met dat uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Dan zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast.’*²¹⁷

Aldus bevestigt de Hoge Raad de hierboven besproken compensatoire benadering. Volledigheidshalve zij hier vermeld dat de Hoge Raad met deze uitspraak oordeelt dat indien rente-imputatie een lening zakelijk kan maken, deze lening geen OZL is. *Albert* stelt ook in zijn noot bij het arrest dat uit het onderhavige arrest volgt dat een lening zakelijk gemaakt kan worden – althans, dat dit gepoogd dient te worden – door ofwel het onzakelijke debiteurenrisico buiten de winstsfeer te plaatsen (afwaarderingverlies voor de crediteur niet aftrekbaar), ofwel door de rentevergoeding te verhogen. De rentevergoeding – althans, de risico-opslag daarin – dient een afdoende economische beloning te zijn voor het debiteurenrisico wat de crediteur op de lening loopt.

Marres benadrukt in zijn noot bij het arrest²¹⁸ het feit dat de Hoge Raad oordeelde dat een rentecorrectie zijn grens vindt in een rente die in wezen winstdelend wordt. *Marres* betoogt dat de Hoge Raad hiermee heeft willen voorkomen te zeer in te grijpen in datgene wat partijen beoogd hebben overeen te komen. Indien een vastrentende lening immers door een rentecorrectie fiscaal transformeert in een lening met een winstafhankelijke/-delende rente, verandert het karakter van de lening. Deze verandering behelst volgens *Marres* een wijziging van een lening, waarbij de aandeelhouder voor het gedeelte van de lening niet participeert in het ondernemingsrisico van de debiteur, naar een lening waarbij dit wel gebeurt. In een dergelijk geval, waarin geen *arm’s-length*-vergoeding te bepalen is, heeft de lening te gelden als een lening met een onzakelijk debiteurenrisico (de OZL). Omtrent de rente die op een dergelijke lening in aanmerking genomen dient te worden oordeelde de Hoge Raad:

²¹³ F.A. Engelen & R. van Scharrenburg, ‘Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting’, *WFR* 2008/705.

²¹⁴ Rechtbank Haarlem 12 december 2008, nr. 08/01017, *NTFR* 2009/714, ro. 4.7.

²¹⁵ M.H.C. Ruijschop, ‘een zaak van onzakelijkheid’, *BB* 2008/10.

²¹⁶ P.G.H. Albert, ‘Onzakelijke lening: mag het minder gecompliceerd?’, *NTFR* 2011/931

²¹⁷ Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, ro. 3.3.2.

²¹⁸ Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, ro. 3.3.4.

‘Gelet op het hiervoor overwogene en mede om redenen van eenvoud kan als vuistregel worden gehanteerd dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap (VM: de debiteur) zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap (VM: de crediteur) onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.’²¹⁹

Deze uitspraak bevat de kern voor de hierna te volgen analyse met betrekking tot art. 10b Wet VPB 1969.

3.3.6.3.4 Gevolgen voor art. 10b Wet VPB 1969

Op basis van het hierboven besproken arrest blijkt dat ingeval een OZL geconstateerd wordt, er alsnog een rente geïmputeerd dient te worden. Dan dient de rente in aanmerking genomen te worden die, onder overigens dezelfde voorwaarden, door de debiteur overeengekomen zou zijn bij een onafhankelijke derde partij, waarbij de crediteur borg staat voor de lening. Dat betekent dat, *de facto*, de hoogte van de zakelijke rente die in aanmerking genomen dient te worden op de (definitief) onzakelijke lening afhangt van de kredietwaardigheid van de crediteur in plaats van die van de debiteur. M.a.w.: het debiteurenrisico van de crediteur in plaats van het debiteurenrisico van de debiteur wordt leidend bij het bepalen van de vergoeding op de lening.

Vaak gaat de problematiek van de OZL pas een rol spelen op het moment dat de debiteur verlieslatend is. Immers, op dat moment zal de discussie over aftrekbaarheid van een verlies op de vordering van de crediteur door slechtere debiteurenpositie van de debiteur een rol gaan spelen. Dat betekent dat, op het moment dat een OZL geconstateerd wordt, de kredietwaardigheid van de moeder-crediteur aanzienlijk hoger is dan die van de dochter-debiteur. Dit heeft vervolgens tot gevolg dat de zakelijk geachte rente op een (definitief) OZL lager zou kunnen zijn dan een zakelijke rente op basis van een ‘normale’ *arm’s-length*-correctie. Stel dat bij een lening, waarbij een rente van 4% overeengekomen is, in het geval van een ‘normale’ correctie de zakelijke rente 8% zou bedragen. Duidelijk is dat in dit geval de overeengekomen vergoeding meer dan 30% afwijkt van wat zakelijk is en dat de rente-aftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969 dreigt. Stel nu dat diezelfde lening onzakelijk is, op basis van kredietwaardigheid van de moeder-crediteur wordt geconcludeerd tot een zakelijke vergoeding van 5,5%. Nu wijkt de overeengekomen vergoeding van 4% minder dan 30% af van wat ‘zakelijk’ is. De lening valt niet onder de aftrekbeperking van art. 10b wet VPB 1969, de rente van 5,5% is aftrekbaar en bij de crediteur belast. In het eerste geval – het geval van de zakelijk gemaakte lening – wordt het debiteurenrisico feitelijk ‘goedgemaakt’ door een hogere risicopremie in aanmerking te nemen bij zowel de crediteur als bij de debiteur. In het tweede geval – het geval van de definitief onzakelijke lening, gebeurt dit niet en wordt het onzakelijke gedeelte in de lening geëlimineerd door een verlies op de hoofdsom niet in aftrek toe te staan bij de crediteur. Vervolgens wordt alsnog een rente geïmputeerd, die lager is dan in het geval het onzakelijke debiteurenrisico niet geëlimineerd wordt. In dit licht bezien is het niet gek dat een lagere rente geïmputeerd wordt en dat daarmee art. 10b Wet VPB 1969 niet van toepassing is. Het ‘concern’ is immers reeds ‘gestraft’ voor het onzakelijk handelen door het niet af mogen trekken van een afwaarderingsverlies

op de lening. Een extra sanctie in de vorm van art. 10b Wet VPB 1969 is in dit licht mijns inziens niet wenselijk. Voorgaande uitwerking is in mijn ogen om die reden theoretisch zuiver.

3.3.6.4 Vergoeding die in belangrijke mate lager is

Na bovenstaande beschrijving van wat een ('zakelijke') vergoeding is, komt het navolgende aan de orde. Uit de letterlijke tekst van art. 10b Wet VPB 1969 volgt dat de aftrekbeperving slechts geldt als de vergoeding lager is dan een *arm's-length*-rente en niet wanneer deze hoger is. Onder het oude art. 10 lid 1 sub d jo. lid 4 Wet VPB 1969 werd bij zowel een onzakelijk hoge rente als bij een onzakelijk lage rente winstafhankelijkheid gefingeerd, waardoor deze rente in aftrek beperkt werd. In het licht van doel en strekking van art. 10b Wet VPB 1969 is het mijns inziens niet vreemd dat slechts de lagere rente 'aangepakt' wordt. Er zijn immers twee smaken bij het in aanmerking nemen van een rente. Enerzijds kan een lage rente gecorrigeerd worden naar een zakelijk niveau. Gebeurt dit niet, dan kan anderzijds de daadwerkelijke rente in aanmerking genomen worden. Op het moment dat in Nederland op basis van art. 8b Wet VPB 1969 de uitgaande zakelijke rente wel geïmputeerd²²⁰ en in aftrek toegestaan wordt en in het buitenland de (lagere) daadwerkelijke rente in de heffing betrokken wordt, dan ontstaat een onevenwichtige verhouding. Bij een te hoge rente wordt bij de Nederlandse debiteur op basis van art. 8b Wet VPB 1969 gecorrigeerd naar een lagere zakelijke rente. In het geval het buitenland de rente ook corrigeert naar een(zelfde) zakelijk niveau, ontstaat een evenwichtige verhouding. Imputeert het buitenland niet, dan is het resultaat dat belastingplichtige *de facto* meer belast ziet worden dan hij aan rente in aftrek brengt. Gezien het antimisbruikarakter van art. 10b Wet VPB 1969 vind ik het niet verrassend dat de wetgever ervoor heeft gekozen slechts in het geval de vergoeding lager is dan zakelijk, de totale vergoeding in aftrek te beperken.

Overigens behoeft het naar ik aanneem geen betoog dat een onevenwichtige situatie het gevolg van bovenstaande benadering is. Dreigt een nadelig gevolg voor de belastingdienst, dan worden maatregelen getroffen. Echter, in het geval een nadeel voor de belastingplichtige dreigt, dan is dit blijkbaar voor rekening en risico van de belastingplichtige. Opvallend is dat hier exact dezelfde onevenwichtigheid dreigt als reeds geconstateerd in paragraaf 2.2.4. Op basis van de aldaar behandelde Kosten-arresten werden immers wel te hoge kosten, betaald door de onderneming aan een persoon binnen de familiesfeer van de ondernemer, omlaag gecorrigeerd bij de ondernemer (in het geval van art. 10b wet VPB 1969 de vennootschap-debiteur). Daartegenover stond echter geen correctie omlaag bij de ontvangende partij (in het geval van art. 10b wet VPB 1969 de vennootschap-crediteur). Zoals aldaar aangegeven begreep ik de reden van het accepteren van die onevenwichtigheid niet. Nu betoog ik hier niet dat het wel of niet in de rede zou liggen als de Nederlandse wetgever problemen – die hun 'oorsprong' vinden in het systeem van een buitenlands winststelsel – op gaat lossen voor de belastingplichtige. Wel betoog ik dat het redelijk zou zijn om, in het geval ervoor gekozen wordt om een probleem voor de Nederlandse wetgever – dat 'ontstaat' door het systeem van een buitenlands winststelsel – te lijf te gaan, problemen die voor de belastingplichtige ontstaan door de omgekeerde situatie op gelijke wijze op te lossen. M.a.w.: het was in

²²⁰ Overigens is het zeer de vraag of het totaalwinstbegrip in art. 8 Wet VPB 1969 juncto art. 3.8 wet IB 2001 niet reeds leidt tot een dergelijke imputatie, waarmee art. 8b Wet VPB theoretisch gezien overbodig is, maar dit terzijde.

deze mijns inziens redelijk geweest als de kostenimputatie ‘omlaag’ ‘geweigerd’ zou worden vanwege het (schijnbaar) ‘evident’ aanwezige risico op internationale mismatches.

3.3.6.5 Tussentijdse aanpassing vergoeding

Een andere vraag die bij mij opkomt bij het lezen van art. 10b Wet VPB 1969 is wat er dient te gebeuren indien de vergoeding tussentijds wordt aangepast, waardoor de vergoeding van onzakelijk naar zakelijk verandert of andersom. Onder het oude art. 10 lid 3 Wet VPB 1969 betekende een dergelijke verandering dat opnieuw getoetst moest worden of de lening nog kwalificeerde als hybride. In het huidige art 10b Wet VPB 1969 is echter niets opgenomen hieromtrent. De zinsnede ‘*een geldlening heeft verkregen*’ doet eveneens in mijn ogen slechts vermoeden dat éénmalig, namelijk bij aangaan van de geldlening, getoetst wordt of de vergoeding ‘zakelijk’ is. *Bouwman* constateert eveneens dat niet blijkt hoe gehandeld dient te worden indien de vergoeding tussentijds aangepast wordt²²¹. Hij is van mening dat de afspraken gemaakt bij aangaan van de lening leidend zijn. Tevens is hij van mening dat een tussentijdse aanpassing van de rente tot een onzakelijk niveau of renteloosheid alsnog zou moeten leiden tot de aftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969. Hoewel hij de omgekeerde situatie niet benoemt (onzakelijk wordt zakelijk) neem ik aan dat hij in dat geval eveneens een omgekeerde situatie voorstaat (‘ontsmetting lening’). Mijns inziens kan het niet – daarbij het feit in ogenschouw nemende dat de staatssecretaris uitdrukkelijk heeft aangegeven de oude situatie, waarvan art 10 lid 3 Wet VPB 1969 (oud) onderdeel was, voort te willen zetten – de bedoeling van de staatssecretaris zijn geweest een andere uitwerking te bewerkstelligen. Feit blijft dat het één en ander niet duidelijk geregeld dan wel toegelicht is.

3.3.6.6 Drie vormen van overinclusiviteit

Tot slot is nog een belangrijk te beantwoorden vraag welke vergoeding in aftrek beperkt wordt. Is dit de betaalde vergoeding? Op basis van de tekst van het wetsartikel lijkt slechts ruimte te zijn voor het in aftrek beperken van de daadwerkelijk betaalde rente (vergoeding) op de 10b-lening. Uiteraard is deze uitkomst gewenst noch beoogd. Doel van het artikel is immers het bestrijden van internationale *mismatches*. Er vanuit gaande dat in het buitenland slechts de daadwerkelijke rente belast wordt bij de crediteur, dan leidt het in aftrek beperken van juist het (non-existente) geïmputeerde rentedeel tot een evenwichtige situatie. In Nederland wordt dan de betaalde rente afgetrokken van de winst en in het buitenland wordt de betaalde rente belast. In de parlementaire behandeling blijkt echter dat dit niet is wat de staatssecretaris voor ogen had²²². De bedoeling blijkt te zijn het in aftrek beperken van zowel het betaalde als het geïmputeerde deel (de totale rente). Uit de beantwoording op de vraag van de VVD of een dubbele heffing die voortspuit uit het in aftrek beperken van de totale rente te rechtvaardigen is, valt de staatssecretaris wederom terug op de stelling, dat met art. 10b Wet VPB 1969 beoogd is een ‘*disincentive*’ voor bepaalde financieringsvormen in het leven te roepen. Deze renteaftrekbeperking is dus niet slechts een correctie van onwenselijke effecten van rente-imputatie, de aftrekbeperking op het daadwerkelijk betaalde gedeelte van de vergoeding is een regelrechte sanctie.

²²¹ J.N. Bouwman, ‘*Wegwijs in de Venootschapsbelasting*’, Wegwijsserie, Den Haag: SDU Uitgevers 2012, §4.3.2.4.

²²² *Kamerstukken II 2005/2006, 30572, nr. 8 (NnavV)*, p. 35.

Het gevolg van deze wijze van benadering is dat er allereerst een permanente vorm van overinclusiviteit ontstaat in zowel nationale als internationale situatie doordat ook de daadwerkelijk betaalde vergoeding – die, naar men mag aannemen, in ieder geval belast wordt bij de crediteur – in aftrek beperkt wordt. Vervolgens ontstaat per definitie overinclusiviteit in nationale situaties, waarbij de rente bij de crediteur gewoon geïmputeerd wordt op basis van art. 8b Wet VPB 1969. Ten slotte bestaat de mogelijkheid tot een overinclusiviteit in internationale situaties in het geval bij de buitenlandse crediteur wel een zakelijke rente geïmputeerd wordt.²²³

De eerste vorm van overinclusiviteit is, zoals ik reeds hierboven schreef, een bewuste. Ik vraag me ten eerste af of deze dubbele belastingheffing inderdaad, zoals de staatssecretaris stelt, gedragen wordt door de gronden die in de parlementaire behandeling genoemd worden. Ten eerste is immers niet duidelijk hoe groot het risico op internationale *mismatches* daadwerkelijk is en wat de omvang van de potentiële schade hiervan is. Ten tweede hanteert de staatssecretaris door deze sanctie een misbruikpresumptie waarvan niet duidelijk is waar deze zijn oorsprong in vindt.

De tweede vorm van overinclusiviteit is, getuige hetgeen de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling opmerkt daaromtrent, blijkbaar niet beoogd. Hij stelt immers: *‘Tijdens de parlementaire behandeling bij de introductie van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB, is echter aangegeven dat de bereidheid bestaat om in deelnemingsverhoudingen met behulp van de hardheids-clausule een oplossing te zoeken, mocht die heffing zich in de praktijk inderdaad voordoen’*.²²⁴ Wat de invulling van die hardheidsclausule is, zou men kunnen menen te vinden in de brief van de staatssecretaris van 14 juni 2007.²²⁵ Daarin beoordeelt de staatssecretaris de volgende concrete situatie: twee Nederlandse moederverenootschappen verstrekken een lening aan hun gezamenlijke dochter. De rente op de lening valt onder de renteaftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969 en mag dus niet afgetrokken worden van de winst bij de debiteur(-dochter). In deze situatie zegt de staatssecretaris toe dat de lening wordt aangemerkt als een hybride lening als bedoeld in art. 10 lid 1 sub d Wet VPB 1969 bij de crediteuren(-aandeelhouders), waarmee de deelnemingsvrijstelling op de vergoedingen van deze lening van toepassing is. De staatssecretaris achtte bij het geven van deze goedkeuring: *‘mede bepalend (...) dat op 1 januari 2007 sprake was van een reeds bestaande lening waarvan de voorwaarden niet zijn gewijzigd, en dat de goedkeuring leidt tot een continuering van de fiscale behandeling zoals die plaatsvond vóór 1 januari 2007’*. Voorgaande lijkt me een aanzienlijke inperking van het bereik van deze toezegging. Vindt de hardheidsclausule nu slechts plaats bij leningen die eerder als hybride lening kwalificeerden? De toezegging in de parlementaire behandeling lijkt een breder toepassingsbereik te suggereren. Deze brief doet dat echter duidelijk niet.

²²³ Vergelijk in dit verband hetgeen Weber stelt: *‘Een probleem is dat de (door Europese landen gebruikte) anti-misbruikbepalingen vaak te algemeen zijn. Daarin wordt gewoon gesteld dat de rente niet aftrekbaar is, ook in situaties waarin zij in de andere lidstaat wel is belast. Dan doet zich helemaal geen misbruik voor.’* Redactie, *‘De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen’*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 230, Deventer: Kluwer 2007. Het behoeft mijns inziens geen nader betoog dat hiervan in art. 10b Wet VPB 1969 eveneens sprake is.

²²⁴ *Kamerstukken II 2005/2006, 30572, nr. 8 (NnavV)*, p. 84.

²²⁵ Redactie V-N, ‘Brief Staatssecretaris van Financiën 14 juni 2007’, V-N 2007/30.13.

Naast het in mijn ogen onduidelijke toepassingsbereik van het voorgaande, bevat het bovenstaande mijns inziens tevens een curiositeit. Vooropgesteld zij, om deze curiositeit inzichtelijk te maken, dat in Nederland in beginsel de belastinggrondslag voor concernvennootschappen bepaald wordt met inachtneming van het objectieve totaalwinstbeginsel²²⁶, of zo men wil: het *arm's-length*-beginsel²²⁷. Dat betekent dat de kosten van een Nederlandse debiteur-concernvennootschap, evenals de baten van een Nederlandse crediteur-concernvennootschap vastgesteld worden op een gelijke zakelijke hoogte. Duidelijk mag zijn dat hier geen heffingslek ontstaat. Dan vindt art. 10b Wet VPB 1969 toepassing, waardoor de totale rentekosten bij de debiteur-concernvennootschap in aftrek beperkt worden. Economisch dubbele heffing is ontstaan. Vervolgens wordt dit onwenselijk geacht en biedt de staatssecretaris een oplossing. Voor de hand liggend, mede met het oog op consistente toepassing van het objectieve totaalwinstbeginsel, zou in mijn ogen het terugnemen van de renteaftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969 bij de debiteur-concernvennootschap zijn. De staatssecretaris kiest er echter voor om het probleem op te lossen door bij de crediteur de baten vrij te stellen. Op deze wijze wordt *in fiscalibus* de gehele rentestroom *de facto* geëlimineerd. De uitkomst van de hierboven beschreven handelswijze is in mijn ogen *contrair* aan hetgeen beoogd wordt op basis van het totaalwinstbeginsel/*arm's-length*-beginsel: belastingheffing van concernvennootschappen als ware het onafhankelijke partijen. Waar immers bij het objectieve totaalwinstbeginsel/*arm's-length*-beginsel de onafhankelijkheidsfictie van belang is²²⁸, haakt de staatssecretaris hier juist aan bij de gedachte dat de totaalwinst op concernniveau van belang is. Door immers een probleem bij de concern-crediteur op te lossen, terwijl dit probleem ontstaan is bij de concern-debiteur, geeft de staatssecretaris impliciet aan dat het er niet toe doet bij welke concernvennootschap welke winst valt. Zolang de totale winst binnen (nationaal) concernverband maar niet geraakt wordt. Frappant is dat deze concerngedachte/verlengstukgedachte nou net geacht wordt (één van) de (twee) dragende grond(en) voor de deelnemingsvrijstelling te zijn²²⁹. De imputatie-rentestroom wordt *de facto* – vergelijkbaar aan hetgeen op basis van art. 10 lid 1 sub d jo. lid 4 Wet VPB 1969 (oud) geschiedde – omgevormd naar fiscaal eigen vermogen.

Voor de derde vorm van overinclusiviteit tot slot, overinclusiviteit in internationale situaties, wordt vooralsnog geen eenduidige oplossing geboden. Bij de parlementaire behandeling van art. 10 lid 4 Wet VPB 1969 (oud) werd weliswaar toegezegd dat overleg bij optredende internationale dubbele belastingheffing tot de mogelijkheden behoort²³⁰. Er vanuit gaande dat deze toezegging ook geldt voor het huidige art. 10b wet VPB 1969, blijft het feit dat met een duidelijke regeling in het artikel zelf meer rechtszekerheid geboden had kunnen worden dan bij de afhankelijkheid van de uitkomst van een bilateraal

²²⁶ Zie hierover uitgebreid H2.

²²⁷ Zie hiervoor §2.8.

²²⁸ Zie hiervoor de in H2 besproken arresten op basis van het totaalwinstbeginsel en art. 8b Wet VPB 1969 voor het *arm's-length*-beginsel.

²²⁹ De andere grond voor het hanteren van een deelnemingsvrijstelling voor deelnemingsdividenden is het zogenoemde *ne-bis-in-idem*-beginsel. Zie o.a.: H. Vermeulen, *Vennootschapsbelasting*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2013, §2.4.0.

²³⁰ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 39. hierbij doelt de staatssecretaris op de zogenaamde '*Mutual Agreement*'-procedure (art. 26 OMV) of een overlegprocedure op basis van het Europese arbitrageverdrag: Mededeling 2009/C van de Raad van 30 december 2009, (Arbitrageverdrag) *PbEU* 2009 C, 322/1. Beide overlegprocedures zijn van belang bij het met behulp van art. 9 OMV voorkomen van economisch dubbele belastingen. Zie voor de internationale aspecten van dit onderzoek H4.

overleg²³¹. Het ontbreken van een dergelijke regeling zorgt mijns inziens voor onnodig veel (potentiële) onzekerheid omtrent aftrekbaarheid van rente in niet-misbruiksituaties. Bij deze vorm is wederom dezelfde vorm van onevenwichtigheid waar te nemen als in paragraaf 2.2.4 bij de bespreking van de ‘oude’ Kosten-arresten – en zoals hierboven in paragraaf 3.3.6.4 nogmaals aangehaald – reeds geconstateerd. Wederom is sprake van een lagere rente-aftrekbeperking dan hetgeen belast bij de crediteur.

3.3.6.7 *Vergoedingen: samenvattend*

In deze paragraaf heb ik een economisch raamwerk opgebouwd van datgene wat mijns inziens heeft te gelden als een vergoeding in de zin van art. 10b Wet VPB 1969. In mijn ogen is dat al hetgeen een vergoeding vormt voor de tijd dat de geldverstrekker zijn geld kwijt is (waaronder een vergoeding voor inflatie) en al hetgeen een vergoeding vormt voor (vershoven) risico dat een geldverstrekker over de lening loopt. Enkele voorbeelden hiervan zijn: een extra vergoeding voor het tussentijds verlengen van de looptijd van de lening door de debiteur, valutaresultaten over de te betalen rente op de lening en termijnpremies die door de debiteur betaald worden in het kader van een valutatermijncontract. Transactiekosten gemaakt bij het afsluiten van een valutatermijncontract behoren hier niet toe. Daarnaast heb ik geconstateerd dat slechts een onzakelijk lage vergoeding leidt tot een aftrekbeperking en niet een onzakelijk hoge vergoeding. Ook heb ik geconstateerd dat niet geregeld is wat er dient te gebeuren indien de (hoogte van) de vergoeding dusdanig wijzigt dat de lening in beginsel zou dienen te transformeren van een 10b-lening naar een gewone lening of andersom. Met *Bouwman* ben ik van mening dat een tussentijdse aanpassing van de rente tot een onzakelijk niveau of renteloosheid alsnog leidt tot de aftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969. Een omgekeerde situatie heeft het tegenovergestelde effect. Tot slot heb ik geconstateerd dat door het beperken van zowel de door debiteur daadwerkelijk betaalde vergoeding als de bij de debiteur geïmputeerde vergoeding drie vormen van overinclusiviteit ontstaan. Deze drie vormen zijn te vinden in: zowel nationale als internationale situaties, doordat ook de daadwerkelijk betaalde vergoeding - die, naar men mag aannemen, in ieder geval belast wordt bij de crediteur – in aftrek beperkt wordt; nationale situaties, doordat in deze situaties de rente bij de crediteur geïmputeerd wordt op basis van art. 8b Wet VPB 1969 en tot slot internationale situaties in het geval bij de buitenlandse crediteur wel een zakelijke rente geïmputeerd wordt.

3.3.7 *Waardemutaties*

3.3.7.1 *Inleiding*

Na in de vorige paragraaf het begrip ‘vergoedingen’ doorgelicht te hebben, ga ik in deze paragraaf in op wat een waardemutatie is. Daarnaast zal ik ingaan op de vraag of een (per saldo) positieve waardemutatie leidt tot een vrijgesteld bedrag door toepassing van art. 10b Wet VPB 1969.

²³¹ Zie in dit verband ook: ‘J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*’, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 197.

3.3.7.2 Waardemutaties

Het eerste wat ik vrij zeker kan stellen is dat waardemutaties in ieder geval – althans, in de ogen van de wetgever - geen vergoedingen zijn. Het naast elkaar opnemen van beide termen in art. 10b Wet VPB 1969 lijkt mij voldoende ondersteuning hiervoor. Aldus is, in de visie van de wetgever, hetgeen dat ik in bovenstaande paragraaf aangemerkt heb als vergoeding geen waardemutatie. Blijft de vraag open wat wel heeft te gelden als waardemutatie. In de parlementaire behandeling bij zowel art. 10 lid 1 sub d (oud) als bij art. 10b Wet VPB 1969 komt dit niet aan de orde. *Brandsma* stelt in het kader van art. 10 lid 1 sub d Wet VPB 1969 (oud) dat het gaat om oprenting van een schuld in de tijd of om waardemutaties die zich voordoen als gevolg van valutaresultaten. De eerste vorm van waardemutatie waar *Brandsma* het over heeft, komt voort uit de fiscale behandeling van laagrentende en/of langlopende schulden. Voor schulden geldt als hoofdregel dat deze tegen nominale waarde (zijnde de omvang van de overeengekomen hoofdsom) op de balans opgenomen dienen te worden. Betreft het echter laagrentende en/of langlopende schulden, dan dient, ingeval de contante waarde in belangrijke mate afwijkt van de nominale waarde (>10%), de schuld tegen contante waarde op de balans verantwoord te worden. De jaarlijkse oprenting van de schuld, tot aan de nominale waarde op het eind van de looptijd geldt per jaar als fiscale last.²³² Deze oprenting heeft dus te gelden als waardemutatie in de zin van art. 10b Wet VPB 1969. Gezien het feit dat leningen die onder art. 10b Wet VPB 1969 vallen per definitie laagrentend zijn, zullen dergelijke (niet-aftrekbare) waardemutaties zich steeds voordoen. Ik ben van mening dat dit economisch gezien reeds onderdeel is van de ‘vergoeding’ zoals in paragraaf 3.3.6 besproken. Wat daarvan ook zij, deze waardemutatie is – terecht – niet aftrekbaar. De vraag blijft wel of het opnemen van deze term in art. 10b Wet VPB 1969 niet bewerkstelligt *de facto* twee keer een (stel) negatieve waardedaling in aftrek beperkt wordt? Namelijk: de eerste maal bij het in aftrek beperken van de vergoeding en de tweede maal bij het uitsluiten van aftrek van de waardemutatie zelf.²³³

De tweede vorm van waardemutaties waar *Brandsma* gewag van maakt, is vergelijkbaar met de problematiek die ik in de vorige paragraaf heb besproken. Het verschil zit in het feit dat het daar ging om valutarisico op de vergoedingen, en in dit geval om valutarisico op de hoofdsom van de lening. Stel dat de hoofdsom groot €1.000.000,- is op het moment van aangaan van de schuld. De debiteur heeft als primaire valuta de euro. Op het moment van aangaan van de lening is de wisselkoers als volgt: \$1 = €1, de waarde van de schuld op de fiscale balans is aldus €1.000.000,-. Een jaar later echter, is de wisselkoers als volgt \$1 = €1,1. De waarde van de schuld is nu (1.000.000 * 1,1 =) €1.100.000,-. Het bedrag in euro's dat de debiteur dient te voldoen is met €100.000,- toegenomen, als gevolg hiervan mag de debiteur op basis van goedkoopmansgebruik een verlies van €100.000,- in aanmerking nemen. Is dit echter een verlies op een 10b-lening, dan is het verlies (de waardemutatie) niet aftrekbaar. Net zoals valutarisico op vergoedingen, kan valutarisico op de hoofdsom afgedekt worden. *Mutatis mutandis* werkt dat op dezelfde manier uit als in bovenstaande paragraaf besproken bij vergoedingen. Over de kosten van dergelijke afdekinstrumenten merkte de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van art. 10 lid 1 sub d Wet VPB (oud) op: ‘*de aftrekbeperking van het voorgestelde artikel 10, eerste lid, onderdeel d, (VM: heeft) betrekking op de*

²³² M.L.M. van Kempen & P.H.J. Essers, ‘*Inkomstenbelasting*’, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, § 3.2.20.B.b.

²³³ In §6.2.6 van dit onderzoek ga ik hier uitgebreider op in.

(...) *de waardemutaties van de lening. De genoemde afdekkingsinstrumenten* (VM: op de rente- en valutarisico's die aan een hoofdsom van de lening zijn verbonden) *maken geen deel uit van de relatie tussen degene die de lening heeft verstrekt en degene die de lening is aangegaan, met andere woorden zij maken geen deel uit van de lening. De kosten van die instrumenten vallen derhalve – mits aangegaan onder normale zakelijke omstandigheden – niet onder de aftrekbeperking*'.²³⁴ Ik vraag me af of hetgeen de staatssecretaris stelt daadwerkelijk klopt. De stelling dat afdekinstrumenten zelf geen deel uitmaken van de relatie tussen debiteur en crediteur behoeft mijns inziens weliswaar geen betoog, de daaraan verbonden conclusie dat deze daarom geen deel uitmaken van de lening lijkt wat kort door de bocht. Zoals immers in de vorige paragraaf besproken, ben ik van mening dat er wel degelijk een verband bestaat tussen het bedrag wat betaald wordt aan premie voor het afdekken van risico enerzijds en de vergoeding op een lening anderzijds. Naar mijn mening zouden daarin, in het geval de keuze gemaakt wordt om valutaresultaten op de hoofdsom van een 10b-lening in de sfeer van art. 10b Wet VPB 1969 te trekken, tevens (premie)kosten op afdekinstrumenten van dit valutarisico meegenomen moeten worden. Wat daar ook van zij, ingevolge het hierboven aangehaalde citaat uit de parlementaire behandeling zijn kosten van afdekinstrumenten 'gewoon' aftrekbaar en winsten op afdekinstrumenten belast. Dit is onevenwichtig. Het feit *an sich* dat de staatssecretaris waardemutaties als gevolg van valutaschommelingen ook onder art. 10b Wet VPB 1969 heeft willen scharen doet vermoeden dat de staatssecretaris ook op dit gebied het gevaar van manipulatie waarneemt dat dientengevolge met toepassing van dit artikel bestreden moet worden. De vraag is in hoeverre dit terecht is. In principe hebben belastingplichtigen geen controle over de ontwikkeling van valutakoersen. Als belastingplichtigen over perfecte informatie omtrent de toekomst beschikken en zij tevens de mogelijkheid hebben om een verlies bij de debiteur naar believen op te laten komen, valt wellicht nog hard te maken dat het voordelig is verliezen bij de debiteur te forceren door leningen af te sluiten in de in de toekomst in waarde stijgende valuta (niet zijnde de primaire valuta van de debiteur). Belastingplichtigen beschikken echter niet over perfecte informatie over toekomstige valutakoersen. Zodoende lijkt het schier onmogelijk om misbruik te maken van valutaresultaten op de hoofdsom. Voorgaande in tegenstelling tot valutaresultaten op de vergoedingen die als zodanig integraal onderdeel uitmaken van de te imputeren vergoeding. Art. 10b Wet VPB heeft wat mij betreft hiermee een te breed bereik.

3.3.7.3 Aftrekbeperking of vrijstelling?

Bezien we de tekst van art. 10b Wet VPB 1969 - *komen bij het bepalen van de winst (...) waardemutaties van die lening niet in aftrek* – dan rijst de vraag of slechts negatieve waardemutaties buiten de winstsfeer blijven c.q. niet aftrekbaar zijn, of dat ook positieve waardemutaties buiten de winstsfeer c.q. onbelast blijven. De tekst lijkt enerzijds door het gebruik van de zinsnede '*niet in aftrek*' te suggereren dat slechts negatieve waardemutaties niet aftrekbaar zijn²³⁵. Het woord '*waardemutaties*' suggereert daarentegen het

²³⁴ *Kamerstukken I 2001/2002*, 28 034, nr. 123b (NnavV), p. 7.

²³⁵ Overigens betogen *Reinoud en de Wit* in het kader van al dan niet symmetrisch behandelen van valutaresultaten onder art. 10a Wet VPB 1969 dat in de fiscaliteit begrippen vaker symmetrisch geïnterpreteerd worden in afwijking van het normale spraakgebruik: '*Zo wordt aan de begrippen "voordelen", "belastbare winst" en "inkomsten" ook een symmetrische betekenis gegeven.*' Aldus stellen zij dat de zinsnede '*niet in aftrek komen*' geen beletsel hoeft te zijn voor het symmetrisch behandelen van valutaresultaten. Zie: H. Reinoud & R. de Wit, '(a)symmetrie bij de behandeling van valutaresultaten op 10a-schulden', *WFR* 2009/110.

tegendeel. In art. 10 eerste volzin jo. sub d Wet VPB 1969 (oud) was de formulering als volgt: ‘*komen niet in aftrek (...) waardemutaties van de lening*’. In de parlementaire behandeling laat de staatssecretaris als volgt optekenen: ‘*De term waardemutaties in de voorgestelde wettekst omvat zowel positieve als negatieve mutaties. Een afwaardering bij de schuldenaar van een schuld tot onder de nominale waarde leidt derhalve niet tot te belasten winst en een opwaardering van zo’n afgewaardeerde schuld leidt derhalve niet tot een in aanmerking te nemen verlies*’²³⁶. Gezien het feit de wetgever met art. 10b Wet VPB 1969 een opvolger, van art. 10 lid 1 sub d jo. leden 2 t/m 4 Wet VPB 1969 (oud), in het leven heeft beoogd te roepen lijkt het aannemelijk dat dit ook geldt voor art. 10b Wet VPB 1969. Ware het niet dat in de parlementaire behandeling bij art. 10b Wet VPB de staatssecretaris stelt: ‘*Artikel 10b is bedoeld als een disinsentive voor het verstrekken van geldleningen onder onzakelijke voorwaarden in concernverband. Het onbelast laten van positieve waardemutaties is niet met deze strekking in overeenstemming*’²³⁷. Dat hier de zoveelste onevenwichtige situatie ontstaat, behoeft mijns inziens geen verder betoog.

Het is overigens nog maar zeer de vraag of de hierboven aangehaalde passage verdedigbaar is na het op 12 februari 2012 door de Hoge Raad gewezen arrest²³⁸ inzake valutaresultaten bij een 10a-lening. In dit arrest was de vraag aan de orde hoe omgegaan dient te worden met valutaresultaten op een lening die onder de werking van art. 10a Wet VPB 1969 valt. Allereerst oordeelde de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.2.2 van dit arrest dat valutawinsten (in 10b-termen: waardemutaties) gesaldeerd dienen te worden met de renten van de lening en met eventuele valutaverliezen (bij art. 10b Wet VPB 1969: met andere waardemutaties). In rechtsoverweging 4.3.4 bevestigde de Hoge Raad vervolgens de zienswijze van de rechtbank: het positieve bedrag aan valutawinsten dat overblijft na saldering dient vrijgesteld te worden. Vraag is of dit toepasbaar is op art. 10b Wet VPB 1969. Beide regelingen hebben een antimisbruikarakter, zien op leningen in gelieerde verhoudingen en maken een inbreuk op totaalwinst. Daarnaast wordt bij beide regelingen de zinsnede ‘komen niet in aftrek’ gebruikt. Zowel het in art. 10a Wet VPB 1969 gebruikte ‘resultaten’ als het in art. 10b Wet VPB 1969 gebruikte ‘mutaties’ is slechts vatbaar voor een algebraïsche interpretatie. De Hoge Raad draagt als ondersteuning voor haar uitspraak aan dat valutaresultaten onvoorspelbaar zijn en daarmee het gevaar van misbruik niet met zich brengen. Aldus is het volgens de Hoge Raad niet redelijk valutawinsten (*de facto*) niet vrij te stellen. Daarnaast gaat de Hoge Raad in op het karakter van art. 10a als zijnde een ‘totaalwinstartikel’. Kort weergegeven komt hetgeen de Hoge Raad daar gesteld heeft neer op het volgende: indien slechts valutaverliezen niet aftrekbaar zijn, en valutawinsten wel belast, dan is dit een onnodige extra inbreuk op totaalwinst, waardoor deze niet meer gelijk is aan de som van de jaarwinsten.²³⁹ In het licht van dit arrest zou mijns inziens hetzelfde te gelden hebben voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969.²⁴⁰ Als extra ondersteuning kan aangedragen worden dat uitspraken in de parlementaire behandeling bij art. 10b Wet VPB tegenstrijdig zijn. Enerzijds stelt de staatssecretaris immers dat art. 10b Wet VPB een voortzetting is van het oude art. 10 lid 1 sub d jo. lid 4. Dat zou inhouden dat waardemutaties symmetrisch behandeld

²³⁶ *Kamerstukken I 2001/2002*, 28 034, nr. 123b (NnavV), p. 7.

²³⁷ *Kamerstukken I 2006/2007*, 30 572, H (Brief van de Staatssecretaris van Financiën), p. 2.

²³⁸ Hoge Raad 24 februari 2012, nr. 10/03465, *BNB* 2012/229

²³⁹ Hoge Raad 24 februari 2012, nr. 10/03465, *BNB* 2012/229, ro. 4.3.3.

²⁴⁰ Zie voor een vergelijkbaar standpunt: F. Elsweier & J. van Strien, ‘Valutawinsten en renteaftrekbepalingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012, *WFR* 2012/628.

moeten worden (zie hierboven), anderzijds poogt de staatssecretaris middels de hierboven aangehaalde passage het tegenovergestelde te bereiken. Deze ongerijmdheid, in combinatie met de uitspraak van 24 februari van de Hoge Raad inzake valutaresultaten bij een 10a-lening, ondersteunen de conclusie dat waardemutaties symmetrisch behandeld dienen te worden voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969: verliezen niet aftrekbaar, winsten vrijgesteld.²⁴¹

3.3.7.3 Waardemutaties: samenvattend

In deze paragraaf ben ik ingegaan op wat waardemutaties zijn. Waardemutaties zijn winsten en verliezen als gevolg van oprenting van de contante waarde tot aan nominale waarde van de schuld en valutaresultaten op de hoofdsom van een schuld. Resultaten op afdekinstrumenten van valutarisico op de hoofdsom behoren niet tot dergelijke waardemutaties. Daarnaast heb ik geconstateerd dat waardemutaties op een 10b-lening symmetrisch behandeld moeten worden. Dit om te waarborgen dat de totaalwinst van de debiteur gelijk blijft aan de som der jaarwinsten van de debiteur. De tegenstrijdige uitspraak van de staatssecretaris in de parlementaire behandeling van art. 10b Wet VPB 1969 heb ik niet doorslaggevend geacht.

3.4 Toetsing evenwichtigheid en *overkill*

3.4.1 Inleiding

In de inleiding van dit hoofdstuk heb ik aangegeven dat ik in dit hoofdstuk art. 10b Wet VPB 1969 toets op evenwichtigheid, effectiviteit en efficiëntie.²⁴² In deze paragraaf richt ik me op evenwichtigheid en *overkill*, waarmee ik in feite toets hoe rechtvaardig en efficiënt de regeling is. Ik toets de regeling zoals deze op dit moment werkt. Als, bij de toetsing van diverse elementen, doel en strekking in strijd zijn met de letterlijke tekst van art. 10b, dan prevaleren doel en strekking van de wet voor zover een dergelijke teleologische interpretatie van de tekst redelijkerwijs mogelijk is. Zijn tekst en toelichting (van de staatssecretaris) bij art. 10b wet VPB 1969 niet in overeenstemming met latere jurisprudentie, dan prevaleert de jurisprudentie. Voor de toetsing in deze paragraaf accepteer ik tijdelijk als gegeven dat het probleem waar art. 10b Wet VPB 1969 op ziet daadwerkelijk een probleem is wat opgelost dient te worden.

De regeling is evenwichtig indien bijvoorbeeld door de belastingplichtige in het geval van waardemutaties niet slechts waardedalingen, maar ook waardestijgingen buiten de winstsfeer geplaatst worden. Een onevenwichtigheid weegt in mijn ogen zwaarder als kritiekpunt op art. 10b Wet VPB 1969 indien de rechtvaardiging voor de oorzaak van de onevenwichtigheid slecht gemotiveerd, schimmig of niet aanwezig blijkt te zijn. Als voorbeeld wil ik wederom noemen het plaatsen van waardedalingen op een 10b-lening buiten de winstsfeer terwijl waardestijgingen op een 10b-lening niet buiten de winstsfeer

²⁴¹ Overigens verdient het volgende nog een vermelding. Bij de parlementaire behandeling van art. 131 Wet VPB 1969 staat het volgende: 'De behandeling van valutaresultaten voor de toepassing van artikel 10a en artikel 10b wordt, mede in verband met het arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2012, nog bezien.' Zie: *Staatscourant* 28 juni 2012, 12 696 (Voorstel van wet). Bij mijn weten is deze in het vooruitzicht gestelde herziening nog niet aan de orde geweest. Wel zou afgeleid kunnen worden uit deze passage dat de staatssecretaris eveneens van mening is dat de uitkomst van het arrest van toepassing is op art. 10b Wet VPB 1969.

²⁴² In §3.5 richt ik me op *underkill*. Daar toets ik hoe effectief de regeling is

gehouden worden²⁴³ omdat – zonder duidelijke motivering – aangenomen wordt dat de belastingplichtige, die een lening heeft die onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 valt, malafide is (d.w.z.: een misbruikoogmerk heeft). Mij blijkt nergens uit of/waarom per definitie sprake van misbruik is in het geval van een 10b-lening, waarmee ik deze onevenwichtigheid zwaar aansla. Als ik concludeer tot onevenwichtigheid, is er sprake van beperkte rechtvaardigheid. In navolging van *Bijl en Van der Geld*²⁴⁴ acht ik *overkill* aanwezig in het geval art. 10b Wet VPB 1969 te ruim werkt ten opzichte van wat de wetgever bij de introductie van dit artikel voor ogen had. Met andere woorden, als art. 10b Wet VPB 1969 meer rente in aftrek beperkt of dit bij meer belastingplichtigen doet dan beoogd werd door de wetgever, is er sprake van *overkill*. De regeling is dan niet efficiënt. Net als *Bijl en Van der Geld* doel ik met *overkill* slechts op vermijdbare, (door de wetgever) onwenselijke overinclusiviteit. Overinclusiviteit betekent dat een wet meer raakt dan slechts malafide belastingplichtigen of dat – in het geval van dit onderzoek – meer rente in aftrek beperkt wordt dan strikt noodzakelijk voor het behalen van doel en strekking van de wet. Deze overinclusiviteit is vermijdbaar indien het mogelijk is de wetgeving dusdanig vorm te geven dat bonafide belastingplichtigen buiten schot blijven en de kosten (in de uitvoeringssfeer) van deze vormgeving de baten (zijnde het uitschakelen van onbeoogde effecten) niet overschrijden. Overinclusiviteit is tot slot onwenselijk in het geval de nadelen van de *overkill* (het raken van gevallen buiten doel en strekking van de wet) de voordelen (rechtszekerheid door duidelijke simpele wetgeving) overstijgen.

Ik zal de hierboven geformuleerde toetsing, gelijk als in de vorige paragraaf, loslaten op de volgende categorieën/elementen: gelieerdheid, geldlening, looptijd, vergoeding en waardemutaties. Deze categorieën verdeel ik vervolgens onder in de subcategorieën zoals ik deze uit paragraaf 3.3 destilleer. Ik zal de categorieën zoveel als mogelijk beoordelen op hun eigen merites. Ik veronderstel zogezegd bij de beoordeling van het ene sub-element, alle andere sub-elementen *ceteris paribus*. Ik zal in de analyse zo beknopt mogelijk blijven. Voor een uitgebreide behandeling van de diverse elementen verwijs ik naar paragraaf 3.3. Aan het einde zal ik een samenvattend schema geven.

3.4.2 *Gelieerdheid*

De eerste subcategorie bij gelieerdheid is de wijze waarop deze is vormgegeven. Of de vormgeving evenwichtig is, is in dezen een toets die moeilijk aan te leggen is omdat het bij gelieerdheid een kwestie van alles of niets is. Je bent wel gelieerd of je bent het niet. De wijze waarop gelieerdheid vormgegeven is, heeft in ieder geval niet tot gevolg dat art. 10b Wet VPB 1969 onevenwichtig uitwerkt. Wel bestaat er bij gelieerdheid een risico op overinclusiviteit. Het is niet gezegd dat in alle gevallen belastingplichtigen die met elkaar gelieerd zijn hun rente daadwerkelijk manipuleren om een voordeel te behalen. Deze overinclusiviteit lijkt niet vermijdbaar door aanpassingen in de vormgeving van het concept gelieerdheid. Uiteraard is deze vorm van overinclusiviteit niet wenselijk. Immers, de norm is open (rechtszekerheid is

²⁴³ Althans, dit is de door de staatssecretaris voorgestane benadering. Ik ben van mening dat een dergelijke benadering niet houdbaar is in het licht van hetgeen besproken in §3.3.7.3.

²⁴⁴ D.B. Bijl & J.A.G. van der Geld, *Overkill in fiscale wet- en regelgeving*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 237, Deventer: Kluwer 2009, p. 5.

laag) én heeft het risico in zich bonafide gevallen te raken. Er is sprake van onvermijdbare, onwenselijke overinclusiviteit. Er is in dit opzicht dus geen *overkill*.

De tweede subcategorie bij gelieerdheid is hetgeen gebeurt bij een tussentijdse wijziging van de gelieerdheid. Een dergelijke wijziging heeft mijns inziens tot gevolg dat art. 10b Wet VPB 1969 niet meer van toepassing is. Op zichzelf zal deze behandeling niet onevenwichtig uitwerken. In het geval art. 10b Wet VPB 1969 inderdaad niet meer van toepassing is indien partijen niet meer gelieerd zijn acht ik overinclusiviteit niet aanwezig, waarmee geen sprake is van *overkill*.

3.4.3 *Geldlening*

Bij de geldlening zal ik slechts de vormgeving van de geldlening bekijken. Uit de parlementaire behandeling werd niet geheel duidelijk wat exact bedoeld wordt met een lening. Slechts duidelijk wordt dat het niet om een normale rct gaat. Gezien de omschrijving die de staatssecretaris in de parlementaire behandeling geeft van een ‘gewone rct’ lijkt hij te menen dat een rct, waar sprake is van een ‘onzakelijke’ rente alsnog ‘gewoon’ onder de beperkende werking van art. 10b Wet VPB 1969 valt. Ik heb beredeneerd dat dit niet redelijk lijkt. Een misbruikmotief lijkt in die gevallen in het geheel niet aan de orde. Ik ben dan ook van mening dat hier sprake is van een onwenselijke vorm van overinclusiviteit. Deze overinclusiviteit is vermijdbaar door rct’s uit te sluiten van de werking van art. 10b Wet VPB 1969. Er is aldus sprake van *overkill*. Ik heb beredeneerd dat het gaat om civiele leningen – waar mijns inziens eeuwigdurende renten niet onder vallen – niet zijnde één van de drie in BNB 1988/217 geformuleerde uitzonderingen op die civiele hoofdvorm of leningen die reeds onder art. 10a Wet VPB 1969 vallen. Echter, zekerheid over de juistheid van mijn analyse heb ik niet. Hierdoor is onduidelijk of de regeling evenwichtig uitwerkt. Eveneens door de onduidelijkheid van de vormgeving bestaat er – naast de hierboven reeds geconstateerde *overkill* – een tweede risico op overinclusiviteit. Deze overinclusiviteit lijkt vermijdbaar door een limitatieve lijst aan leningen op te nemen die kunnen kwalificeren als een 10b-lening. Ik denk echter dat de kosten in de uitvoeringssfeer hiervan, bestaande uit toegenomen mogelijkheid tot structureren door de opname van een limitatieve lijst, hoger zijn dan de baten van het wellicht niet treffen van bonafide belastingplichtigen. Deze overinclusiviteit is dus niet vermijdbaar. Met betrekking tot de wenselijkheid geldt hetzelfde als ik hierboven stelde met betrekking tot de vormgeving van gelieerdheid: de overinclusiviteit is wel onwenselijk. Er is op dit gedeelte van de vormgeving van wat een lening is geen sprake van *overkill*.

3.4.4 *Looptijd*

Het feit dat gekozen is voor een 10-jaarstermijn werkt willekeurig en onevenwichtig uit. Op geen enkele manier wordt duidelijk waarom de 10-jaarstermijn gekozen is. Daarnaast kan een verschil in één dag in de looptijd het verschil betekenen tussen een volledige aftrekbeperking en geen aftrekbeperking. Lang niet alle leningen met een looptijd van meer dan 10 jaar zijn noodzakelijkerwijs aangegaan vanuit malafide overwegingen. De termijn herbergt dus overinclusiviteit in zich. Het lijkt mogelijk door met een betere motivering een langere looptijd of een geheel ander criterium aan te leggen voor deze renteaftrekbeperking. Deze overinclusiviteit is dus vermijdbaar. Onder een dergelijke veranderde

wetgeving hoeft de rechtszekerheid niet noodzakelijkerwijs te lijden en dus is de overinclusiviteit onwenselijk. Er is sprake van *overkill*.

De benadering zoals ik deze geschetst heb, waarbij gekeken wordt naar de overeenkomst en de op andere wijze blijkende intentie van de belastingplichtige heeft een evenwichtige werking tot gevolg. Deze wijze van benadering zorgt ervoor dat de regeling alleen maar werkt als belastingplichtigen daadwerkelijk een looptijd van langer dan 10 jaar beogen overeen te komen. Onder de aanname dat leningen, overeengekomen in concernverband, die een langere looptijd hebben dan 10 jaar en een te lage vergoeding slechts door malafide belastingplichtigen verstrekt worden, is er geen sprake van overinclusiviteit en daarmee niet van *overkill*.

Bij een verlenging van de looptijd kan de renteaftrekbepanking met terugwerkende kracht in werking treden voor een lening die voorheen nog niet ‘besmet’ was. Bij een verkorting van de looptijd wordt de renteaftrekbepanking slechts in de toekomst uitgeschakeld bij ontsmetting van een geldlening. Het verleden wordt dan niet gecorrigeerd. Daarnaast heeft terugwerkende kracht relatief gezien meer effect voor een lening die pas in zijn 9^e levensjaar verlengd wordt dan voor een lening die in zijn 2^e levensjaar verlengd wordt door een beperkte mogelijkheid van navorderen. Dit is bijzonder onevenwichtig.

Het feit dat geen terugwerkende kracht wordt verleend aan leningen, waarvan de looptijd tussentijds verkort wordt, zorgt ervoor dat leningen getroffen worden die de regeling strikt geredeneerd niet behoort te treffen. Uit de parlementaire behandeling wordt echter duidelijk dat dit bedoeld is als *disincentive* voor het verstrekken van dergelijke leningen. Blijkbaar acht de wetgever dit met het oog op doel en strekking van art. 10b Wet VPB 1969 noodzakelijk. Ik ben van mening dat de misbruikpresumptie van de wetgever niet dusdanig gestaafd wordt door bewijzen van aanwezigheid van misbruik, dat deze presumptie grond kan vormen voor het aanwezig zijn van een dergelijke *disincentive*. Feit blijft dat deze *disincentive* beoogd is. Dit deel van de regeling bevat dus geen overinclusiviteit en geen *overkill*.

Een partiële aflossing gevolgd door een verlenging van de looptijd heeft tot gevolg dat slechts een evenredig deel van de vergoeding op het nog niet afgeloste deel geraakt wordt door de terugwerkende kracht. Dit lijkt mij evenwichtig. Er bestaat mijns inziens geen risico op overinclusiviteit.

3.4.5 Vergoeding

Voor het hanteren van een afwijking van 30% geldt mijns inziens *mutatis mutandis* dezelfde redenering als voor het hanteren van een looptijd van 10 jaar. Er is dus sprake van een onevenwichtig uitwerkend element en er is sprake van *overkill*.

De wijze van benadering van de vergoeding die overeengekomen is tussen belastingplichtige en diens concernrelatie, zorgt ervoor dat verder gekeken wordt dan slechts naar de gesloten overeenkomst. Ook de op andere wijze blijkende intentie van de partijen omtrent de hoogte van de vergoeding dient in ogenschouw genomen te worden. Zowel wanneer op basis van het laatste blijkt dat de ‘werkelijk’ beoogde vergoeding hoger is als wanneer deze lager blijkt te zijn dan hetgeen in de hoofdovereenkomst overeengekomen, geldt dat de lagere dan wel hogere vergoeding bepalend is voor art. 10b Wet VPB 1969.

Dit is evenwichtig. Deze benadering zorgt er tevens voor dat het risico dat ‘te veel’ belastingplichtigen getroffen worden door art. 10b op basis van dit element niet aanwezig is. Er is geen sprake van *overkill*.

De materiële benadering – door middel van de woorden ‘*rehtens dan wel in feite*’ – van wat vergoedingen behoren te zijn, heeft mijns inziens tot gevolg dat veel als mogelijk aangesloten wordt bij de economische realiteit. Dit zorgt er enerzijds voor dat een benadering ontstaat die zoveel mogelijk toegesneden is op de specifieke situatie van de belastingplichtige, waarbij uiteraard de concernrelatie geen rol dient te spelen. Anderzijds legt het bepalen van een dergelijke economische vergoeding voor een lening veel administratieve druk op de belastingplichtige, die door middel van art. 8b. Wet VPB 1969 hierin de zwaarste bewijslast heeft.²⁴⁵ Daarnaast komt deze bijzonder open norm de rechtszekerheid van het belastingplichtige lichaam niet ten goede. Ik ben dan ook van mening dat in de bepaling van een *at-arm's-length* vergoeding een belangrijk pijnpunt in de categorie vergoeding is gelegen. Het gaat om het kwantificeren van het risico dat een crediteur loopt op waardevermindering van zijn vordering. Waar onafhankelijke derden de vrijheid hebben om een dergelijke vergoeding overeen te komen op basis van subjectieve inzichten, is de exercitie van het bepalen van de risicopremie bij gelieerde partijen in verregaande mate geobjectiveerd. Dit heeft tot gevolg dat gelieerde partijen schijnbaar gedwongen worden in fiscaal opzicht zakelijker te handelen dan onafhankelijke partijen. Dit is mijns inziens niet evenwichtig, gelieerde partijen worden immers gedwongen een disproportioneel uitgebreidere analyse te doen om te komen tot een dergelijke vergoeding ten opzichte van niet gelieerde partijen. Daarnaast brengt deze maatregel met zich mee dat het risico bestaat dat geoordeeld wordt dat een vergoeding meer dan 30% lager is dan een ‘zakelijke’ vergoeding op basis van jurisprudentie, terwijl deze afwijking wellicht ten opzichte van een ‘daadwerkelijk gevraagde vergoeding’ in het economisch verkeer minder dan 30% is. Op deze manier bestaat het risico dat leningen getroffen worden die art. 10b Wet VPB 1969 niet beoogt te treffen, er is dus sprake van een risico op overinclusiviteit. Ik vraag me echter af of het mogelijk is om dit te voorkomen binnen het huidige fiscale systeem. Ik ben bang dat het antwoord op deze vraag ontkennend dient te luiden. Evident lijkt me wel dat deze overinclusiviteit onwenselijk is. Er is aldus geen sprake van *overkill*.

De manier waarop resultaten als gevolg van een valutarisico op de vergoeding en resultaten op afdekinstrumenten van een dergelijk risico volgens mij behandeld worden is wel evenwichtig. Beide componenten maken integraal onderdeel uit van de vergoeding. Daarom worden beiden op gelijke wijze getroffen door art. 10b Wet VPB 1969. Dit lijkt mij evenwichtig omdat de vergoeding in zijn geheel al dan niet uitgesloten wordt. Op *overkill* zal ik voor deze subcategorie niet ingaan

De behandeling van de rente op een onzakelijke lening onder art. 10b Wet VPB 1969 werkt, zoals geschetst in paragraaf 3.3 theoretisch evenwichtig uit. In de praktijk zal de grens tussen wat een lening is met een ‘corrigeerbaar’ onzakelijk debiteurenrisico en een definitief ‘onzakelijk debiteurenrisico’ echter dun zijn. Zoals geschetst heeft de kwalificatie tot het één dan wel het ander grote gevolgen voor de te

²⁴⁵ Art. 8b Wet VPB 1969 stelt: ‘*De in het eerste en tweede lid bedoelde lichamen nemen in hun administratie gegevens op waaruit blijkt* (onderstreping: VM) *op welke wijze de in dat lid bedoelde verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt of er met betrekking tot de totstandgekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen*’. Zie omtrent het aspect van bewijslastverdeling met betrekking tot art. 8b Wet VPB en *arm's-length*: E.F. Faase, E.F., Wie verrekent zich nu eigenlijk? NTFR 2002/1399.

imputeren rente en de aftrekbaarheid van het verlies bij de crediteur dan wel van de rente bij de debiteur. Omdat in de praktijk nog onduidelijk is hoe verschillende elementen ten opzichte van elkaar gewaardeerd moeten worden, werkt dit potentieel onevenwichtig uit. In combinatie met grote rechtsonzekerheid volgend uit onduidelijkheid omtrent de onzakelijke lening acht ik dit zeer bezwaarlijk. Vanwege het schimmige karakter van de onzakelijke lening is het op dit moment niet mogelijk om duidelijk te zeggen hoe groot het risico op overinclusiviteit is en of deze vermijdbaar is. Daarom is het eveneens moeilijk te beoordelen hoe groot het risico op *overkill* is. Volledigheidshalve zij hier vermeld dat de kans groter is dat door de OZL jurisprudentie minder belastingplichtigen getroffen worden door art. 10b Wet VPB 1969 dan meer.²⁴⁶

Het feit dat slechts bij een te lage vergoeding art. 10b Wet VPB 1969 in werking treedt en niet bij een te hoge vergoeding zorgt dat de regeling op dit gebied in beginsel onevenwichtig uitpakt.²⁴⁷ Wel zorgt het ervoor dat geen leningen geraakt worden die niet geraakt zouden moeten worden met art. 10b Wet VPB 1969. De onevenwichtige uitwerking van het slechts toepassen van art. 10b Wet VPB 1969 bij een te lage beloning is door de wetgever beoogd en zal in veel gevallen opgelost worden in de verdragensfeer. Er is met betrekking tot deze subcategorie dus geen sprake van overinclusiviteit en dus niet van *overkill*.

Indien een vergoeding dusdanig wijzigt dat een lening in potentie besmet of ontsmet raakt, heeft dit tot gevolg dat slechts voor de toekomst gekeken wordt of de vergoeding op de lening in aftrek beperkt wordt. Deze situatie lijkt evenwichtig, immers, in het verleden bestond geen/wel risico op de *mismatch* waar art. 10b op ziet die in het verleden wel/niet in aftrek beperkt was. Voor de toekomst zal de situatie omgekeerd zijn en dienovereenkomstig behandeld worden. Er is bij dit element geen risico op overinclusiviteit en dus niet op *overkill*.

Tot slot is het feit dat niet slechts het geïmputeerde deel van de lening in aftrek beperkt wordt, maar eveneens het daadwerkelijk betaalde deel, van belang. Dit werkt in mijn ogen totaal onevenwichtig uit. In voorkomende gevallen zal immers meer belast worden dan in aftrek beperkt wordt. Van onwenselijke overinclusiviteit is echter geen sprake omdat de wetgever aangeeft dat deze sanctie onderdeel is van het wezen van art. 10b Wet VPB 1969 als zijnde een disincentive voor het verstrekken van leningen waar het artikel op ziet. Er is voor dit onderdeel van deze subcategorie dus geen sprake van *overkill*. In nationale situaties bestaat er een zekere *overkill* die echter naar ik aanneem ‘opgelost’ wordt door in voorkomende gevallen de deelnemingsvrijstelling van toepassing te verklaren bij de crediteur op in aftrek beperkte rente.²⁴⁸ Tot slot bestaat het risico op overinclusiviteit in internationale gevallen doordat in het buitenland potentieel wel rente bijgeteld wordt bij de crediteur. Deze overinclusiviteit is onwenselijk en vermijdbaar (door bijvoorbeeld een compenserende heffingstoets op te nemen²⁴⁹). De oplossing van de staatssecretaris

²⁴⁶ Zie hiervoor de in paragraaf 3.3.6.3.4 beschreven analyse.

²⁴⁷ Zie §3.3.6.4 voor een uitgebreidere analyse.

²⁴⁸ Overigens is mij niet gebleken of deze oplossing eveneens geldt voor gevallen van na 2006. Het heeft er schijn van dat dit niet het geval is. Zie voor mijn uitgebreidere analyse §3.3.6.6.

²⁴⁹ Zulks wordt bijvoorbeeld voorgesteld door *Niekel, de Gunst en Van der Linde*: S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, ‘Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen’, *FED* 2002/11. Ook *Kok en Van Sonderen* doen een dergelijk voorstel: Q.W.J.C.H. Kok & J.C.M van Sonderen, ‘Octrooiabox, groepsrentebox en renteaftrekbeperkingen’, *TFO* 2006/155.

om in de bilaterale sfeer oplossingen te zoeken acht ik niet afdoende om dit risico op *overkill* uit de weg te ruimen.²⁵⁰

3.4.6 Waardemutaties

Het feit dat waardemutaties als gevolg van oprenting van een laagrentende lening eveneens onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 komen acht ik een wenselijke situatie. Ik ben van mening dat dergelijke oprenting te gelden heeft als onderdeel van de economische vergoeding op een lening. Ik ben echter wel van mening dat opname van deze mutaties niet noodzakelijkerwijze expliciet geregeld hoeft te worden in art. 10b Wet VPB 1969 omdat dit reeds voortkomt uit de economische benadering van wat een vergoeding is. Sterker nog, gezien het feit de waardemutatie reeds onder art 10b Wet VPB 1969 valt omdat het integraal onderdeel van de vergoeding is, vraag ik me af of expliciete opname van waardemutaties in art. 10b Wet VPB 1969 niet leidt tot het dubbel ‘buiten de winstsfeer plaatsen’ van waardemutaties.²⁵¹ Ik ben geneigd te stellen dat dit het geval is. De kans bestaat daarmee dat er sprake is van overinclusiviteit, die onwenselijk. Bovendien is deze vorm van overinclusiviteit vermijdbaar door de term ‘waardemutaties’ niet in art. 10b Wet VPB 1969 op te nemen. Er is sprake van een risico op *overkill*.

Het feit dat waardemutaties op de hoofdsom als gevolg van valutaresultaten onder de antimisbruikbepaling vallen acht ik onwenselijk. Misbruik is bij onvoorspelbare valutaresultaten niet aan de orde. Ik ben daarom van mening dat de regeling op dit gebied meer raakt (de waardemutatie als gevolg van valutakoerswisselingen) dan nodig is met het oog op misbruikpreventie. Deze overinclusiviteit is onwenselijk. Bovendien is ze vermijdbaar door waardemutaties als gevolg van valutaresultaten buiten de werking van art. 10b wet VPB 1969 te plaatsen. Er is sprake van *overkill*.

Het feit dat kosten op afdekinstrumenten op rente- en valutarisico's niet aftrekbaar zijn is onevenwichtig. Indien eenmaal besloten is het risico zelf binnen de werking van art. 10b Wet VPB te plaatsen, past het niet om resultaten van afdekinstrumenten op deze risico's buiten de werking van het artikel te plaatsen. Dit is onevenwichtig.

Zowel positieve als negatieve waardemutaties op een 10b-lening worden, op basis van jurisprudentie, buiten de winstsfeer geplaatst. Dit heeft tot gevolg dat een evenwichtige situatie ontstaat. Op *overkill* zal ik voor deze subcategorie niet ingaan.

²⁵⁰ Zie ook §4.4

²⁵¹ Zie uitgebreider hetgeen nog te bespreken in paragraaf 6.2.6 hieromtrent.

3.4.7 Conclusie

Tabel 2: Rechtvaardigheid en efficiëntie art. 10b Wet VPB 1969

Categorie	Sub-categorie	Evenwichtigheid	(Risiko op) overinclusiviteit?	Vermijdbaar?	Onwenselijk?	Overkill
Gelijkeerdheid	Vormgeving	+	Ja	Nee	Ja	Nee
	Wijziging gelieerdheid	++	Nee	x	x	Nee
Geldlening	Vormgeving	?	Ja	Nee	Ja	Nee
Looptijd	10-jaarstermijn	--	Ja	Ja	Ja	Ja
	Benadering overeengekomen looptijd	++	Nee	x	x	Nee
	Wijziging looptijd	--	Nee	x	x	Nee
	Gevolgen partiële aflossing	+	Nee	x	x	Nee
Vergoeding	30% afwijking	--	Ja	Ja	Ja	Ja
	Benadering overeengekomen vergoeding	+	Nee	x	x	Nee
	Valutareresultaten	+	x	x	x	x
	Afdekinstrumenten valutarisico	+	x	x	x	x
	(Economische) benadering <i>arm's-length</i>	-	Ja	Nee	Ja	Nee
	Effect OZL-jurisprudentie	--	?	?	?	?
	Te hoge vs. te lage vergoeding	-	Nee	x	x	Nee
	Wijziging vergoeding	+	Nee	x	x	Nee
	Aftrekbeperking betaalde vergoeding	--	Nee	x	x	Nee
Aftrekbeperking geïmputeerde vergoeding	-	Ja	Ja	Ja	Ja	
Waardemutaties	Door oprenting	+	Nee	x	x	Ja
	Door valutareresultaten	-	Ja	Ja	Ja	Ja
	Afdekinstrumenten valutarisico	-	x	x	x	x
	Parallele behandeling positief en negatief	+	x	x	x	x

Zoals in de bovenstaande samenvattende tabel is te zien, werkt een groot deel van de regeling onevenwichtig uit. 5 van de 16 op *overkill* getoetste elementen draagt *overkill* met zich. Ik acht deze mate aan *overkill* en onevenwichtigheden in de regeling dusdanig groot, dat heroverwegen van het artikel op basis van deze toetsing redelijk lijkt. De regeling is op een groot aantal vlakken onrechtvaardig en niet efficiënt.

3.5 Toetsing effectiviteit

3.5.1 Inleiding

In de inleiding heb ik aangegeven dat het doel van dit hoofdstuk is om de vraag te beantwoorden wat de knelpunten zijn van art. 10b Wet VPB 1969. Als onderdeel van deze vraag zal ik in deze paragraaf kijken naar de effectiviteit van de regeling. Ik toets de regeling zoals deze op dit moment werkt. Als doel en strekking in strijd zijn met de letterlijke tekst van art. 10b, dan prevaleren doel en strekking van de wet. Zijn tekst en toelichting (van de staatssecretaris) bij art. 10b wet VPB 1969 niet in overeenstemming met latere jurisprudentie, dan prevaleert de jurisprudentie. Voor de toetsing in deze paragraaf accepteer ik als gegeven dat het probleem waar art. 10b Wet VPB 1969 op ziet daadwerkelijk een probleem is wat opgelost dient te worden.

Art. 10b Wet VPB 1969 heeft geen budgettaire, maar een preventief karakter.²⁵² Weliswaar komt dit niet-budgettaire karakter slechts naar voren bij de parlementaire behandeling van art. 10 lid 1 sub d jo. leden 2

²⁵² Zie §3.2.

t/m 4 Wet VPB 1969 (oud), en niet bij de parlementaire behandeling bij de invoering van art. 10b Wet VPB 1969. Desondanks blijkt het niet-budgettaire karakter van art. 10b Wet VPB 1969 mijns inziens voldoende uit het feit dat dit artikel een opvolger is van art. 10 lid 1 sub d jo. leden 2 t/m 4 Wet VPB 1969 (oud). Dit niet-budgettaire doel wordt nergens tegengesproken in de parlementaire behandeling bij art. 10b Wet VPB 1969. De regeling behoeft, in andere woorden, niet als ineffectief beoordeeld te worden indien blijkt dat de regeling geen opbrengsten genereert. De regeling is daarentegen wel ineffectief als datgene wat de regeling poogt te voorkomen niet voorkomen wordt. De vraag is vervolgens: wat poogt deze regeling te voorkomen? De beste benadering van een antwoord is mijns inziens tweeledig. De regeling poogt enerzijds tegen te gaan dat door internationale *mismatches* heffingslekken ontstaan. Anderzijds poogt het artikel concerns die ‘onwenselijke’ 10b-leningen verstrekken te straffen door middel van het in aftrek beperken van zowel betaalde als geïmputeerde rente bij de debiteur. Het artikel heeft dus geen budgettair, maar wel een preventief en blijkbaar een repressief karakter.

De vraag die ik in deze paragraaf stel is of de regeling daadwerkelijk de vormen van misbruik weet te bestrijden die de staatssecretaris heeft willen bestrijden. Om dat te doen ga ik kijken naar de vraag of er *underkill* aanwezig is in diverse elementen van art. 10b Wet VPB 1969 zoals in de vorige paragrafen besproken. Als tegenhanger van de in de vorige paragraaf besproken *overkill*, acht ik *underkill* aanwezig in het geval art. 10b Wet VPB 1969 niet ruim genoeg werkt ten opzichte van wat de wetgever bij de introductie van dit artikel voor ogen had. In andere woorden, als art. 10b Wet VPB 1969 minder rente in aftrek beperkt of dit bij minder leningen of belastingplichtigen doet dan beoogd werd door de wetgever, is er sprake van *underkill*. Eveneens tegenovergesteld aan de behandelde *overkill* doel ik met *underkill* slechts op vermijdbare, (door de wetgever) onwenselijke onderinclusiviteit. Onderinclusiviteit betekent dat een wet niet alle malafide belastingplichtigen raakt of dat – in het geval van dit onderzoek – minder rente in aftrek beperkt wordt dan strikt beoogd naar doel en strekking van de wet. Deze onderinclusiviteit is vermijdbaar indien het mogelijk is de wetgeving dusdanig vorm te geven dat malafide belastingplichtigen niet buiten schot blijven en de kosten (in de uitvoeringssfeer) van deze vormgeving de baten (zijnde het voorkomen van ‘ontsnappen’ aan de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969) niet overschrijden. Overinclusiviteit is tot slot onwenselijk in het geval de nadelen van de *underkill* (het niet raken van gevallen die naar doel en strekking van de wet geraakt hadden moeten worden) de voordelen (rechtszekerheid door duidelijke simpele wetgeving) overstijgen.

Ik zal de hierboven geformuleerde toetsing loslaten op de volgende categorieën/elementen: geldlening, looptijd en vergoeding. Ik zal de categorieën wederom zoveel als mogelijk beoordelen op hun eigen merites. Ik veronderstel zogezegd bij de beoordeling van het ene sub-element, alle andere sub-elementen *ceteris paribus*. Ik zal in de analyse zo beknopt mogelijk blijven, om die reden zal ik (sub-)elementen waarbij geen sprake is van *underkill* buiten beschouwing laten. Voor een uitgebreide behandeling van de diverse elementen verwijs ik naar paragraaf 3.3. Aan het einde van deze paragraaf geef ik een samenvattend schema.

3.5.2 Geldlening

Zoals aan het eind van paragraaf 3.3.1 besproken, mist art. 10b Wet VPB 1969, in het geval er daadwerkelijk een hoog risico op internationale *mismatches* is t.a.v. transacties in gelieerde verhoudingen, een belangrijk deel van de potentiële *mismatches* op dit gebied door zich te richten op dit risico bij slechts geldleningen. Op deze manier wordt de totale reikwijdte van het probleem niet bestreken. Malafide belastingplichtigen zullen hun belastingvoordeel niet meer pogen te behalen op vergoedingen op leningen, maar bijvoorbeeld door onzakelijke huren, pachten, etc. overeen te komen (vgl. de in hoofdstuk 2 besproken Kosten-arresten). Al deze transacties worden niet geraakt door art. 10b Wet VPB 1969. Dit lijkt me, nog steeds onder de aanname dat we met een reëel risico te maken hebben, een behoorlijke vorm van onderinclusiviteit. Deze onderinclusiviteit is onwenselijk en vermijdbaar (door bijvoorbeeld niet slechts leningen te noemen, maar de bredere term transacties o.i.d.). Er is op dit gebied sprake van *underkill*.

3.5.3 Looptijd

Door een harde grens van 10 jaar op te stellen heeft de wetgever het belastingplichtigen wel erg makkelijk gemaakt om via een omweg onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 uit te komen. We hebben gezien dat slechts de looptijd 1 dag korter hoeft te zijn dan 10 jaar en dat vervolgens toepassing van de rente-afgreepbeperking uitblijft. Niet gezegd is dat dergelijke leningen niet eveneens gebruikt kunnen worden om misbruik te maken van het Nederlandse imputatie-stelsel. Dit beeld wordt nog versterkt indien in ogenschouw genomen wordt dat dit artikel het verlengen van de feitelijke looptijd – door telkens na een termijn van minder dan 10 jaar de ene schuld aan de gelieerde crediteur met een exact gelijksoortige lening van de crediteur af te lossen – niet ‘bestraft’²⁵³. Er is dus sprake van een aanzienlijk risico op onderinclusiviteit. Deze onderinclusiviteit is onwenselijk en daarnaast grotendeels vermijdbaar door de woorden ‘*rehtens dan wel in feite*’ ook op te nemen voor de zinsnede ‘*geen vaste aflossingsdatum heeft of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan daarvan*’.²⁵⁴ Er is op dit gebied sprake van *underkill*.

3.5.4 Vergoeding

Voor de afwijking van 30% van wat zakelijk is, is geen duidelijke reden gegeven. Onbekend is of belastingplichtigen die deze marge overschrijden al dan niet een misbruikmotief hebben. *Mutatis mutandis* geldt met betrekking tot dit element hetzelfde als ik hierboven beschreef met betrekking tot de 10-jaarstermijn. Er is dientengevolge met betrekking tot dit element sprake van *underkill*.

3.5.5 Conclusie

Uit de in de bovenstaande paragrafen uitgevoerde analyse valt af te leiden dat drie elementen van de regeling *underkill* herbergen. De grove grenzen van de maximaal toegestane looptijd van 10 jaar en de maximale marge van 30% van een zakelijke vergoeding hebben tot gevolg dat aannemelijk is dat niet alle malafide belastingplichtigen getroffen worden. De beperking van de aftrekbeperking tot slechts

²⁵³ Zie hiervoor mijn met betrekking tot de ruilgedachte uitgevoerde analyse in §3.3.4.3.

²⁵⁴ Een dergelijke oplossing zou tevens het door middel van andere concernvennootschappen vertrekken van dezelfde lening, in mijn ogen bestrijden.

vergoedingen op leningen, heeft tot gevolg dat manipulatiemogelijkheden op het gebied van andere transacties in gelieerde verhoudingen blijven bestaan. De regeling is dus niet effectief op het gebied van het voorkomen en bestraffen van misbruik van het Nederlandse imputatiesysteem in gelieerde verbanden.

3.6 Samenvatting, beschouwing en conclusie

In de inleiding van dit hoofdstuk heb ik aangegeven de regeling te willen toetsen op het gebied van rechtvaardigheid, efficiëntie en effectiviteit. In dit hoofdstuk heb alle elementen van art. 10b Wet VPB 1969 op deze gebieden getoetst. Het samenvattende beeld kan als volgt worden weergegeven:

Tabel 3: Rechtvaardigheid, efficiëntie en effectiviteit

Categorie	Sub-categorie	Evenwichtigheid	Overkill	Underkill
Gelieerdheid	Vormgeving	+	Nee	Nee
	Wijziging gelieerdheid	++	Nee	Nee
Geldlening	Vormgeving	?	Nee	Ja
Looptijd	10-jaarstermijn	--	Ja	Ja
	Benadering overeengekomen looptijd	++	Nee	Nee
	Wijziging looptijd	--	Nee	Nee
	Gevolgen partiële aflossing	+	Nee	Nee
Vergoeding	30% afwijking	--	Ja	Ja
	Benadering overeengekomen vergoeding	+	Nee	Nee
	Valutareresultaten	+	x	x
	Afdekinstrumenten valutarisico	+	x	x
	(Economische) benadering <i>arm's-length</i>	-	Nee	Nee
	Effect OZL-jurisprudentie	--	?	?
	Te hoge versus te lage vergoeding	-	Nee	Nee
	Wijziging vergoeding	+	Nee	Nee
	Aftrekbepanking betaalde vergoeding	--	Nee	Nee
	Aftrekbepanking geïmputeerde vergoeding	-	ja	Nee
Waardemutaties	Door oprenting	+	Ja	Nee
	Door valutareresultaten	-	Ja	Nee
	Afdekinstrumenten op valutarisico	-	x	x
	Parallele behandeling positief en negatief	+	x	x

Zoals te zien is in bovenstaande tabel werkt de regeling niet altijd even rechtvaardig/evenwichtig uit. Op dat gebied springt wat mij betreft voornamelijk in het oog dat het artikel ten nadele van de belastingplichtige is opgezet. In combinatie met de onduidelijkheid van de omvang van het probleem waar art. 10b Wet VPB op ziet acht ik dit een onaanvaardbaar onrechtvaardige regeling.

Nemen we aan dat er daadwerkelijk een probleem is en dat er daadwerkelijk malafide belastingplichtigen zijn die op grote schaal willen profiteren van deze maas in de uitwerking van het totaalwinstbeginsel in internationaal verband, dan ontstaat nog steeds een weinig rooskleurig beeld. Op 5 van de 16 toetsbare elementen is er sprake van *overkill*. Opvallend is dat *overkill* zich manifesteert bij elementen die grof van opzet zijn (looptijd, 30% afwijking en aftrekbepanking van het geïmputeerde gedeelte van de vergoeding).

Op basis van het bovenstaande stel ik dat deze regeling meer schade aanricht om zijn doel te behalen dan strikt noodzakelijk is. De regeling is in andere woorden weinig efficiënt.

Daarnaast zien we dat de regeling op 3 punten juist tekortschiet in haar bereik. Voor twee elementen geldt hetzelfde als bovenstaand. Grote regelingen leiden ertoe dat onduidelijk is of alle malafide belastingplichtigen wel met art. 10b Wet VPB 1969 geraakt worden. Het derde punt van *underkill* is moeilijker te duiden. Om hem moverende redenen heeft de staatssecretaris ten tijde van de introductie van art. 10b wet VPB 1969 slechts bij leningen een probleem onderkend op het gebied van de gevolgen van rentekostenimputatie. Daardoor is het bereik van deze regeling veel te beperkt. Op basis van het voorgaande kan gesteld worden dat de regeling eveneens weinig effectief is.

In hoofdstuk 2 hebben we gezien dat er theoretisch vanuit nationaal perspectief bezien inderdaad een risico op internationale *TP-mismatches* bestaat. Hoe groot dit potentiële probleem in de praktijk is, blijft schimmig. Indien dit probleem echter in potentie aanwezig is, lijkt mij de aanname (die de staatssecretaris doet) dat belastingplichtigen hier gebruik van geneigd zijn te maken een veilige. In dat geval echter lijkt het verstandig om ten eerste het probleem van rente-imputatie te bezien in het bredere perspectief van kosten-imputatie. Je zou je serieus af moeten vragen welk systeem – een subjectief winstbepalingssysteem of een objectief winstbepalingssysteem (zie hoofdstuk 2) – de voorkeur geniet bij het bepalen van de winst in de vennootschapsbelasting. Concluderen we dat inderdaad het huidige systeem het meest wenselijke is dan dient onder ogen gezien te worden dat art. 10b Wet VPB 1969 geschrapt moet worden. De regeling dient vervangen te worden door een bepaling die op rechtvaardige, effectieve en efficiënte wijze een oplossing biedt voor alle soortgelijke *TP-mismatches* die ontstaan door in internationaal verband gehanteerde subjectieve en objectieve winststelsels die niet op elkaar aansluiten.

Op basis van dit hoofdstuk concludeer ik dat art. 10b Wet VPB 1969 de fiscaalrechtelijke toets der kritiek niet kan doorstaan. De regeling is onvoldoende rechtvaardig, efficiënt en effectief. De regeling dient vervangen te worden. In de komende twee hoofdstukken ga ik in op de internationaalrechtelijke aspecten van *TP-mismatches*. In hoofdstuk 6 zal ik mede aan de hand van de in dit hoofdstuk geconstateerde onvolkomenheden van art. 10b Wet VPB 1969 een nieuwe bepaling ter neutralisatie van *TP-mismatches* voorstellen.

HOOFDSTUK 4

Internationale aspecten

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk ben ik ingegaan op de nationale fiscaalrechtelijke aspecten van art. 10b Wet VPB 1969. In hoofdstuk 3 heb ik de aanbeveling gedaan om art. 10b Wet VPB 1969 niet in zijn huidige vorm voort te zetten en aangegeven welke redenen hiervoor doorslaggevend zijn geweest. Mede op basis van hoofdstuk 2 heb ik in hoofdstuk 3 geanalyseerd dat het probleem van imputatie in internationaal verband een breder veld beslaat dan slechts het probleem van *TP-mismatches*, die ontstaan door (gebrek aan) rente-imputatie. Immers, ook op het gebied van bijvoorbeeld verhuur, pacht, arbeid en overdracht van vermogensbestanddelen bestaat een risico op *TP-mismatches*. Ook voor die transacties geldt dat in Nederland in concernverband bij de ‘betalende’ partij kosten geïmputeerd worden. Op het moment dat in het buitenland bij de ‘ontvangende’ partij geen baten worden geïmputeerd, ontstaat er een heffingslek.

Na het afwijzen van art. 10b Wet VPB 1969 in de huidige vorm, begint de zoektocht naar een regeling ter neutralisatie van de effecten van de genoemde *TP-mismatches* in de Wet VPB 1969.²⁵⁵ Bij deze zoektocht is het van belang om onder andere te kijken naar hetgeen Nederland nastreeft op het gebied van internationaal belastingrecht. *De facto* zijn er twee manieren om gehoor te geven aan dit streven naar voorkoming van dubbele belasting in internationaal verband.. Enerzijds kan worden gestreefd naar ‘kapitaalimportneutraliteit’ (hierna: KIN). Anderzijds kan worden gestreefd naar ‘kapitaalexportneutraliteit’ (hierna: KEN). In het internationaal belastingrecht worden twee vormen van dubbele belasting onderscheiden: juridische en economisch dubbele belasting. In paragraaf 4.2 ga ik in op de inhoud en de uitwerking van de twee vormen van neutraliteit en de twee vormen van dubbele belasting. Daarnaast kijk ik naar de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011²⁵⁶ (hierna: NFV 2011) om te bepalen óf en zo ja, waarom Nederland KIN of KEN nastreeft bij het sluiten van zijn verdragen.

Omdat ik heb besloten alle beprijzingen van transacties in internationaal concernverband in een voor te stellen regeling te betrekken, is het van belang om te kijken naar de wijze waarop in de Nederlandse belastingwet en in de internationale verdragensfeer met dergelijke transacties wordt omgegaan. Zoals reeds in hoofdstuk 2 is aangegeven, zijn dergelijke *arm’s-length* prijzen vastgelegd in art. 8b Wet VPB 1969. Art. 8b Wet VPB 1969 beoogt een codificatie in de Nederlandse wet te zijn van de in art. 9 OMV

²⁵⁵ Ik ga hier voorbij aan de discussie omtrent wie het ontstane probleem op moet lossen. Verdedigbaar is de zienswijze dat het niet in de rede ligt dat Nederland een probleem oplost dat in het buitenland ontstaat. Aan de andere kant is tevens goed denkbaar dat de Nederlandse wetgever het niet wenselijk acht dat (door misbruik of omstandigheden) minder belasting wordt betaald door een (internationaal) concern dan door de Nederlandse wetgever is beoogd. *Geelhoed* heeft met betrekking tot het probleem van dispariteiten (*mismatches*) in Europees verband het volgende gesteld: ‘Wanneer de met de strekking van het verdrag strijdige situatie voortvloeit uit het naast elkaar bestaan van twee disparate regels, kun je onmogelijk één lidstaat daarvoor verantwoordelijk stellen’. *Weber* stelt hetzelfde in het kader van het verschillend kwalificeren van vermogensvertrekkingen (tot eigen vermogen of vreemd vermogen) en de daarop volgende dubbele (non)belasting: ‘Ook in deze situatie kan geen schuldige aangewezen worden’. Zie: Redactie, ‘*De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen*’, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 230, Deventer: Kluwer 2007. Wat er ook van deze discussie zij, in het navolgende neem ik als uitgangspunt dat de Nederlandse wetgever de aangewezen instantie is om een oplossing te zoeken.

²⁵⁶ Bijlage bij: *Kamerstukken II*, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011).

neergelegde *at-arm's-length* 'verrekenprijzen' (hierna: VP). Voor het bepalen van de juiste VP in concernverband, kijk ik daarom in paragraaf 4.3 naar art. 9 OMV vanuit zowel de nationaalrechtelijke als de internationaalrechtelijke dimensie. De vraag die ik op basis van paragraaf 4.3 wil beantwoorden is of er zelfs onder de toepassing van art. 9 OMV *TP-mismatches* kunnen ontstaan. In de internationale literatuur staan verrekenprijzen bekend als '*transfer prices*'.

Indien er sprake is van *TP-mismatches*, kan de vraag worden gesteld of deze *TP-mismatches* 'definitief' zijn. Met andere woorden: zijn er nog andere instrumenten in het internationale belastingrecht denkbaar die staten kunnen dwingen om VP-geschillen op te lossen? In het kader van deze vraag onderzoek ik in paragraaf 4.4 de zogenaamde *mutual agreement-procedure* (op basis van art. 25 OMV of het zgn. arbitrageverdrag²⁵⁷). In deze paragraaf beantwoord ik de vraag of art. 25 OMV en/of het arbitrageverdrag handvatten bieden om VP-geschillen tussen staten dusdanig te beslechten dat *TP-mismatches* worden verholpen.

Van belang voor de uitvoeringssfeer is tot slot de wijze waarop informatie wordt uitgewisseld omtrent verrekenprijzen door belastingdiensten onderling. In paragraaf 4.5 kijk ik daarom ook naar de werking van art. 26 OMV (informatie-uitwisseling) en de Europese bijstandsrichtlijn²⁵⁸.

De vraag die ik beantwoord in dit hoofdstuk is: binnen welke grenzen van internationaal belastingrecht dient een bepaling in de Wet VPB 1969 ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* te worden opgesteld?

4.2 Kapitaalimportneutraliteit of kapitaalexportneutraliteit

4.2.1 Inleiding

Bij (inter)nationaal opererende concerns kan op twee te onderscheiden wijzen het probleem van dubbele belastingheffing ontstaan. De eerste vorm van dubbele belastingheffing staat bekend als 'juridisch dubbele belastingheffing'. *Van Raad* definieert deze vorm van dubbele belastingheffing als de situatie waarin: '*één persoon ten aanzien van één object door twee heffingsbevoegde instanties wordt belast*'²⁵⁹. Als praktisch voorbeeld kan de Nederlandse BV worden genoemd die een dividend verkrijgt uit het buitenland. Indien het buitenland een bronheffing op het uitgaande dividend heft, terwijl Nederland gelijktijdig vennootschapsbelasting heft over hetzelfde binnenkomende dividend, is er sprake van juridisch dubbele belastingheffing. Belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing pogen deze vorm van dubbele belastingheffing te voorkomen.²⁶⁰ De tweede vorm van dubbele belastingheffing staat bekend als 'economisch dubbele belastingheffing'. Bij deze vorm van dubbele belastingheffing gaat het volgens *Van Raad* om de gevallen waarbij: '*(a) bij twee personen (natuurlijke personen of lichamen) over een zelfde object (...) door één of twee instanties belasting wordt geheven*'²⁶¹. Van een dergelijke vorm van dubbele belastingheffing is bijvoorbeeld sprake indien een vennootschap een inkomensverwervende uitgave doet

²⁵⁷ Mededeling 2009/C van de Raad van 30 december 2009, (Arbitrageverdrag) *PbEU* 2009 C, 322/1.

²⁵⁸ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011, (Bijstandsrichtlijn) *PbEU* 2011 L, 64/1.

²⁵⁹ C. van Raad, '*Internationaal belastingrecht*', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, §1.1.2.

²⁶⁰ Art. 10 OMV ziet bijvoorbeeld op het door mij geschetste voorbeeld.

²⁶¹ C. van Raad, '*Internationaal belastingrecht*', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, §1.1.2.

(rentebetaling). In het geval deze uitgave bij de betalende partij niet aftrekbaar is en bij de ontvangende partij wel belast is, is er sprake van economisch dubbele belastingheffing. Van deze vorm van economisch dubbele belastingheffing is eveneens sprake in het geval uitgaande rente, die op basis van art. 10b Wet VPB 1969 bij de betalende partij bij het bepalen van de winst in aftrek wordt beperkt, bij de ontvangende partij wordt belast. Bij het opstellen van een bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* moet deze situatie worden voorkomen. Economisch dubbele belastingheffing wordt doorgaans niet voorkomen door de werking van een belastingverdrag. Uitzondering op die regel vormt de situatie waarin sprake is van economisch dubbele heffing door verrekenprijzen die niet op elkaar aansluiten. Art. 9 OMV biedt in dat geval een oplossing.²⁶²

Indien eenmaal is besloten dat dubbele belastingheffing dient te worden voorkomen, is het zaak te bepalen op welke wijze dit geschiedt. Er zijn twee manieren te onderkennen: buitenlands inkomen vrijstellen of buitenlandse belasting verrekenen. Met een vrijstelling wordt beoogd KIN te bewerkstelligen; met een verrekening wordt beoogd KEN tot stand te brengen. In de navolgende paragraaf ga in op de wijze waarop KIN, dan wel KEN wordt bereikt. Vervolgens beschrijf ik welke van de twee vormen van kapitaalneutraliteit de Nederlandse verdragsluster nastreeft. Daarnaast onderzoek ik wat de argumenten vóór en tegen het hanteren van KEN dan wel KIN zijn. Voorgaande pas ik toe op het probleem dat in deze scriptie aan de orde is, te weten: verrekenprijzen in concernverband. De te beantwoorden vraag in deze paragraaf is: Wat zou Nederland na moeten streven bij de voorkoming van economisch dubbele (non)belasting die voortkomt uit verrekenprijzproblematiek in internationaal (concern)verband?

4.2.2 *Kapitaalimportneutraliteit of kapitaalexportneutraliteit: technische aspecten en effect*

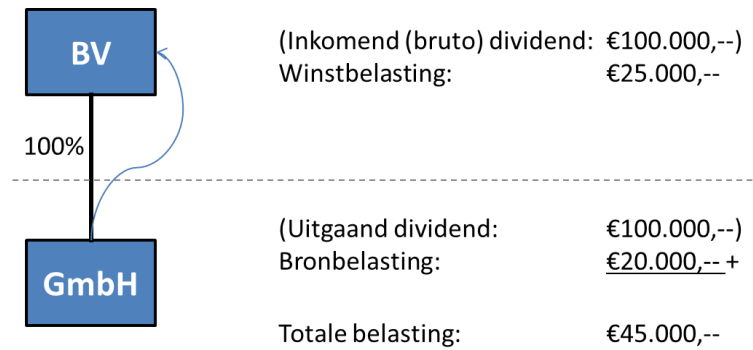
Om het verschil tussen KIN en KEN en hun effecten duidelijk inzichtelijk te maken hanteer ik in deze paragraaf het volgende voorbeeld. Een Nederlandse BV investeert in Duitsland via een 100%-dochter. Deze Duitse *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbH) wordt onderworpen aan een bronbelastingtarief op dividenden van 20%. De bij de Nederlandse BV binnenkomende dividenden²⁶³ worden belast tegen een winstbelastingtarief van 25%.²⁶⁴ GmbH behaalt een operationele winst ter grootte van €125.000,- en keert dividend uit aan BV. Allereerst wordt het dividend bij uitkering bij BV belast door de Duitse fiscus door middel van de 20% bronbelasting. Vervolgens wordt datzelfde dividend als winst in de Nederlandse belastinggrondslag van BV betrokken en belast tegen 25% vennootschapsbelasting. Als gevolg hiervan ontstaat (juridisch) dubbele belastingheffing. Het voorbeeld laat zich in de volgende afbeelding vatten.

²⁶² Zie §4.3 voor een bespreking van art. 9 OMV.

²⁶³ Normaal gesproken zullen dergelijke dividenden op basis van art. 13 Wet VPB 1969 in Nederland reeds zijn vrijgesteld. In dit geval veronderstel ik omwille van het voorbeeld dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt. Volledigheidshalve zij vermeld dat de in art. 13 Wet VPB 1969 neergelegde deelnemingsvrijstelling ziet op het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing, terwijl de in deze paragraaf aan de orde zijnde dubbele belastingheffing juridisch van aard is.

²⁶⁴ Ik laat voor het gemak het tariefopstapje van 20% voor het winstgedeelte tot €200.000,- (art. 22 Wet VPB 1969) buiten beschouwing.

Figuur 1: Juridisch dubbele belasting op intra-concern dividenden



De eerste manier waarop de Nederlandse belastingdienst deze dubbele belastingheffing kan voorkomen is door het volledige dividend niet in aanmerking te nemen bij het bepalen van de Nederlandse belastinggrondslag. Bij deze wijze van voorkoming heft de Nederlandse belastingdienst niet over het ontvangen dividend.²⁶⁵ Het gevolg is dat de Nederlandse BV over het ontvangen dividend *de facto* 20% (€20.000,--) betaalt, zijnde het Duitse bronbelastingtarief. Door deze vorm van voorkoming wordt KIN bereikt; het kapitaal kan uit zowel Nederland worden geïmporteerd als binnen Duitsland worden gezocht, onafhankelijk van de woonplaats van de investeerder. Het maakt immers voor de belastingheffing over de dividenden voor de investeerder niet uit of deze in Nederland of in Duitsland is gevestigd. Omgekeerd maakt het voor de financieringverkrijger niet uit voor de belastingheffing of deze zich laat financieren door een Duitser of door een Nederlander.

De tweede manier waarop de Nederlandse belastingdienst de dubbele belastingheffing kan voorkomen, is door een belastingverrekening te verlenen. In dit geval bepaalt de Nederlandse belastingdienst de Nederlandse grondslag met inachtneming van het Duitse bruto dividend. Vervolgens wordt het Nederlandse belastingbedrag vastgesteld, door het tarief van de Nederlandse winstbelasting los te laten op de grondslag. In ons voorbeeld betekent dit dat een belastingbedrag van €25.000,-- wordt vastgesteld. Echter, bij het bepalen van het definitieve bedrag dat dient te worden afgedragen aan de Nederlandse belastingdienst mag de buitenlandse belasting worden verrekend. In dit geval betekent dit dat de BV in Duitsland €20.000,-- bronbelasting betaalt en in Nederland $(25.000 - 20.000)^{266} = 5.000,--$ winstbelasting. De totaal te betalen belasting door BV in Duitsland en Nederland bedraagt op deze wijze $(20.000 + 5.000 =) €25.000,--$. Zoals te zien is, wordt in dit geval de uiteindelijke belastingdruk op het dividend bepaald door het belastingpercentage van het woonland van de investeerder (BV): Nederland. Op deze wijze wordt bereikt dat de BV die in het buitenland investeert, over de opbrengst van die investeringen niet anders (in dit geval lager) wordt belast dan een BV die in Nederland investeert. In tegenstelling tot bij de belastingvrijstelling wordt de belastingdruk op de kapitaal exporterende BV nu bepaald door de vestigingsplaats van die BV. Op deze manier wordt KEN bereikt: het maakt voor Nederlandse investeerders belastingtechnisch niet uit of ze in Duitsland of Nederland investeren.

²⁶⁵ Ik laat hier omwille van de eenvoud de verschillende wijzen van vrijstellingen buiten beschouwing en ga voornamelijk uit van een volledige vrijstelling aan de top.

²⁶⁶ Uitgaande van een 'full credit'-methode of een 'ordinary credit'-methode. Op de meer specifieke techniek zal ik in deze scriptie niet verder ingaan.

Grofweg zorgt KIN voor eerlijke concurrentie tussen actieve ondernemingen waarin wordt geïnvesteerd. KIN verstoort daarentegen de onderlinge concurrentie tussen investeerders uit de andere verdragsstaat (bezien vanuit de bronstaat).²⁶⁷ KEN zorgt juist voor eerlijke onderlinge concurrentie tussen investeerders uit het buitenland (vanuit de bronstaat gezien) en verstoort concurrentie tussen investeerders in het buitenland en investeerders in de bronstaat. In onze casus betekent dit dat de Duitse GmbH, bij het hanteren van een vrijstelling (KIN) door de Nederlandse autoriteiten, ‘vrijelijk’ financiering kan betrekken vanuit zowel Duitsland als uit Nederland. Het bruto rendement (voor belastingen) dat door de Duitse en Nederlandse investeerders op die financiering is gevraagd, is namelijk gelijk. Immers, in dat geval geldt dat zij eveneens een gelijk nettorendement (na belastingen) op de investering behalen. Bij het hanteren van een verrekening (KEN) door de Nederlandse autoriteiten, betekent dit dat de Nederlandse BV niet op gelijke voet kan concurreren met Duitse investeerders en dat het nettorendement (na belastingen) op de investering gelijk is aan het nettorendement dat nationaal investerende Nederlanders op hun investering behalen.

In de volgende paragrafen ga ik in op de visie van de Nederlandse staatssecretaris. Ook beantwoord ik de vraag: welke vorm van kapitaalneutraliteit op het gebied van economisch dubbele belastingheffing dient door verrekenprijsproblematiek te worden nagestreefd?

4.2.3 *Nederlands verdragsbeleid*

4.2.3.1 *Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid 2011*

In de NFV 2011 brengt de Nederlandse staatssecretaris voor het voetlicht wat de Nederlandse insteek is bij de (her)onderhandeling met (potentiële) verdragspartners. Dat bepaalde uitgangspunten in de praktijk niet letterlijk tot uiting komen in de door Nederland gesloten belastingverdragen heeft alles te maken met het internationale onderhandelingsproces.²⁶⁸ Voor dit onderzoek zal ik echter voorbijgaan aan dit aspect van het internationale belastingrecht. Wat in de NFV 2011 als onderhandelingsinsteek van de Nederlandse verdragsluiters wordt genoemd, zal mijn uitgangspunt zijn voor belastingverdragen gesloten binnen het Nederlandse bilaterale belastingverdragenennetwerk.

In paragraaf 1.2.3 van de NFV 2011 staat één van de kernpunten vermeld bij het bepalen van de kerninzet van de Nederlandse staatssecretaris bij verdragsonderhandelingen: Nederland is een kleine open economie²⁶⁹. Dit heeft blijkens de notitie tot gevolg dat het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat in de pas moet blijven lopen met dat van sterk met Nederland vergelijkbare landen. Het gaat bij deze vergelijkbaarheid om landen die in fiscaal-economisch en/of geografisch opzicht directe concurrenten van Nederland zijn. De notitie vermeldt dat echter niet dient te worden meegegaan in het hanteren van KEN door landen die aanzienlijk groter dan Nederland zijn. Gezien de omvang van de interne markt van deze landen is het in tegenstelling tot voor Nederland, aldus de NFV 2011, een minder groot probleem dat ‘eigen’ investeerders minder goed kunnen concurreren met buitenlandse investeerders. Er zijn immers

²⁶⁷ Overigens stelt *Kemmeren* dat de concurrentie tussen eigenaren van ondernemingen niet relevant is: ‘*Ondernemingen concurreren met ondernemingen, niet: eigenaren met eigenaren.*’ Zie: E.C.C.M. Kemmeren, ‘Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!’, *WFR* 2009/401.

²⁶⁸ Zie in dit verband uitgebreider: Bijlage bij: *Kamerstukken II*, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011), §1.2.2.

²⁶⁹ Zie in dit verband uitgebreider: Bijlage bij: *Kamerstukken II*, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011), §1.2.3.

genoeg expansiemogelijkheden op de interne markt. In paragraaf 1.3.2 wordt ingegaan op de voorkomingsmethodiek die Nederland wenst te hanteren. Te lezen valt dat Nederland in de hoofdzaak voor de zogenaamde ‘actieve inkomsten’ KIN wil bewerkstelligen. Actieve inkomsten behelzen inkomsten uit grensoverschrijdende activiteiten die kunnen worden aangemerkt als loon of ondernemingsactiviteiten.²⁷⁰ De achtergrond van het streven naar KIN bij dergelijke inkomsten is blijkens de NFV 2011 het belang van onbelemmerde toegang van Nederlandse ondernemers en arbeiders tot de buitenlandse markt. Daartegenover staan activiteiten die kunnen worden aangemerkt als zogenaamde ‘passieve inkomsten’. Bij deze inkomsten streeft de Nederlandse staatssecretaris naar KEN. Het gaat volgens de notitie om inkomsten uit activiteiten die worden aangemerkt als beleggingen. Bij dit soort inkomsten is er immers volgens de notitie weinig tot geen sprake van reële economische activiteiten in het buitenland. Blijkens de NFV 2011 gaat het om bijvoorbeeld ‘*portfoliodividenden, interest en royalty’s*’.

Verder in de NFV 2011 wordt expliciet ingegaan op verschillende inkomensbestanddelen. Voor interest en royalty’s streeft de Nederlandse staatssecretaris, weinig verassend in aanmerking nemende het bovenstaande, naar een volledige woonstaatheffing. Op deze wijze wordt immers KEN bereikt.

4.2.3.2 Actief versus passief: een kritische noot

Ik vraag het me af te vragen of het hierboven beschreven onderscheid hout snijdt. Ik ben geneigd om deze vraag ontkennend te beantwoorden. Voornamelijk op het gebied van interest en royalty’s wil ik een kritische noot plaatsen. Vooropgesteld zij dat bij de kwalificatie tot actieve dan wel passieve inkomensstromen de aandacht voornamelijk ligt bij de inkomensstroom zelf en niet bij de daaraan voorafgaande investering. Uitzondering hierop vormen mijns inziens dividenden. Met betrekking tot dividenden worden portfoliodividenden tot passieve inkomensstromen gerekend, terwijl deelnemingsdividenden (*a contrario*) kwalificeren als actieve inkomsten. Aannemelijk is dat dit onderscheid zijn grond vindt in het feit dat de activiteit, die is voorafgegaan aan het ontstaan van deelnemingsdividenden, van een andere (omvangrijkere, actievere) aard is dan de activiteit die is voorafgegaan aan het ontstaan portfoliodividenden. In het geval van deelnemingsdividenden zal de aandeelhouder een actieve bijdrage leveren aan het ontstaan van deelnemingsdividenden. In het geval van de portfoliodividenden zal de belegger daarentegen weinig andere activiteiten hebben ondernomen dan het verschaffen van monetaire middelen aan de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden. Met betrekking tot dividenden is aldus bepalend welke bijdrage de geldverstrekker heeft geleverd aan het ontstaan van de dividenden voor de kwalificatie van de dividenden tot actieve dan wel passieve inkomstenstroom.

Dit is anders bij interest en royalty’s. Deze twee categorieën worden, zonder pardon, gezamenlijk op de hoop van passieve inkomsten gegooid. Mijns inziens is het heel goed denkbaar dat er ook voor deze categorieën een verschil in de betrokkenheid van de ontvanger bij het ontstaan van de inkomsten kan bestaan. Laat ik als voorbeeld een schrijver van een boek nemen. De schrijver van een boek steekt gedurende een bepaalde tijd moeite en energie in het afleveren van een kwalitatief hoogwaardig en

²⁷⁰ A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, ‘*Internationaal belastingrecht*’, FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2011.

(hopelijk) succesvol boek. In deze periode genereert de schrijver geen inkomsten. Vervolgens blijkt het boek goed te worden ontvangen door het publiek, en er ontstaat een royaltystroom ten bate van de schrijver. Deze inkomsten volgen mijn inziens uit een actieve (intellectuele) ‘investering’ van de schrijver. Hiervoor zou hetzelfde moeten gelden als voor deelnemingsdividenden. Ik ben van mening dat genoemde inkomsten moeten worden bestempeld als een actieve inkomensstroom. De royaltyinkomsten van de oorspronkelijke auteur van een boek, dat inmiddels door een halverwege ‘ingestroomde’ coauteur ingrijpend is gewijzigd, hebben daarentegen meer weg van portfolio-dividenden (passief).

Het punt wat ik met het bovenstaande wil maken, is dat het onderscheid tussen actieve en passieve inkomsten, zoals dit in de NFV 2011 wordt ingevuld, een inconsequent karakter heeft. Ik ben van mening dat voor elke inkomensstroom moet worden bepaald wat de aard en omvang is van de activiteit die een inkomensgenieter heeft ondernomen om te bewerkstelligen dat de inkomensstroom tot stand is gekomen. Is er sprake van actieve bijdrage aan het tot stand gekomen inkomen, dan is er een actieve inkomensstroom. Is er geen actieve bijdrage, dan is er sprake van een passieve inkomensstroom. Deze benadering vertoont in mijn ogen raakvlakken met hetgeen *Kemmeren* betoogt.²⁷¹ *Kemmeren* stelt dat de toewijzing van heffingsbevoegdheid zoveel mogelijk zou moeten aansluiten bij de plaats van aanwending van de productiefactor arbeid (eventueel aangevuld met de productiefactor kapitaal). Op de vraag welke staat waarover zou mogen heffen, ga ik in paragraaf ... in. Hier zij echter gesignaleerd dat ik net als *Kemmeren* een tweedeling aan wil brengen in vormen van inkomsten, gebaseerd op de mate waarin de productiefactor arbeid is aangewend bij de totstandkoming van het inkomen.

Bovenstaande discussie moet mijns inziens ook worden doorgetrokken naar inkomsten uit onroerend goed (OG). Vaak wordt met betrekking tot deze inkomensbestanddelen de vrijstellingsmethode toegepast in Nederlandse verdragen.²⁷² Dit impliceert dat met betrekking tot deze inkomsten KIN wordt nagestreefd en dat, met de NFV 2011 in de hand, de staatssecretaris blijkbaar van mening is dat inkomsten uit OG actieve inkomsten zijn. Mijns inziens is dit onterecht. Ook hier geldt dat er een splitsing moet worden aangebracht tussen inkomsten uit zogenaamd actief en passief vermogensbeheer.²⁷³ Immers, dat is zuiver theoretisch de rechtvaardiging voor het anders behandelen van loon of winst (actief) ten opzichte van inkomsten uit zelf tot stand gebracht intellectueel eigendom (actieve royalty's) of uit meer dan normaal vermogensbeheer. Bij alle voornoemde inkomensstromen wordt immers, voorafgaand aan de inkomsten, een reële economische activiteit ontplooid en heeft de inkomstgenieter een actieve bijdrage geleverd aan het totstandkomen van deze stroom.

Bij transacties in internationaal concernverband als bedoeld in art. 8b Wet VPB 1969 jo. 9 OMV, waarbij geen *arm's-length* VP wordt overeengekomen, lijkt het – in het licht van de door mij hierboven geschetste benadering – moeilijk te ontkennen dat er sprake is van een actieve vorm van investeren. Deze vorm gaat immers gepaard met actieve bemoeienis van de (doorslaggevend) invloedrijke aandeelhouder. Deze

²⁷¹ E.C.C.M. Kemmeren, ‘Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!’, *WFR* 2009/401.

²⁷² Zie bijvoorbeeld Art. 23 lid 2 sub b van het verdrag Nederland-België.

²⁷³ De vergelijking met het zogenaamde ‘rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat’ als bedoeld in art. 3.91 lid 1 sub c is vervolgens snel gemaakt. Precies dit onderscheid tussen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ acht ik indicatief voor het door mij gewenste onderscheid tussen passief en actief.

actieve bemoeienis komt weliswaar niet voort uit de transactie zelf (alleen aandelen of stemrechtbewijzen brengen doorslaggevende zeggenschap met zich mee), maar het feit dat er onzakelijk wordt gehandeld en het feit dat art 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OMV van toepassing is, impliceert wel dat daarvan sprake is bij een dergelijke lening. Met andere woorden: in concernverband lijkt mij dat ‘onzakelijke’ transacties niet los kunnen worden gezien van een totale mix aan (reële economische) activiteiten die een aandeelhouder onderneemt met uiteindelijk het oog op een zo hoog mogelijk rendement uit aandelen, obligaties, licenties, etc. Bij onzakelijke transacties, die door art. 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OMV worden gecorrigeerd, is er mijns inziens eveneens sprake actieve inkomsten.

4.2.3.3 *Nederlands verdragsbeleid: samenvattend*

In deze subparagraaf heb ik inzichtelijk gemaakt dat de staatssecretaris twee vormen van inkomsten onderscheidt: actieve en passieve. Actieve inkomsten zijn: winst, loon, deelnemingsdividenden en inkomsten uit onroerend goed. Bij actieve inkomsten streeft Nederland naar KIN en zal het gebruik maken van een belastingvrijstelling. Passieve inkomsten zijn: portfoliodividenden, interest en royalty's. Hierbij streeft Nederland naar KEN en zal het zoveel mogelijk gebruik maken van een belastingverrekening. Ik heb dit onderscheid als inconsequent beoordeeld en stel een aangepaste benadering voor. In mijn benadering zijn actieve inkomsten: inkomsten waarbij de ontvanger (ooit) een ‘actieve’ bijdrage aan het totstandkomen van deze inkomsten heeft gehad. Passieve inkomsten zijn: inkomsten waarbij de ontvanger slechts een ‘passieve’ bijdrage aan het totstandkomen van deze inkomsten heeft gehad. Op basis van mijn visie op wat actief en passief is, kwalificeren inkomensstromen, volgend op transacties die op basis van art. 8b Wet VPB 1969 jo. art. 9 OMV *in fiscalibus* zakelijk dienen te worden beprijsd, als ‘actieve inkomsten’.

In de rest van deze paragraaf ga ik in op de argumenten pro en contra KIN respectievelijk KEN en op de vraag welke van de twee vormen de voorkeur verdient bij het voorkomen van dubbele (non)belasting in het geval van VP-problematiek. Ik wil hierbij duidelijk stellen dat ik in de komende analyse afwijk van hetgeen gebruikelijk is bij de analyse van KIN en KEN. Beide concepten van neutraliteit haken, bij de in belastingverdragen geregelde voorkomingsmethodiek van juridisch dubbele belastingheffing, aan bij belastingheffing bij de ontvanger van de baten. In het geval van *TP-mismatches* is sprake van een risico op economisch dubbele (non)heffing. Omdat dit probleem niet wordt opgelost door bilaterale belastingverdragen, dient – onder huidig internationaal recht – naar een unilaterale oplossing te worden gezocht ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*. Dit probleem doet zich voor in een situatie waarin de betaler van de kosten in Nederland is gevestigd. Om die reden haak ik bij de navolgende analyse aan bij de betalende partij en niet bij de (gebruikelijke) ontvangende partij.

4.2.4 *Commentaar en analyse*

Op basis van het bovenstaande zijn reeds een aantal argumenten genoemd voor en tegen de toepassing van KIN en KEN.

Laat ik beginnen met het noemen van argumenten vóór KIN. Allereerst zij vermeld dat de te verwachten effecten sterk afhankelijk zijn van de verhouding tussen het in Nederland gehanteerde belastingpercentage

en het in het buitenland gehanteerde percentage. In het geval het belastingpercentage in Nederland (woonstaat) hoger is dan in het land van de verdragspartner (bronstaat), dan stimuleert het nastreven van KIN allereerst expansie van nationale ondernemers. Investeren in het buitenland is aantrekkelijk.²⁷⁴ Ten tweede geldt voor de bronstaat omgekeerd als belangrijk voordeel dat het belastingtechnisch bij het hanteren van KIN niet uitmaakt of financiering²⁷⁵ (of arbeid²⁷⁶) betrokken wordt vanuit de bronstaat zelf of vanuit de woonstaat. Kortweg: de woonstaat is gebaat bij KIN vanwege toegenomen expansiemogelijkheden en de bronstaat vanwege toegenomen financieringsmogelijkheden. Als argument tegen KIN is het navolgende te noemen. KIN verstoort, vanuit Nederland als woonstaat bezien de concurrentie tussen investeerders die nationaal opereren en die internationaal (in Nederland en de verdragsstaat) opereren. Internationaal opererende bedrijven halen hogere nettorendementen op hun investeringen. Indien het Nederlandse belastingtarief op een inkomensbestanddeel lager is dan in de verdragsstaat, slaat het hierboven geschetste beeld om.

Kijken we vervolgens naar KEN, dan zijn de volgende argumenten relevant. Laten we wederom aannemen dat het belastingpercentage in Nederland hoger is dan in het land van de verdragspartner. Nederland verrekenst bij het streven naar KEN de in het buitenland betaalde belasting, zodat de belastingdruk voor Nederlandse investeerders wordt bepaald door het Nederlandse belastingtarief. Een eerste voordeel van een dergelijk systeem is dat het voor Nederlandse investeerders niet uitmaakt of er wordt geïnvesteerd in het buitenland of in Nederland. De verstoorde concurrentie die optreedt tussen Nederlandse internationaal en Nederlandse nationaal investerende investeerders bij het nastreven van KIN is in dit geval niet aan de orde. Een tweede voordeel is dat het voor investeerders in het bronland gemakkelijker zal zijn om hun kapitaal te 'slijten' aan geld behoevende ondernemers. Immers, op dat gebied immers zullen zij minder concurrentie ondervinden van Nederlandse investeerders die eerder zijn geneigd in Nederland te investeren dan in het buitenland. Het maakt nu wel uit voor de actieve onderneming vanwaar deze zijn middelen betreft. Weer geldt: indien het Nederlandse belastingtarief op een inkomensbestanddeel lager is dan in de verdragsstaat, slaat het hierboven geschetste beeld om.

Op basis van de hierboven genoemde argumenten is het onmogelijk om een rangorde aan te brengen tussen KIN en KEN. Alles lijkt te staan of te vallen met de verhouding tussen het percentage dat Nederland hanteert en het percentage dat de verdragspartner hanteert. *Kemmeren* gaat in zijn dissertatie in

²⁷⁴ Althans, in puur fiscale zin. Goed denkbaar is dat het voordeel van het lagere (effectieve) tarief dat moet worden betaald, wordt geneutraliseerd door minder (goede) met belastingen gefacilieerde voorzieningen in het land met het lagere belastingtarief. In andere woorden: als de fiscale kostenpost van de onderneming lager wordt, is de kans groot dat andere kostenposten hoger worden (ter zake van investering in niet-gefacilieerde voorzieningen). In voornoemde zin is het dus nog maar de vraag of het per saldo aantrekkelijker is om in het buitenland te investeren.

²⁷⁵ Het zij hier vermeld dat bij de keuze tussen financiering met eigen vermogen of met vreemd vermogen nog de aftrekbaarheid van de vergoeding op de verschillende vormen van financiering een rol lijkt te spelen. Trekt de actieve onderneming immers eigen vermogen aan vanuit het binnenland of vanuit het buitenland, dan is de te betalen vergoeding op het eigen vermogen (in Nederland althans), niet aftrekbaar. Trekt de actieve onderneming daarentegen eigen vermogen aan vanuit het binnenland of vanuit het buitenland, dan is de te betalen vergoeding op het vreemde vermogen (in Nederland althans), wel aftrekbaar. De rente is aftrekbaar tegen het lagere bronlandtarief. In het tweede geval wordt het volledige voordeel van het lagere tarief geneutraliseerd door het nadeel van de aftrek tegen het lagere tarief. In het eerste geval is daarvan geen sprake. Zie meer over dergelijke aspecten in: E.C.C.M. Kemmeren, 'Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', *WFR* 2009/401.

²⁷⁶ Kemmeren spreekt over kapitaal- en arbeidsimportneutraliteit (KAIN). Zie: E.C.C.M. Kemmeren, 'Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', *WFR* 2009/401.

op voor- en nadelen van KEN.²⁷⁷ Ik zal in het navolgende gedeelte ingaan op wat *Kemmeren* noemt: ‘*direct investments*’²⁷⁸. Dit zijn volgens *Kemmeren* investeringen die de totstandkoming van een *enterprise* (actieve onderneming) in de bronstaat tot gevolg hebben. Ik acht dit vergelijkbaar met wat ik hiervoor ‘investeringen waarop actieve inkomsten volgen’ heb genoemd. Ik acht in dit verband alle transacties binnen concernverband waarbij om onzakelijke redenen een dusdanig lage prijs wordt bedongen dat de werking van art. 8b Wet VPB 1969 jo. Art. 9 OMV wordt ingeroepen, onderdeel van dergelijke directe (actieve) investeringen. Als eerstgenoemd argument door voorstanders van KEN noemt *Kemmeren* het argument dat KEN de concurrentie niet verstoort in de staat waarin wordt geïnvesteerd (bronland). De gedachte achter dit argument is dat – indien lokale ondernemers in het bronland als gevolg van KEN bijvoorbeeld zwaarder worden belast dan ondernemers die investeren vanuit de staat van de verdragspartner – deze verstoring goedge maakt doordat lokale ondernemers hun activiteiten extern kunnen financieren en de externe financieringslast van de winst kunnen aftrekken tegen het hogere tarief. Daarbij wordt mijns inziens uit het oog verloren dat elke beïnvloeding van financieringsverhoudingen tussen VV en EV als gevolg van fiscaliteit, dat door de markt tot stand is gekomen, reeds een verstoring is van de optimale (markt)allocatie. *Kemmeren* noemt zelf een zestal nadelen van KEN waarbij hij o.a. aanstipt dat externe financiering door lokale bronland-ondernemers moeilijker is aan te trekken vanwege lagere inkomsten (na belasting) en daarmee lagere netto-winstprospecten en dat herinvesteringsmogelijkheden in het bronland door zwaardere belastingdruk beperkter worden. Met andere woorden: de concurrentie tussen buitenlandse en binnenlandse investeerders wordt wel degelijk verstoord.

Daarnaast gaat *Kemmeren* in op het feit dat de hoogte van belastingen in landen afhankelijk is van de specifieke voorkeuren van die landen op het gebied van te verschaffen publieke diensten en goederen en van de administratieve effectiviteit van het belastingsysteem aldaar. Hij argumenteert op basis daarvan dat het niet wenselijk is om de belastingheffing op actieve dochtervennootschappen in het buitenland afhankelijk te stellen van de belastingdruk in het land van de herkomst van kapitaal (of arbeid). *Kemmeren* stelt dat op basis van het profijtbeginsel²⁷⁹ de volledige heffingsbevoegdheid dient te worden toegewezen aan de staat waarin het inkomen zijn oorsprong vindt (oorsprongbeginsel²⁸⁰).²⁸¹ Immers, in de staat waar het inkomen tot stand is gebracht, is tevens gebruik gemaakt van de aldaar met belastingen gefinancierde faciliteiten. Het voorgaande onderschrijf ik. *Kemmeren* stelt tevens dat het profijtbeginsel impliceert dat de belasting moet worden geheven van degene die het profijt heeft gehad. De relevante vraag is vervolgens:

²⁷⁷ E.C.C.M. Kemmeren, ‘*Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models*’, Dongen: Pijnenburg vormgevers • uitgevers 2001, p. 75.

²⁷⁸ E.C.C.M. Kemmeren, ‘*Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models*’, Dongen: Pijnenburg vormgevers • uitgevers 2001, p. 74.

²⁷⁹ Stevens licht het profijtbeginsel als volgt toe: ‘*Toepassing van het profijtbeginsel houdt in dat belasting wordt geheven naar de mate waarin het individu profijt heeft getrokken uit de door de overheid bekostigde voorzieningen*’. Zie: L.G.M. Stevens, ‘*Elementair Belastingrecht*’, Deventer: Kluwer 2013, §1.4.b.

²⁸⁰ Een praktisch probleem overigens, met betrekking tot dit oorsprongbeginsel, stelt *Wattel* aan de orde: ‘*Er is in belastingzaken geen duidelijke oorsprongstaat en er is geen duidelijke bestemmingstaat. Dat is met name zo bij kapitaalinkomsten*’. Redactie, ‘*De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen*’, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 230, Deventer: Kluwer 2007. Zelf ben ik van mening dat het onderscheid ligt bij het antwoord op de vraag ten behoeve van welke onderneming, met betrekking tot het kapitaal, arbeid is verricht die waarde heeft toegevoegd aan het kapitaal. De plaats waar de genoemde onderneming is gevestigd heeft te gelden als oorsprongstaat. Uiteraard is aannemelijk dit in de praktijk moeilijk meetbaar is.

²⁸¹ E.C.C.M. Kemmeren, ‘*Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!*’, *WFR* 2009/401.

wie is dit? Ik ben van mening dat dit de actieve onderneming is voor diens winstgedeelte. Echter, voor het gedeelte dat ten goede komt aan de investeerder (interest, royalty's, dividend, inkomsten uit OG) geldt dat deze investeerder heeft geprofiteerd.

Kemmeren onderkent dat investeerders van het hoogst belastende land minder zullen investeren in het andere land als gevolg van het comparatieve voordeel dat investeerders van het laag belastende land als gevolg van het hanteren van KEN genieten. De vraag is of al deze nadelen bij KIN geen rol spelen. Voor de verstoring van de concurrentie geldt inderdaad dat KIN niet de concurrentie tussen buitenlandse en bronland-investeerders verstoort. Voor een land als Nederland lijkt de expansiestimulering die uitgaat van KIN, in het geval de Nederlandse belasting hoger is dan de buitenlandse belasting, een waardevol argument voor de keuze van dit systeem. KIN komt eveneens beter uit de bus wanneer wordt gekeken naar de afhankelijkheid van de belastingdruk in een land van landspecifieke factoren. Omdat de wijze waarop inkomsten uit een bronland worden belast onder KIN afhankelijk zijn van het bronland zelf, sluit de wijze van belasting van de aldaar aanwezige ondernemingen beter aan bij de specifieke wensen en behoeftes van het bronland. Dit argument, op basis van het oorsprong/profijtbeginsel/territorialiteitsbeginsel²⁸², beschermt de belangen van het land waar de economische activiteit plaatsvindt.

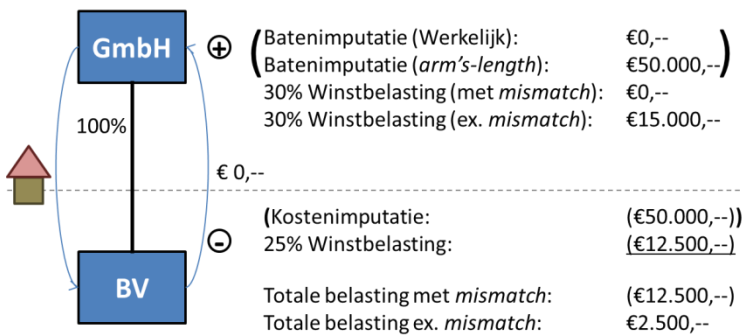
Samenvattend kan worden gesteld dat argumenten vóór en tegen KIN en KEN zijn te noemen. Het effect van de twee vormen van neutraliteit zal afhankelijk zijn van de tarieven die verdragspartners hanteren en is op voorhand niet te voorspellen. Ik acht het argument op het gebied van belastingsovereiniteit van aparte staten wel doorslaggevend. De belastingdruk op inkomensstromen dient afhankelijk te zijn van de belastingdruk van het land waar een reële economische activiteit ontplooid wordt. De actieve onderneming profiteert van de met belastingmiddelen gefinancierde overheidsdiensten. Deze band is minder sterk bij de hierboven besproken 'passieve' inkomsten. Ik spreek dan ook mijn voorkeur uit voor het streven naar KIN op het gebied van reële economische activiteiten. In mijn ogen horen kapitaalstromen die volgen op transacties in internationaal concernverband eveneens tot die reële economische activiteiten.

4.2.5 Toepassing op dubbele belasting door TP-mismatch

Om te achterhalen op welke wijze KIN bereikt kan worden bij de problematiek van verrekenprijzen in concernverband, hanteer ik in deze subparagraaf het volgende voorbeeld. Een Duitse GmbH investeert in Nederland door middel van een 100%-dochter. De Nederlandse BV wordt onderworpen aan een winstbelastingtarief van 25%. De Duitse GmbH is onderworpen aan een winstbelastingtarief van 30%. BV huurt van GmbH een pand. GmbH bedingt geen huur, terwijl een zakelijke huur €50.000,-- zou bedragen. De Nederlandse belastingdienst corrigeert de huur naar een zakelijk niveau. Duitsland doet dit niet. Als gevolg hiervan ontstaat een heffingslek. In de navolgende situatieschets is te zien dat er €15.000,-- minder belasting in concernverband wordt geheven in het geval Duitsland niet imputeert ten opzichte van de situatie waarin Duitsland dit wel doet.

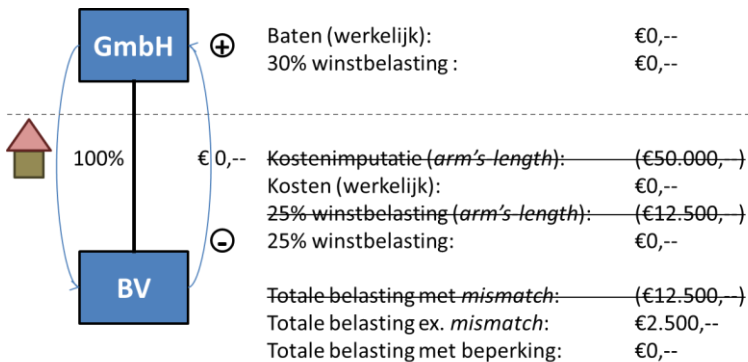
²⁸² *Wattel* licht dit beginsel toe met de woorden: 'Het komt erop neer dat alleen belast wordt wat binnen de eigen jurisdictie opkomt'. Redactie, *'De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 230, Deventer: Kluwer 2007.

Figuur 2: Effect van (absolute) TP-mismatch



De oplossing die gevonden moet worden is een oplossing waarbij een Nederlandse BV (BV2), die investeert in BV, niet anders belast wordt dan GmbH die in BV investeert. In dit geval gaat het om de grondslag en niet zozeer om het tarief. De grondslag moet dus gelijk zijn voor GmbH aan de grondslag van BV2 op deze investering. De enige manier waarop deze oplossing kan worden bereikt is door aanpassingen te doen in de grondslag van BV. Hierbij wordt er vanuit gegaan dat deze grondslagverandering bij BV doorwerkt naar GmbH door middel van verlaagde winstuitkeringen. De grondslag van GmbH direct aanpassen valt buiten de belastingjurisdictie van Nederland. Voorgaande betekent dat in Nederland bij bestrijding van deze gedeeltelijke non-belasting de kostenimputatie moet worden geweigerd. Zo bereikt Nederland door het Duitse systeem te volgen (geen imputatie) dat de Duitse grondslag (middels lager dividend) afhankelijk wordt van de Nederlandse belastinggrondslag. Getalsmatig laat het effect van een dergelijke maatregel zich als volgt vatten:

Figuur 3: Oplossing van (absolute) TP-mismatch



Zoals in dit voorbeeld te zien is de totale belasting hier €2.500,-- lager dan het geval zou zijn geweest als zowel Nederland als Duitsland de huurkosten respectievelijk huurbaten zouden hebben geïmputeerd. Dit verschil is als volgt te herleiden: $50.000,-- * (30\% - /- 25\%) = €2.500,--$. Zoals te zien is, is het verschil gelijk aan het verschil tussen het Nederlandse en het Duitse tarief.²⁸³ Met andere woorden: de omvang van de grondslag van de GmbH verschilt niet van die van een Nederlandse BV. Er is KIN bewerkstelligd.

²⁸³ De bepaling van dit tarief behoort tot de belastingsovereiniteit van Duitsland. Vergelijk in dit verband hetgeen *Vanistendael* stelt: 'Het tarief waarmee je wordt geconfronteerd wordt uiteraard door de lidstaten bepaald'. Redactie, 'De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 230, Deventer: Kluwer 2007.

4.2.6 Conclusie

In deze paragraaf is de volgende vraag aan de orde gekomen: ‘Wat zou Nederland na moeten streven bij de voorkoming van economisch dubbele (non-)belasting die voortkomt uit verrekenprijsproblematiek in internationaal (concern)verband?’. Na de twee verschillende vormen van kapitaalneutraliteit tegen het licht te hebben gehouden ben ik tot de conclusie gekomen dat Nederland KIN na zou moeten streven op het gebied van de zogenaamde ‘actieve’ inkomsten. Ik heb de definitie die de NFV 2011 t.a.v. deze actieve inkomsten hanteert aangepast. Als actieve inkomsten kwalificeren naar mijn mening ook de (al dan niet fictieve) inkomsten die op onzakelijk voorwaarden in concernverband overeengekomen zijn. Dat betekent dat Nederland bij de voorkoming van economisch dubbele (non)belasting, die voortkomt uit verrekenprijsproblematiek in internationaal (concern)verband, KIN na zou moeten streven. Tot slot heb ik inzichtelijk gemaakt hoe dit kan worden bereikt in het in deze scriptie aan de orde zijnde probleem. Kortweg luidt deze oplossing dat, indien het buitenland geen batenimputatie toestaat, de Nederlandse wet kostenimputatie niet moeten toestaan. Uiteraard moet worden voorkomen dat als gevolg van een dergelijk artikel het risico op economisch dubbele belasting ontstaat.

4.3 Art. 9 OESO modelverdrag: *arm’s-length* in internationaal belastingrecht

4.3.1 Inleiding

Met de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 en de daarbij in de parlementaire behandeling gegeven toelichting is duidelijk dat art. 9 OMV direct van toepassing is op de Nederlandse wet. Immers, zo stelde de staatssecretaris:

*‘Met deze codificatie wordt bevestigd dat het arm’s-lengthbeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 9 van het OESOmodelverdrag van toepassing is in Nederland. Hiermee is tevens beoogd dat de invulling die in de Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations (OESO-richtlijnen) wordt gegeven aan artikel 9 van het OESO-modelverdrag doorwerkt in de Nederlandse rechtspraak’.*²⁸⁴

In de kern verklaart de staatssecretaris dat datgene wat in internationale OESO-fora tot stand komt op het gebied van interpretatie van art. 9 OMV rechtstreeks van toepassing op de Nederlandse vennootschapsbelasting. Dit beeld wordt nog versterkt wanneer men de NFV 2011 erop naslaat. Hierin stelt de staatssecretaris in paragraaf 2.6.4 dat Nederland de *TP-guidelines* volledig toepast.²⁸⁵ Indien elk land zich conformeert aan de zogenoemde *TP-guidelines* en deze op gelijke wijze interpreteert en toepast, komt het probleem van dubbele (non)belasting, door het hanteren van verschillende VP’s, niet voor.

Uiteraard is de alledaagse praktijk weerbarstiger dan de hierboven geschetste utopie. Problemen kunnen mijns inziens op dit gebied op twee wijzen ontstaan. Deze eerste wijze waarop een *mismatch* kan ontstaan, noem ik een ‘absolute *TP-mismatch*’. Stel dat er een transactie tussen BV A en BV B plaatsvindt. BV A, gevestigd in land A, en BV B, gevestigd in land B, zijn gelieerd in de zin van art. 9 OMV. Land A past op consequente wijze de *TP-guidelines* toe bij de winstbepaling in de nationale winstbelasting. Dat betekent dat zowel te lage als te hoge kosten in concernverband door land A voor de fiscale winstberekening

²⁸⁴ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 8.

²⁸⁵ Bijlage bij: Kamerstukken II, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011), § 2.6.4.

worden gecorrigeerd naar een *arm's-length* niveau. In situatie 1 doet land B dit niet. Land B corrigeert op geen enkele wijze deze kosten. Duidelijk is dat in deze situatie een *mismatch*²⁸⁶ kan ontstaan. In deze situatie corrigeert land B wel de fiscale winst van vennootschappen in concernverband en past de *TP-guidelines* ingevolge diens nationale wet toe. Het enige verschil met de wijze waarop land A correcties op de fiscale winst aanbrengt, is gelegen in de wijze waarop land B de *TP-guidelines* interpreteert. Dit heeft in het geval van ons voorbeeld tot gevolg dat de *arm's-length* VP die land B hanteert, gemiddeld twee keer zo laag is als de *arm's-length* VP die land A hanteert. Ondanks het feit dat beide landen de *TP-guidelines* in hun nationale wetten toepassen, ontstaat hier nog steeds een *mismatch*.

Met het bovenstaande in het achterhoofd beantwoord ik in deze paragraaf drie vragen. Allereerst beantwoord ik de vraag of er een risico op een absolute *TP-mismatch* is. Bij landen waarmee Nederland geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting (zie bijlage 4) heeft gesloten, staat vast dat de behandeling van *TP* in concernverband een nationaalrechtelijke aangelegenheid is van de desbetreffende landen. Het antwoord op de vraag of er in dit geval een risico op absolute *TP-mismatch* ontstaat, is daarmee afhankelijk van de wetgeving van het desbetreffende land. In het geval het echter gaat om landen waarmee Nederland wél een verdrag heeft gesloten met een OMV-conform art. 9 (zie bijlage 4), ligt dit anders. In dat geval is belangrijk te bepalen of een dergelijke verdragsbepaling, op het moment dat er sprake is van economisch dubbele (non)belasting, verdragspartners kan dwingen een *arm's-length* *TP* in aanmerking te nemen. In dit verband vraag ik me af of het buitenland kan worden gedwongen Nederland te volgen bij een kostenimputatie. Indien art. 9 OMV verdragsstaten kan dwingen een *arm's-length* *TP* te hanteren, dan kan de vraag of er sprake is van risico op een absolute *TP-mismatch* voor die specifieke landen ontkennend worden beantwoord. Indien een dergelijke art. 9-bepaling geen dwingendrechtelijke kracht heeft, is, evenals bij landen waarmee geen verdrag is afgesloten, het risico op een absolute *TP-mismatch* wél aanwezig. Of er daadwerkelijk sprake is van een absolute *TP-mismatch* is vervolgens wederom afhankelijk van de wetgeving van de desbetreffende verdragspartner. Ten tweede vraag ik me af of Nederland niet in strijd met art. 9 OMV handelt indien het een *arm's-length* kostenimputatie in aftrek beperkt. In andere woorden: trekt Nederland op deze wijze geen heffingsbevoegdheid naar zich toe en pleegt het hiermee geen '*treaty override*'? De derde vraag die ik beantwoord is of er, zelfs in het geval er geen risico bestaat op een absolute *TP-mismatch*, sprake is van risico op een relatieve *TP-mismatch*. De vraag is hoe groot de kans is dat interpretatieverschillen tussen twee verdragsstaten die de *TP-guidelines* toepassen leidt tot aanzienlijke verschillen in hoogtes van VP's.

Aldus onderzoek ik in deze paragraaf allereerst waartoe art. 9 OMV, mits opgenomen in specifieke verdragen, verdragsstaten verplicht en waar het verdragsstaten toe in staat stelt. Vervolgens onderzoek ik oorzaken waardoor de interpretatie van art. 9 OMV in verschillende landen in theorie zou kunnen verschillen. In de conclusie van deze paragraaf geef ik antwoord op de in deze inleiding opgeworpen vragen.

²⁸⁶ Zie hoofdstuk 3.

4.3.2 Art. 9 OESO modelverdrag: absolute TP-mismatch?

Om de eerste in deze paragraaf opgeworpen vraag te kunnen beantwoorden, kijk ik naar de tekst van art. 9 OMV (zie bijlage 2). De in het eerste lid gebezigde formulering ‘*may be included in the profits*’ suggereert een optie voor de staat waar baten neer zouden moeten slaan, om die baten op fictieve wijze alsnog in de nationale winst van de desbetreffende vennootschap te betrekken. Een verplichting lijkt echter geenszins te worden opgeroepen door art. 9 OMV. Het een en ander lijkt logisch indien men in het achterhoofd houdt dat belastingverdragen weliswaar rechten kunnen verdelen, maar deze nimmer kunnen creëren.²⁸⁷ *De Hosson* constateert ook dat de letterlijke tekst slechts ruimte lijkt te bieden voor een optie, maar is tevens van mening dat in paragraaf 2 van het OESO-commentaar op art. 9 OMV een aanwijzing te vinden is dat art. 9 OMV wel degelijk een plicht oproept²⁸⁸. *De Hosson* baseert zich, blijkens zijn artikel, op de volgende zinsnede in het commentaar: ‘*No rewriting of the accounts of associated enterprises is authorised if the transactions between such enterprises have taken place on normal open market commercial terms (on an arm’s length basis)*’²⁸⁹. Zelf kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat deze frase slechts een verbod op een *arm’s-length*-correctie impliceert indien de (niet) te corrigeren voorwaarden reeds zakelijk zijn. In mijn ogen impliceert paragraaf 2 van het commentaar juist slechts de mogelijkheid of optie om te corrigeren, en geenszins de verplichting.²⁹⁰ Daarnaast baseert *De Hosson* zijn visie op de historie van het huidige art. 9 OMV.²⁹¹ Hij stelt dat het artikel in eerste aanleg beoogde een einde te maken aan de willekeur en verscheidenheid van winstbepalingssystemen die staten hanteerden bij de berekening van de winst van een multinationale onderneming. Indien dit inderdaad nog steeds de leidende gedachte achter art. 9 OMV is, kan ik volledig meegaan in de mening van *De Hosson*. Echter, de toelichting bij de voorloper van art. 9 OMV, waarop *De Hosson* zich baseert, stamt uit 1935. Tussen de introductie in 1935 en het laatste OESO-commentaar uit 2010, zijn een aantal zaken in de wereld veranderd: multinationale ondernemingen zijn gegroeid, nationale markten integreren, multinationale ondernemingen zien zich – geconfronteerd met sterk toegenomen concurrentie – genoodzaakt hun belastingdruk te minimaliseren en nationale belastingstelsels zijn in de tijd niet mee geïntegreerd met de integratie van nationale markten.²⁹² Onder meer de voorgaande ontwikkelingen hebben tot gevolg gehad dat multinationale ondernemingen (MNO’s) anno 2010 (en heden ten dage) een geheel andere rol vervullen in de samenleving dan MNO’s anno 1935. Voorkomen van misbruik van belastingverdragen en belastingwetgeving speelt een steeds grotere rol²⁹³, terwijl bescherming van multinationale ondernemingen in mindere mate een rol speelt. De nadruk op het bestrijden van belastingontwijking door multinationale ondernemingen blijkt ook uit de inleiding van het zogenoemde BEPS-rapport van de OESO.²⁹⁴ Ik ben dan

²⁸⁷ Zie hiervoor: ‘A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, *‘Internationaal belastingrecht’*, FED fiscale studieserie, Deventer: Kluwer 2011, §1.7.2.

²⁸⁸ F.C. de Hosson, ‘Renteaftrekbepalingen en het Nederlandse verdragsbeleid’, *WFR* 2011/1258.

²⁸⁹ *Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises*, OECD 2010, §2.

²⁹⁰ §2 van het OESO-commentaar opent immers met: ‘*This paragraph provides that the taxation authorities of a Contracting State may (onderstreept: VM) (...) re-write the accounts of the enterprises (...)*’. *Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises*, OECD 2010, §2.

²⁹¹ F.C. de Hosson, ‘Renteaftrekbepalingen en het Nederlandse verdragsbeleid’, *WFR* 2011/1258.

²⁹² V.L. Meijerman, ‘Verslag congres ‘Ongewenste belastingontwijking?’’, *WFR* 2013/900.

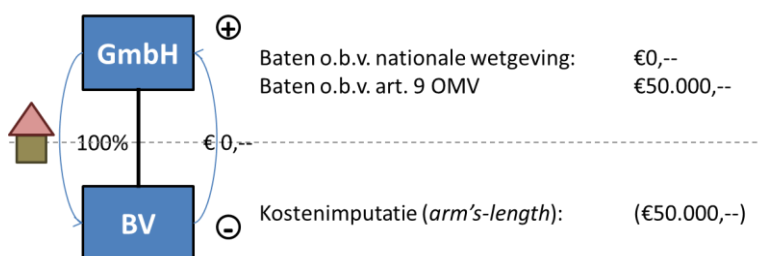
²⁹³ Overigens erkent *De Hosson* dit zelf ook in zijn artikel. Zie: F.C. de Hosson, ‘Renteaftrekbepalingen en het Nederlandse verdragsbeleid’, *WFR* 2011/1258.

²⁹⁴ *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: 2013, H1.

ook van mening dat dit argument van *De Hosson* eveneens weinig hout snijdt en dat de ‘ontvangende’ staat op basis van art. 9 lid 1 OMV niet verplicht is om een *arm’s-length*-correctie toe te passen.

In het hierboven geschetste concrete voorbeeld betekent het gebrek aan een verplichting om baten te imputeren het volgende. Staten krijgen op basis van art. 9 OMV wel de mogelijkheid toegeschoven om fictieve (imputatie-)baten op te nemen in de winstgrondslag van de in die staten gevestigde lichamen (correctie). Maar deze correctie blijft alsnog achterwege in het geval de nationale wetgeving geen basis biedt voor een dergelijke correctie. In het door mij hierboven beschreven geval hanteerde ik de (al dan niet realistische) uitgangssituatie dat de staat, in het geval van onzakelijk handelen, waar de baten neer zouden moeten slaan, deze baten niet imputeert. Stel dat we deze situatie omkeren. Hierdoor wordt duidelijk of een land wel – in tegenstelling tot de bovenstaande situatie waarin de debiteursstaat geen kosten imputeert – kan worden gedwongen om een land dat een fictieve kostenpost op basis van het *arm’s-length*-beginsel imputeert, te volgen met een corresponderende baten-imputatie. Ik hanteer wederom het voorbeeld uit paragraaf 4.2.5. Een Duitse GmbH verhuurt om niet een pand aan diens 100% dochter-BV in Nederland. Nederland imputeert €50.000,-- kosten. Wederom veronderstellen we dat Duitsland geen baten-imputatie toepast op basis van zijn nationale wetgeving. In het verdrag met Duitsland is – in het voorbeeld – een OMV-conform art. 9 opgenomen. De vraag is nu of Duitsland verplicht is om Nederland fiscaal te volgen in diens kosten-imputatie. Vooropgesteld zij dat hier geen dubbele belasting ontstaat. De tegenovergestelde situatie is aan de orde: een heffingslek. Het voorbeeld laat zich in de volgende situatieschets vangen:

Figuur 4: Heffingslek/ dubbele non-heffing



Bezien we nu de tekst van het tweede lid van art. 9 OMV, dan lijkt hier wel een verplichting te worden opgeroepen door het artikel. Immers, er wordt gesteld: *‘that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits’*. Om art. 9 lid 2 OMV van toepassing te laten zijn op bovenstaande situatie, dient het begrip *profits* algebraïsch te worden geïnterpreteerd. Indien dit wordt gedaan, is het mijns inziens duidelijk dat Nederland hier op een *arm’s-length*-wijze *profits* (de kostenaf trek) in de winst van een onderneming betreft. Lid 2 stelt dat de andere staat *‘shall make an appropriate adjustment’*. Deze letterlijke tekst van art. 9 lid 2 OMV suggereert een verplichting. De tekst van het meest recente OESO-commentaar bij het tweede lid van art. 9 OMV geeft slechts aan dat het tweede lid van toepassing is indien het *at-arm’s-length* aanpassen van de winst van een onderneming in één van de verdragsstaten leidt tot economisch dubbele belasting.²⁹⁵ Duidelijk is dat het commentaar hier de situatie voorziet waarin één der staten een bate imputeert, terwijl de andere staat geen kosten

²⁹⁵ *Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises*, OECD 2010, §5.

imputeert.²⁹⁶ Over het omgekeerde geval – een heffingslek door de hierboven in figuur 4 geschetste situatie – rept het commentaar geen woord. Dit suggereert dat in het geval van een heffingslek geen verplichting bestaat tot het maken van een corresponderende aanpassing door – in mijn situatie – Duitsland. *Cottani* beschrijft eveneens slechts de situatie van economisch dubbele belasting als aanleiding voor het maken van een corresponderende correctie op basis van art. 9 lid 2 OMV.²⁹⁷ Sterker nog, *Cottani* stelt dat de corresponderende correctie een ‘(downward) adjustment’²⁹⁸ is.

Aldus suggereert de tekst van art. 9 OMV allereerst een verplichting tot baten-imputatie in het geval van een heffingslek. Het OESO-commentaar suggereert daarentegen dat in dat geval geen verplichting bestaat. Tot slot suggereren *Cottani* en *Vleggeert* hetzelfde. Daarmee kan de vraag of art. 9 OMV dwingt tot het in aanmerking nemen van een corresponderende bate in het geval de verdragsstaat op basis van het arm’s-length-principe kosten heeft geïmputeerd ontkennend worden beantwoord. Er is dus in verdragsrelaties sprake van een risico op een absolute *TP-mismatch*.

4.3.3 Imputatiebeperking en belastingverdragen, sprake van treaty override?

4.3.3.1 Inleiding: het schetsen van een potentieel probleem

De tweede in de inleiding van deze paragraaf opgeworpen vraag die beantwoord dient te worden is de vraag of Nederland in strijd met OMV-conforme verdragen handelt in het geval zij *arm’s-length*-imputatie beperkt. Om scherp te krijgen waarom een dergelijke strijd aan de orde zou kunnen komen is het goed om het voorbeeld uit figuur 4 volledig uit te werken. Gezien het feit dat ik heb aangegeven te zoeken naar een imputatiebeperking waarbij niet alleen renten (potentieel) in de beperking betrokken worden, maar ook andere geïmputeerde inkomensbestanddelen, zal ik bij het opstellen van een dergelijk artikel rekening houden met diverse toewijzingsartikelen in het OMV. Art. 7 OMV (winst uit onderneming) laat ik voor dit onderzoek buiten beschouwing. Mijn onderzoek gaat over transacties in gelieerde verhoudingen, niet over de zelfstandige winst behaald door een onderneming. Art. 10 OMV laat ik eveneens buiten beschouwing. Voornoemd artikel handelt over de toewijzing van heffingsbevoegdheid bij dividenduitkeringen, welke naar hun aard niet in aanmerking komen voor een arm’s-length-correctie. Ook de artt. 15, 18 en 19 OMV betrek ik niet in de hierna volgende analyse. Mijn onderzoek gaat over de verhouding tussen gelieerde lichamen, de inkomensbestanddelen waar genoemde artikelen op zien gaan naar hun aard slechts over natuurlijke personen.²⁹⁹ Tot slot laat ik ook de artt. 8 en 17 OMV (Scheep- en luchtvaart) buiten beschouwing vanwege de specifieke aard van die artikelen. De toewijzingsregels neergelegd in de artt. 6

²⁹⁶ Of dit wel doet, maar deze kosten weer in aftrek beperkt.

²⁹⁷ G. Cottani, ‘Transfer Pricing’, Topical Analyses IBFD, IBFD: Oct. 2013, §6.2.

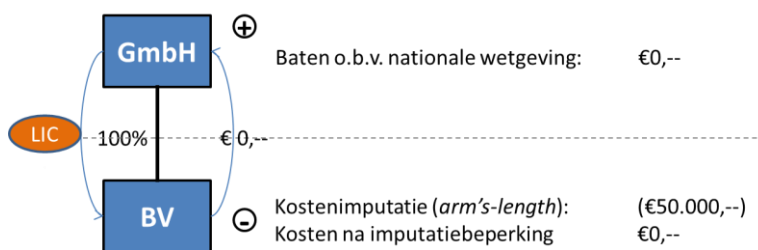
²⁹⁸ *Vleggeert* suggereert hetzelfde als *Cottani* door te stellen dat art. 9 lid 2 OMV het volgende bewerkstelligt: ‘Wanneer een staat de winst van een onderneming (naar boven (Onderstreping VM)) aanpast, is het de bedoeling dat de andere staat de belasting die in die staat over de voordelen is geheven dienovereenkomstig herziet (VM: door die belasting te verlagen).’ J. Vleggeert, ‘Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht’ Fiscale Monografieën 132, Deventer: Kluwer 2009, p. 140

²⁹⁹ naar Nederlands recht is een dienstbetrekking met een rechtspersoon niet mogelijk

(OG), 11 (interest), 12 (royalty's), 13 (vermogenswinsten) en 16 (directeursbeloningen)³⁰⁰ OMV reken ik wel tot de reikwijdte van dit onderzoek.³⁰¹

Ik pas het vorige voorbeeld dusdanig aan dat geen sprake meer is van verhuur, maar van het door GmbH om niet ter beschikking stellen van een gebruiksrecht op diens intellectuele eigendom aan BV. Ik maak deze keuze omdat ik op deze wijze art. 12 OMV (royalty's) in de analyse kan betrekken. Dit artikel wijst een exclusief heffingsrecht toe aan de woonstaat van de ontvanger van de royalty. Deze 100% toewijzing aan de woonstaat contrasteert sterk met het in aftrek beperken van de (imputatie)vergoeding in de bronstaat, waarmee het komende voorbeeld geschikt is om duidelijk te maken waarom eventueel sprake kan zijn van zogenoemde 'treaty override'. Principieel verandert het in het voorbeeld hanteren van bijvoorbeeld huur of interest niets aan de uitwerking. In het geval in ons voorbeeld wel een vergoeding overeen zou zijn gekomen, dan zou een zakelijke royalty €50.000,-- bedragen. Ik neem aan dat Duitsland nu nóch op basis van nationale wetgeving nóch op basis van art. 9 OMV (daartoe is Duitsland immers niet verplicht) royaltybaten imputeert. Tot slot veronderstel ik dat Nederland met Duitsland op dit punt een volledig OMV-conform bilateraal belastingverdrag heeft gesloten. Op deze wijze ontstaat de volgende situatie ontstaat op deze wijze:

Figuur 5: Absolute TP-mismatch



Nederland zal bij de winstbepaling van BV eerst op basis van art. 8b Wet VPB 1969 geïmputeerde kosten met een omvang van €50.000,-- in aanmerking nemen. Vervolgens blijkt dat Duitsland geen corresponderende baten in aanmerking neemt. Ingevolge een door mij voorgestane bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* in internationaal verband, beperkt Nederland daarom de imputatieroyalty in aftrek. Wat er in mijn ogen feitelijk (fiscaal gezien) gebeurt, is dat Nederland, door geen aftrek toe te staan, de te imputeren royaltystroom onderwerpt aan een bronbelasting van 25% (Nederlands VPB-tarief waartegen de kosten niet aftrekbaar zijn). Kijken we echter naar art. 12 OMV, dan is in lid 1 van dat artikel te lezen: 'Royalties arising in a contracting state (VM: Nederland) and beneficially owned by a resident of the other contracting state (VM: Duitsland) shall be taxable only in that other state (VM: Duitsland)'. Kort gezegd: over de royalty's heeft Duitsland als bronland het exclusieve heffingsrecht. Of Duitsland daar vervolgens gebruik van maakt is een Duitse aangelegenheid. Het heeft er schijn van dat Nederland, door middel van bovenstaande beperking, heffingsrecht naar zich toe trekt. Formeel betreft Nederland weliswaar de GmbH niet in de Nederlandse vennootschapsbelasting,

³⁰⁰ Art. 16 OMV kan ook zien op rechtspersonen. Zie: A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationaal belastingrecht', FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2011, §5.2.1.

³⁰¹ Overigens zal ik in het kader van dit onderzoek slechts aan de basale kenmerken van de toewijzingsartikelen aandacht besteden. Een uitputtende bespreking van de diverse toewijzingsartikelen blijft buiten beschouwing.

waardoor toepassing van art. 12 OMV niet aan de orde kan komen, materieel belast Nederland de GmbH, zoals reeds gezegd, wel. Wellicht overschrijdt Nederland hiermee zijn fiscale soevereiniteit en handelt de Nederlandse staat in strijd met het met Duitsland afgesloten verdrag en pleegt het ‘*treaty override*’^{302/303}.

Bij het schetsen van het bovenstaande potentiële probleem heb ik een aantal vooronderstellingen gedaan. Ten eerste heb ik de impliciete aanname gedaan dat art. 9 OMV bewerkstelligt dat voor verdragstoepassing fictieve inkomensstromen ontstaan, die te kwalificeren zijn als inkomensstromen die onder een toewijzingsartikel vallen. Met andere woorden, ik heb aangenomen dat art. 9 OMV als het ware bewerkstelligt dat de toewijzingsartikelen³⁰⁴, die in beginsel slechts zien op juridisch dubbele belasting, eveneens relevant zijn voor het toewijzen van heffingsbevoegdheid in het geval van economisch dubbele belastingheffing door *TP*-perikelen. Ik noem dit een brede interpretatie van art. 9 OMV. Ten tweede heb ik aangenomen dat het in aftrek beperken van kosten een vorm van *treaty override* kan zijn. Deze twee aannames zal ik in de komende paragraaf tegen het licht houden. In paragraaf 4.3.3.3 zal ik met dit doel beschrijven wat de term *treaty override* inhoudt. Daarnaast zal ik in paragraaf 4.3.3.4 inzichtelijk maken wat de invloed van art. 9 OMV en art. 8b Wet VPB 1969 op de interpretatie van een OMV-conform verdrag kan zijn. In paragraaf 4.3.3.5 analyseer ik of er bij een nieuw op te stellen imputatie beperkend artikel inderdaad sprake kan zijn van *treaty override*. Indien dit niet het geval is, werpt art. 9 OMV geen belemmering op voor een dergelijk in te voeren artikel. Ik sluit af met een samenvatting en concludeer dat geen sprake is van *treaty override*. Omdat bij de hierboven genoemde elementen van evident belang is wat de wijze is waarop een belastingverdrag geïnterpreteerd dient te worden, zal ik in de navolgende paragraaf (4.3.3.2) starten met een beschrijving van deze interpretatiewijze.

4.3.3.2 Interpretatie van belastingverdragen: art. 3 lid 2 OMV en art. 31 Weens verdragenverdrag

4.3.3.2.1 Art. 31 Weens verdragenverdrag

Bij de interpretatie van belastingverdragen is – naar de aard van de zaak: het verdelen van heffingsrechten – steeds sprake van tegengestelde belangen. Enerzijds pogen verdragsstaten, binnen de grenzen van de in gesloten verdragen neergelegde heffingsverdeling, zoveel mogelijk heffingsrecht te effectueren. Anderzijds zijn zowel verdragsstaten als hun belastingsubjecten gebaat bij een zo uniform mogelijke uitleg van belastingverdragen (voornamelijk in het kader van rechtszekerheid). Deze twee belangen gaan niet altijd hand in hand. *Vogel* en *Prokisch* stellen in dit verband: ‘*the interpreter of double taxation conventions should try to find a balance between achieving uniformity and respecting the preference of Contracting States for applying their domestic tax laws even in cases of international taxation*’.³⁰⁵ De

³⁰² *Stevens, De Graaf en Kavelaars* stellen dat sprake is van *treaty override* in het geval: ‘*Staten (...) onwelgevallige verdragsbepalingen eenzijdig terzijde (...) stellen*’. Zie: A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, ‘*Internationaal belastingrecht*’, FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2011, §1.7.2.

³⁰³ *Peters en Roelofsen* stellen: ‘*The Hoge Raad’s view on the relationship between domestic law and treaty law also explains its judgment that anti-abuse provisions introduced after the conclusion of a particular treaty that could possibly lead to a shift of taxing rights under that treaty conflict with the Dutch obligations under that treaty and thus remain without effect.*’ Zie: F.G.F. Peters & A. Roelofsen, ‘*Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions – Netherlands*’, IFA Cahiers vol. 95A, Den Haag: SDU Uitgevers 2010. Meer hierover later in deze paragraaf.

³⁰⁴ Voor dit onderzoek zijn dat de artt. 6, 11, 12, 13 en 16 OMV. Zie eerder in de tekst.

³⁰⁵ K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 55.

eerste stap die genomen dient te worden bij de interpretatie van internationale verdragen in het algemeen, volgt uit art. 31 van het Weens verdragenverdrag (hierna: WVV, zie bijlage 2)³⁰⁶.

Op basis van lid 1 van art. 31 WVV dienen internationale verdragsbepalingen allereerst geïnterpreteerd te worden naar hun ‘gewone’ betekenis. *Vogel* en *Prokisch* betogen dat juridische termen vaak te vaag en algemeen zijn voor een letterlijke interpretatie en stellen dat daarom in de praktijk voornamelijk de context van belang is.³⁰⁷ Deze context bestaat in beginsel uit de tekst van het verdrag in kwestie, alsmede uit de preambule en bijlagen gepubliceerd bij het verdrag (zie het hierboven aangehaalde art. 31 lid 2 WVV). Daarnaast speelt schriftelijke correspondentie tussen de verdragsstaten ten tijde van het tekenen van het verdrag een belangrijke rol. Unilaterale verklaringen en interpretaties omtrent een verdrag spelen daarentegen geen rol bij het bepalen van de hierboven bedoelde context.³⁰⁸ Naast de in lid 1 genoemde context, noemt datzelfde lid het ‘*voorwerp en doel*’ van het verdrag als elementen waarop acht geslagen dient te worden bij de interpretatie van een verdrag. *Vogel* en *Prokisch* stellen dat aan het voorwerp en doel van het verdrag geen zelfstandige betekenis toegekend dient te worden bij de interpretatie van belastingverdragen.³⁰⁹ Zij stellen in dit kader dat, om het voorwerp en doel van een verdrag te achterhalen, de gezamenlijke intentie van verdragspartijen vastgesteld dient te worden. Vervolgens zijn zij van mening dat dit niet bereikt kan worden door middel van de interpretatiemethode van art. 31 WVV. Hierin staat immers slechts vermeld hoe de context van een verdrag bepaald dient te worden. Zij zijn dan ook van mening dat het voorwerp en doel van een verdrag slechts in samenhang met de hierboven bedoelde context van een verdrag gezien dient te worden.

4.3.3.2.2 Art. 3 lid 2 OMV

Specifiek relevant voor de interpretatie van belastingverdragen is, mits in het betreffende verdrag opgenomen, art. 3 lid 2 OMV (zie bijlage 2). Dit artikel vormt een specificering – een zogenaamde *lex specialis* – van de, in het hierboven behandelde art. 31 WVV neergelegde, *lex generalis*.³¹⁰ Als zodanig dient dit artikel in lijn met art. 31 van het Weens verdragenverdrag toegepast te worden.

Deze regel stelt *grosso modo* dat indien termen in een verdrag niet gedefinieerd zijn, deze termen de betekenis toegekend zullen krijgen die deze termen in de nationale wet van verdragspartners hebben. Deze interpretatie naar nationaal recht kent twee beperkingen. Allereerst dient de interpretatie van termen naar nationaal recht niet tot gevolg te hebben dat er een situatie ontstaat die in strijd is met de context van het verdrag. De vraag is vervolgens waar deze context uit bestaat. *Vogel* en *Prokisch* stellen dat de ‘context’ in art. 3 lid 2 OMV in ieder geval een bredere betekenis toegedicht dient te worden dan het woord ‘context’

³⁰⁶ Vgl.: K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 56. Op p. 67 van het in deze voetnoot genoemde werk, laten auteur als volgt optekenen: ‘*Accordingly, most Reporting States accept the Article 31-33 of the VCLT as valid international customary law.*’

³⁰⁷ K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 68.

³⁰⁸ *Vogel* en *Prokisch* schrijven dat het gebruik van unilaterale documenten als context bij de interpretatie van verdragen internationaal bekritiseerd wordt: K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 69.

³⁰⁹ *Vogel* en *Prokisch* schrijven dat het gebruik van unilaterale documenten als context bij de interpretatie van verdragen internationaal bekritiseerd wordt: K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 72.

³¹⁰ Vgl.: K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 77.

in het hierboven besproken art. 31 WVV.³¹¹ In het OESO-commentaar staat te lezen dat de context van het verdrag voor de toepassing van art. 3 lid 2 OMV bestaat uit de gezamenlijke intentie van verdragspartners ten tijde van het tekenen van het verdrag, alsmede de betekenis die de te interpreteren term heeft in de wetgeving van de verdragspartner.³¹² Tot slot zij nog de vraag gesteld of termen geïnterpreteerd dienen te worden naar de betekenis die de term heeft onder nationale wettelijke bepalingen ten tijde van het sluiten van het verdrag (statische methode) of ten tijde van het interpreteren van het verdrag (dynamische methode). Uit het OESO-commentaar blijkt een expliciete voorkeur voor de statische methode.³¹³ Vogel en Prokisch staan in beginsel een dynamische interpretatie voor.³¹⁴

4.3.3.2.3 Samenvattend

Met betrekking tot de interpretatie van belastingverdragen zijn twee internationaalrechtelijke bepalingen van belang. Allereerst speelt art. 31 WVV, als *lex generalis*, een belangrijke overkoepelende rol. Art. 3 lid 2 OMV, als *lex specialis* specificceert art. 31 WVV voor de interpretatie van belastingverdragen. In samenhang bezien hebben de twee artikelen tot gevolg dat het interpreteren van een verdrag naar nationaal recht zijn grens vindt in de context van het betreffende verdrag. Deze context wordt gevormd door bilaterale verklaringen omtrent het verdrag alsmede de wetgeving van beide verdragsstaten.

4.3.3.3 Treaty override

4.3.3.3.1 Treaty override gedefinieerd

De status van internationale verdragen is binnen het systeem van de Nederlandse wet opgenomen in art. 94 (zie bijlage 3) van de Nederlandse grondwet. Hierin staat *grosso modo* dat nationale bepalingen die in strijd zijn met afspraken die vastgelegd zijn in bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing, geen toepassing vinden (uiteraard slechts voor die specifieke verdragsituaties). In dit verband stellen Stevens, De Graaf en Kavelaars dat er sprake is van *treaty override* in het geval: ‘*Staten (...) onwettelijke verdragsbepalingen eenzijdig terzijde (...) stellen*’.³¹⁵ Deze vorm van *treaty override* is op basis van de grondwet niet toegestaan en kan als zodanig door de rechter gesanctioneerd worden.³¹⁶ Vogel en Prokisch geven als definitie van *treaty override*: ‘*The express violation of an obligation arising from a convention*’.³¹⁷ De Nederlandse rechter heeft zich in een aantal arresten uitgelaten over de vraag of er in de in die arresten aan de orde zijnde concrete situaties sprake was van te sanctioneren vormen van *treaty override*. Ik zal de voor dit onderzoek relevante gedeelten van drie arresten de revue laten passeren.

³¹¹ K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 80.

³¹² *Commentary on article 3 concerning general definitions*, OECD 2010, §12.

³¹³ *Commentary on article 3 concerning general definitions*, OECD 2010, §11.

³¹⁴ K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 80.

³¹⁵ A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, ‘*Internationaal belastingrecht*’, FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2011, §1.7.2.

³¹⁶ Vergelijk hetgeen Peters en Roelofsens stellen: ‘*In the Netherlands, treaty override cannot occur since the Dutch Constitution stipulates that tax treaties take precedence over conflicting domestic provisions.*’ F.G.F Peters & A. Roelofsens, ‘*Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions – Netherlands*’, IFA Cahiers vol. 95A, Den Haag: SDU Uitgevers 2010, p. 551.

³¹⁷ K. Vogel & G. Prokisch, ‘*Interpretation of double taxation conventions – General Report*’, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993, p. 60.

Ik behandel achtereenvolgens: BNB 2003/379³¹⁸ (Fictief Loon-arrest), BNB 2009/263³¹⁹ en BNB 2009/260³²⁰.

4.3.3.3.2 BNB 2003/379: Fictief Loon-arrest

In de in dit arrest onderhavige casus was sprake van een Belgische dga van een Nederlandse BV. De BV betaalde geen loon aan de Belgische dga. Nederland wenste op basis van de gebruikelijke loonregeling (art. 12a Wet LB '64) een zogenaamd gebruikelijk loon³²¹ in aanmerking te nemen bij de Belgische dga. Aan de orde was de vraag of Nederland – middels het belasten van fictief inkomen – door het belasten van de Belgische dga op ongerechtvaardigde wijze heffingsrechten naar zich toe trok. In de uiteindelijke uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat ficties niet per definitie in strijd hoeven te zijn met het *in casu* aan de orde zijnde Belgische verdrag. Sprake van strijd met de goede verdragstrouw is er volgens de Hoge Raad wel indien:

*(...) door wetsduiding of door het gebruik van ficties de nationale wetgever inkomsten die naar hun aard volgens het Verdrag onder een bepaald verdragsartikel vallen dat die inkomsten niet aan Nederland ter heffing toewijst, bestempelt tot inkomsten die, zo de nationale duiding ook voor de toepassing van het Verdrag zou gelden, onder de omschrijving van een ander verdragsartikel komen te vallen dat die inkomsten wel aan Nederland ter heffing toewijst. Voor een duiding met een dergelijk effect laat artikel 3, § 2, van het Verdrag geen ruimte, omdat daarmee de werking van het Verdrag eenzijdig zou worden gewijzigd.*³²²

In casu oordeelde de Hoge Raad dat hiervan sprake was omdat het op basis van art. 12a LB 1964 geheven fictieve loon *'het heffen van belasting over inkomsten die niet daadwerkelijk zijn verkregen (VM: bewerkstelligt) (...)* die, indien zij in de toekomst alsnog worden verkregen, als dividend of vermogenswinst kunnen toevloeien aan de ontvanger.³²³ Omdat op basis van het arbeidsartikel (art. 15 OMV) meer heffingsrecht toekwam aan Nederland dan het geval zou zijn geweest indien dit – volgens de Hoge Raad – zelfde inkomen aan de dga toegevloeid zou zijn als dividend (art. 10 OMV) dan wel als vermogenswinst (art. 13 OMV), oordeelde de Hoge Raad dat er in dit geval sprake was van strijd met goede verdragstrouw. Met andere woorden: Indien een heffingsrecht ten gunste van een staat verschuift, doordat inkomsten die naar hun aard onder het ene toewijzingsartikel vallen, maar door een nationale bepaling van de 'begunstigde' staat onder een ander toewijzingsartikel vallen, is er sprake van *treaty override*.

4.3.3.3.3 BNB 2009/263

In dit arrest was het volgende aan de orde. Ingevolge de Wet LB '64 is in beginsel het door een loonbelastingplichtige genoten loon, dat direct als premie voor een goedgekeurde pensioenregeling betaald wordt, vrijgesteld van belastingen. Indien een belastingplichtige, waarvan het loon op de hiervoor bedoelde wijze in de Nederland vrijgesteld is geweest, Nederland verlaat, wordt aan hem een

³¹⁸ Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, (Fictief loon-arrest) BNB 2003/379.

³¹⁹ Hoge Raad 19 juni, nr. 43 978, BNB 2009/263.

³²⁰ Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 701, BNB 2009/260.

³²¹ In de woorden van art. 12a Wet LB '64: een *'in het economisch verkeer' 'gebruikelijk' 'loon'*. Opgemerkt zij dat de analogie met de in het *arm's-length*-beginsel, alsmede de in de in hoofdstuk 2 behandelde totaalwinstarresten, gebezigde zinsnede: *'zoals deze overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden in het economisch verkeer'*, zich sterk doet voelen.

³²² Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, (Fictief loon-arrest) BNB 2003/379, ro. 3.4.2.

³²³ Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, (Fictief loon-arrest) BNB 2003/379, ro. 3.4.3.

conserverende aanslag opgelegd. Het belastbare bedrag voor deze conserverende aanslag behelst de – met behulp van de bedoelde vrijstelling – opgebouwde pensioenaanspraken van belastingplichtige. Belastingplichtige wordt geacht dit bedrag genoten te hebben als loon op het ondeelbare tijdstip voorafgaand aan het moment van emigratie.³²⁴ Doordat het belastbare moment gesteld wordt op het moment voor emigratie, kan van een verdragssituatie nog geen sprake zijn en kan verdragstoepassing niet aan de orde komen. Art. 18 verdrag Nederland-Frankrijk kent een exclusief heffingsrecht toe over uitgekeerde pensioenen aan het land waar de belastingplichtige woont ten tijde van het genieten van het pensioen. In dit arrest was de vraag aan de orde of Nederland door middel van het opleggen van een conserverende aanslag inbreuk maakte op dit genoemde art. 18 van het verdrag tussen Nederland en Frankrijk. De Hoge Raad oordeelde *in casu* als volgt:

*‘Een fictie op grond waarvan de waarde van de opgebouwde pensioenrechten als loon in de Nederlandse heffing wordt betrokken op een ondeelbaar moment voorafgaand aan de emigratie, komt onder die omstandigheden (VM: exclusieve toewijzing van heffingsrecht m.b.t. pensioenen aan woonstaat) in strijd met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van het Verdrag in acht dient te worden genomen’.*³²⁵

Uit de uitspraak wordt duidelijk dat het knelpunt voornamelijk gelegen is in het op dusdanige wijze betrekken van de pensioenaanspraken in de Nederlandse belastinggrondslag, dat een situatie ontstaat die de bedoeling van het verdrag (toewijzing heffingsbevoegdheid aan Frankrijk) doorkruist. Het kwalijke bij het voorgaande is blijkbaar het feit dat de ‘verkeerde’ verdeling niet met het verdrag bestreden kan worden. De vergelijking met het hierboven besproken Fictief Loon-arrest is snel gemaakt: De Nederlandse staat vervormt iets in weerwil van de bedoeling van het verdrag.

4.3.3.3.4 BNB 2009/260

In dit laatste in het kader van *treaty override* te bespreken arrest was het volgende van belang. Belanghebbende was een aanvankelijk in Nederland woonachtige houder van aanmerkelijk belangen (hierna: ab-houder) in vier verschillende BV’s. Op een zeker moment besloot belanghebbende te emigreren naar België met medeneming van de diverse aandelenpakketten. De Nederlandse wet voorzag op het moment van emigratie in een regeling die een vervreemdingsmoment van de ab-pakketten fingeerde op het ondeelbare moment voorafgaand aan emigratie van een ab-houder.³²⁶ Het verdrag tussen Nederland en België bevatte een regeling op basis waarvan het Nederland toegestaan was om gedurende vijf jaar na het moment van realisatie belasting te heffen over de in de ab-pakketten aanwezige opgepotte winsten (stille reserves). Aan de orde was de vraag of Nederland, door belanghebbende te belasten bij emigratie, eenzijdig heffingsrechten naar zich toe trok. Het Hof oordeelde dat dit het geval was omdat Nederland onmiddellijk op het moment van emigratie een inkomensbestanddeel belaste, dat mogelijkerwijze in de toekomst als vermogenswinst (ik neem aan, in het geval realisatie plaatsvond na

³²⁴ Art. 3.83 lid 1 jo. 3.146 lid 3 Wet IB 2001.

³²⁵ Hoge Raad 19 juni, nr. 43 978, *BNB* 2009/263, ro. 3.4.3.

³²⁶ Art. 20a lid 6 sub i jo. Art. 20h lid 3 Wet IB ’64.

verloop van vijf jaren) onder het verdrag ter heffing aan België toegewezen zou zijn³²⁷. De Hoge Raad oordeelde:

*'Een heffing die aangrijpt bij emigratie kan evenwel in strijd komen met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het belastingverdrag, indien een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard gezien ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat.'*³²⁸

Dit oordeel is vergelijkbaar met de oordelen in de besproken arresten BNB 2003/380 en BNB 2009/263. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad omtrent de in het arrest aan de orde zijnde casus dat er geen sprake was van strijd met goede verdragstrouw (*treaty override*).³²⁹ In dit geval was geen sprake van *treaty override* omdat er geen sprake was van omvorming van vermogensbestanddelen.

4.3.3.3.5 Treaty override: samenvattend

Samenvattend valt het volgende beeld omtrent *treaty override* te schetsen. *Treaty override* is de wetgevende handeling van een verdragsstaat die tot gevolg heeft dat die verdragsstaat eenzijdig een hem onwelgevallige verdragsbepaling terzijde stelt. In de in deze paragraaf besproken arresten betekent het voorgaande *in concreto* het volgende: in het geval een verdragsstaat een vermogensbestanddeel belast, dat naar zijn werkelijke aard gezien niet ter heffing aan die verdragsstaat toegewezen behoort te zijn, maar niet bestreden kan worden door toepassing van het verdrag (ofwel omdat het verdrag niet aan de orde komt, ofwel omdat het verdrag door de omvorming geen oplossing biedt), is er sprake van *treaty override*.

4.3.3.4 Art. 9 OMV: brede (overkoepelende) of enge (stand-alone) werking

In de inleiding van deze paragraaf gaf ik aan de impliciete aanname te doen dat art. 9 OMV een zogenaamde brede werking heeft. In deze subparagraaf onderzoek ik of en onder welke voorwaarden dit daadwerkelijk het geval kan zijn. In feite dient de vraag, of art. 9 OMV een inkomensstroom creëert voor verdragstoepassing, beantwoord te worden. In het navolgende zal ik deze vraag benaderen vanuit het in figuur 5 geschetste voorbeeld omtrent royalty's.

Om te beginnen is het van belang scherp op het netvlies te hebben dat de royaltystroom waarover ik in deze paragraaf spreek een volledig fictieve royaltystroom is. Noch in monetaire termen noch in natura wordt een royalty bedongen, beloofd, verrekend of betaald. Er is simpelweg niets overeengekomen. Slechts op basis van het objectieve *arm's-length*-beginsel bestaat de mogelijkheid om fiscaal een royaltystroom te fingeren. Art. 12 lid 2 OMV geeft aan: *'The term "royalties" as used in this Article means payments (onderstreping VM) of any kind received' (onderstreping VM)*. Vervolgens is de vraag wat verstaan dient te worden onder *'payments'*. Het OESO-commentaar stelt onder punt 8.3 dat dit begrip breed opgevat dient te worden als *'the fulfilment of the obligation to put funds at the disposal of the*

³²⁷ Art. 13 lid 4 van het verdrag Nederland-België.

³²⁸ Hoge Raad 19 juni, nr. 43 978, BNB 2009/260, ro. 4.3.1.

³²⁹ Dit oordeel was gebaseerd op de volgende redenering. De Nederlandse wet beoogt de vermogensaanwas te belasten die plaatsgevonden heeft op Nederlands territorium, niet het (potentiële) dividend. Art. 13 lid 5 OMV (art 13 lid 4 van het verdrag tussen Nederland en België) verhindert niet, *'(...) door het bezigen van de term 'gains from the alienation of any property' (...) dat een staat - met een soortgelijk gevolg voor de verdeling van de heffingsrechten tussen de verdragsstaten - voor de heffing van vermogenswinst aanknoopt bij een geconstateerde vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen.* Hoge Raad 19 juni, nr. 43 978, BNB 2009/260, ro. 4.3.2.

creditor in the manner required by contract or by custom'. Wellicht ten overvloede merk ik op dat hiervan geen sprake is in het geval van een imputatiefictie. Ondanks dit commentaar blijft het zo dat de term 'payments' in het verdrag zelf niet gedefinieerd is. Wellicht biedt de context van het verdrag meer uitkomst bij de interpretatie van genoemde termen. Tot deze context behoren op basis van art. 3 lid 2 OMV de betekenis die aan die termen gegeven wordt in de nationale bepalingen van beide verdragsstaten en de zichtbare gezamenlijke intentie van verdragspartijen bij het opstellen van een verdrag. Tot de context van een verdrag behoort echter eveneens het verdrag zelf. Als zodanig is art. 9 OMV onderdeel van de context van het verdrag.

Art. 9 OMV stelt dat imputatiestromen '*may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly*'. Een mijns inziens interessante vraag is vervolgens wat bedoeld wordt met '*taxed accordingly*'? Het OESO-commentaar bij artikel 9 stelt onder punt 1: '*This Article deals with adjustments to profits that may be made for tax purposes where transactions have been entered into between associated enterprises (parent and subsidiary companies and companies under common control) on other than arm's length terms*³³⁰.' De door mij onderstreepte term in de hierboven geciteerde zinsnede geeft mijns inziens niet veel meer duidelijkheid dan het al even vage '*taxed accordingly*'. Ik acht verdedigbaar dat 'voor belastingdoeleinden' evenals 'dienovereenkomstig belasten' zoveel inhoudt als: op het moment dat er sprake is van gelieerde ondernemingen, dan hebben beide staten de toestemming om de beprijzingen van die transacties objectief te bepalen. Vervolgens mogen de op deze wijze bepaalde grondslagen belast worden zoals normaal gesproken voor belastingdoeleinden zou gebeuren. Met andere woorden: belasten met inachtneming van de relevante nationaalrechtelijke en internationaalrechtelijke bepalingen. Voornamelijk de internationaalrechtelijke bepalingen vind ik in dit verband interessant. Dat zouden mijns inziens namelijk de heffingsbevoegdheid verdelende bepalingen dienen te zijn. In dit geval is dat art. 12 OMV.³³¹

Concluderend betoog ik hier dat art. 9 OMV in feite een optioneel objectief stelsel in verdragen introduceert voor gelieerde ondernemingen, waarbij art. 9 OMV aangeeft hoe staten hun grondslag mogen bepalen waarna de toewijzingsartikelen voor de diverse te onderscheiden (fictieve) inkomensstromen (royalty's, renten, vermogenswinsten, etc.) de heffingsbevoegdheid over de relevante grondslag verdelen.

4.3.3.5 Analyse: treaty override?

Nadat ik in de vorige paragraaf heb betoogd dat art. 9 OMV een brede werking heeft, beantwoord ik in deze paragraaf de vraag of een imputatiebeperking een vorm van treaty override kan zijn. Voor het in deze subparagraaf te hanteren voorbeeld, verwijs ik wederom naar figuur vijf. In het geval Nederland in dit voorbeeld de uitgaande fictieve inkomensstroom bij de Nederlandse BV in aftrek beperkt, onderwerpt Nederland *de facto*, zoals ik reeds eerder stelde, de Duitse GmbH aan een bronheffing van 25%. Deze bronheffing kan niet met artikel 12 OMV bestreden worden. Immers, formeel onderwerpt Nederland de

³³⁰ *Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises*, OECD 2010, §1.

³³¹ Pijl beschrijft mijns inziens treffend: '*De conclusie kan worden getrokken dat in de (huidige) visie van de OECD, art. 7 (en 9) OECD MC de soevereiniteit van de staat respecteren de eigen nationale regels vast te stellen inzake belastbaarheid, aftrekbaarheid, vrijstellingen enz., mits deze regels maar de allocatie door de verdragsbepalingen respecteren*'. H. Pijl, 'Drie observaties bij thin cap', *WFR* 2006/374.

GmbH niet aan een heffing. Omdat dit materieel (economisch) wel het geval is, trekt Nederland – althans, dit is de te toetsen hypothese – in strijd met artikel 12 OMV heffingsrecht naar zich toe en pleegt hiermee *treaty override*.³³²

Om te beginnen stelde ik in de inleiding van deze paragraaf dat het in aftrek beperken van een royaltystroom bij de partij waar de royalty uitgaat *de facto* gelijk is aan het opleggen van een bronbelasting aan de partij waar de royalty binnenkomt. Verschil tussen het in aftrek beperken enerzijds en het opleggen van een bronbelasting anderzijds is dat in het eerste geval het belastingsubject de ‘betalende’ partij is, waar dit in het tweede geval de ‘ontvangende’ partij is. In andere woorden: in het geval van een bronbelasting wordt de ontvangende partij juridisch belast, in het geval van een aftrekbeperking wordt de ontvangende partij economisch belast.

Een interessante – en in het licht van het onderscheid tussen juridische en economische belastingheffing voor deze scriptie relevante – zaak betrof de zaak die aan de orde was in het door het Hof van Justitie van de Europese unie (hierna: HvJ) gewezen arrest Scheuten Solar Technology³³³. In dit arrest was door de hoogste Duitse belastingrechter de prejudiciële vraag aan het HvJ gesteld of de Interest- en Royalty Richtlijn³³⁴ (hierna: IR-richtlijn) zich verzette tegen een regeling die rente, betaald door een Duitse vennootschap aan een buitenlandse vennootschap, voor de helft optelde bij de winst van de Duitse vennootschap na eerst de gehele rente afgetrokken te hebben van de fiscale winst. Het HvJ gaf als antwoord het volgende *dictum*:

*‘Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 (VM: IR-richtlijn) (...) moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een bepaling van nationaal belastingrecht volgens welke interest op een lening die een in een lidstaat gevestigde onderneming betaalt aan een in een andere lidstaat gevestigde verbonden onderneming, wordt opgenomen in de heffingsgrondslag van de bedrijfsbelasting waaraan eerstgenoemde onderneming is onderworpen.’*³³⁵

Blijkens de rechtsoverwegingen 22 en 28 t/m 31 van het arrest was dit oordeel gestoeld op een dusdanige uitleg van de IR-richtlijn dat deze slechts zag op juridisch dubbele belastingheffing, waarmee het unilateraal op economische wijze heffingsbevoegdheid naar zich toetrekken door Duitsland geen door de richtlijn op te lossen ‘probleem’ was. Kortweg valt uit dit arrest af te leiden dat het toepassen van art. 10b Wet VPB 1969 – waarvan de beperkende techniek gelijk is aan de bredere imputatiebeperking die ik wens in te voeren – op gelijke wijze niet in strijd geacht kan worden met de IR-richtlijn.³³⁶ Vervolgens lijkt er wat voor te zeggen deze gedachte door te zetten naar het probleem van een aftrekbeperking in de bilaterale verdragensfeer, die in de hoofdzaak slechts ziet op het voorkomen van juridisch dubbele (non)heffing. Om te beginnen lijkt me dat buiten kijf staat dat de situatie van het (gedeeltelijk) optellen bij de winst van een reeds eerder in aftrek toegestane rente vergelijkbaar is met een kostenaftrek als degene welke ik in deze

³³² NB: de vergelijking met de in §4.3.3.3 besproken arresten dringt zich makkelijk op.

³³³ HvJ EU 21 juli 2011, nr. C-397/09, (Scheuten Solar Technology) *FED* 2012/10.

³³⁴ Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003, (Interest- & Royaltyrichtlijn) *PbEU* 2003 L, 157/49.

³³⁵ HvJ EU 21 juli 2011, nr. C-397/09, (Scheuten Solar Technology) *FED* 2012/10.

³³⁶ Zie in vergelijkbare zin *a contrario* hetgeen Van den Honert schrijft vóór het verschijnen van genoemd arrest: ‘Als we ervan uit mogen gaan dat een renteaftrekbeperking beschouwd moet worden als een belastingheffing over rente is ook art. 10b Wet VPB 1969 in strijd met de richtlijn’. Van den Honert, ‘De zaak-Scheuten Solar Technology, Een analyse en mogelijke strijdigheid van renteaftrekbeperkingen met de EU interest- en royaltyrichtlijn’, *WFR* 2010/998.

scriptie voor wil stellen. Het feit dat beide verdragen in beginsel zien op juridische belastingheffing, en niet op economische belastingheffing, is een tweede parallel.

Kijken we naar hetgeen door de Hoge Raad is besloten omtrent *treaty override* (zie paragraaf 4.3.3.3) dan is steeds in de zaken waarin geoordeeld werd dat er sprake was van *treaty override*, sprake van het juridisch direct in de belastingheffing betrekken van subjecten ten aanzien van inkomensbestanddelen, waarvan de heffingsbevoegdheid aan de andere staat toegewezen had moeten worden op basis van het verdrag. Daarvan is, zoals gezegd, in het geval van een imputatiebeperking geen sprake. Dit doet mij dan ook vermoeden dat er geen sprake van *treaty override* kan zijn. Zelfs als we aannemen dat het belastingverdrag ook ziet op wijzen van economisch belasten van subjecten, dan kan nog de vraag gesteld worden of deze inbreuk op het verdrag gerechtvaardigd is. Interpreteren we het verdrag met behulp van art. 31 WVV, dan dient bij de interpretatie van het verdrag acht geslagen te worden op de context (daaronder begrepen het voorwerp en doel) van het verdrag, bestaande uit: de gehele tekst van het verdrag in kwestie, alsmede uit de preambule en bijlagen gepubliceerd bij het verdrag. Interessant is in dit verband de aanhef van Nederlandse verdragen. Zo luidt de aanhef van het in 2004 met Albanië gesloten verdrag:

*‘Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Albanië tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen’.*³³⁷

Ook in oudere verdragen was reeds een dergelijke zinsnede opgenomen³³⁸. In dit verband is ook hetgeen het OESO-commentaar bij art. 1 OMV omtrent de reikwijdte van een bilateraal belastingverdrag meldt van belang. Het laatste gedeelte van paragraaf 7 van dit commentaar luidt sinds 2003³³⁹:

‘It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion’

Reeds vanaf 1977 tot 2003³⁴⁰ luidde een gedeelte van diezelfde paragraaf over de reikwijdte van belastingverdragen:

‘They (VM: belastingverdragen) should not, however, help tax avoidance or evasion’

Bezien naar dit overduidelijke doel van het voorkomen van het ontgaan van belastingen³⁴¹ zou mijns inziens op basis van art. 31 WVV alsnog een opening aanwezig kunnen zijn om een imputatiebeperking – als door mij gewenst – unilateraal in het leven te roepen. Dit staat of valt wel met de aanname dat een dergelijke imputatiebeperking voorkomt dat: *‘in strijd met de nationale wet’* belasting wordt *‘ontgaan’*. Ik meen dat Nederland met een dergelijke imputatiebeperking poogt om te voorkomen dat belasting geheven

³³⁷ Tirana 15 november 2005, *Trb.* 3005, 323.

³³⁸ Zie bijvoorbeeld het verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk: Londen 15 oktober 1948, *Trb.* 1965, 163. Ook het verdrag tussen Nederland en Tsjecho-Slowakije bevat een dergelijke zinsnede: Praag 4 maart 1974, *Trb.* 1974, 98.

³³⁹ C. van Raad, *‘Teksten internationaal belastingrecht 2013-2014’*, Deventer: Kluwer 2013, p.1257, voetnoot e.

³⁴⁰ C. van Raad, *‘Teksten internationaal belastingrecht 2013-2014’*, Deventer: Kluwer 2013, p.1257, voetnoot d.

³⁴¹ Zie tevens hetgeen de staatssecretaris naar voren brengt in de NFV 2011: *‘Het tweede hoofddoel is om het in strijd met de nationale wet ontgaan van belastingen te voorkomen.’* Zie: Bijlage bij: *Kamerstukken II*, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011), §1.2.1.

wordt op een wijze die niet strookt met het Nederlandse belastingstelsel (aftrekbare kosten en belastbare baten sluiten niet op elkaar aan).³⁴²

4.3.3.6 Treaty override: samenvatting en conclusie

Kort samengevat is het volgende beeld ontstaan. Art. 9 OMV staat staten toe om baten en lasten in concernverband op zakelijke (objectieve) basis te berekenen. Indien de jurisdictie waar de ‘kosten’ neerslaan wel imputatie toepast en het land waar de ‘baten’ neerslaan dit niet doet, ontstaat er een heffingslek c.q. economische non-belasting. Imputatiestromen dienen mijns inziens gekwalificeerd te worden voor verdragstoepassing. Nemen we aan dat art. 9 OMV een – door mij zo genoemde – brede werking heeft, dan vallen de imputatiestromen per definitie onder de in de toewijzingsartikelen genoemde inkomensstromen. In dat geval zou de stelling verdedigd kunnen worden dat Nederland potentieel eenzijdig heffingsrechten naar zich toetrekt en aldus *treaty override* pleegt. Echter, op basis van de lijn ‘Scheuten Solar Technology’: ook bilaterale verdragen zien immers in de hoofdzaak niet op economische belastingwijzen, heb ik gesteld dat een aftrekbepanking geen *treaty override* vormt. Mocht men van mening zijn dat de lijn ‘Scheuten Solar Technology’ niet van toepassing is, dan biedt art. 31 WVV uitkomst. Eén van de doelen van een bilateraal belastingverdrag is het voorkomen van het ontgaan van belasting. Met dit in het achterhoofd is een aftrekbepanking ter bestrijding van misbruik niet in strijd met de goede verdragstrouw.

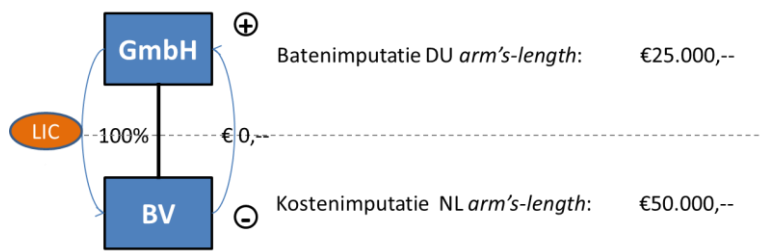
4.3.4 TP-guidelines: relatieve TP-mismatch?

4.3.4.1 Inleiding

In paragraaf 4.3.2 heb ik geconcludeerd dat art. 9 OMV staten niet dwingt om de winst van op hun grondgebied gevestigde ondernemingen te berekenen *at arm's-length*. Zelfs indien de verdragspartner waar ‘kosten’ van een transactie in concernverband neerslaan die kosten imputeert, dan is de verdragspartner waar de ‘baten’ van diezelfde transactie neerslaan niet gedwongen om aan te sluiten bij die correctie. Zoals gezegd resulteert dit in een absolute *TP-mismatch*. In deze paragraaf onderzoek ik of, indien beide staten zich wél gecommitteerd hebben aan het hanteren van *arm's-length* verrekenprijzen in concernverband, er nog steeds een heffingslek kan ontstaan. Ik vraag me met andere woorden af of er sprake is van risico op een relatieve *TP-mismatch*. Ter illustratie zal ik deze paragraaf een enigszins aangepaste versie van het in de vorige paragraaf gebruikte voorbeeld hanteren. Het verschil schuilt erin dat de Duitse GmbH ditmaal ingevolge de Duitse nationaalrechtelijke fiscale winstbepaling wel baten dient te imputeren. Dit doet de belastingplichtige GmbH (eventueel in overleg met de Duitse autoriteiten) overeenkomstig hetgeen bepaald in de eerdergenoemde *TP-guidelines*. Op deze manier wordt een bate van €25.000,- ter zake van het verschaft gebruikrecht bij de Duitse GmbH gefingeerd. Zo ontstaat het volgende beeld:

³⁴² Uiteraard zal per specifieke verdragssituatie aan de hand van bilaterale verklaringen, gedaan ten tijde van het sluiten van het betreffende verdrag, beoordeel dienen te worden wat verstaan wordt onder het ‘ontgaan van belastingen’. Omwille van de praktische uitvoerbaarheid van dit onderzoek zal ik dit aspect echter buiten beschouwing laten.

Figuur 6: Relatieve TP-mismatch



Wellicht ten overvloede: hier ontstaat een relatieve *TP-mismatch* met een omvang van (50.000 -/ - 25.000 =) €25.000,-. Is dit mogelijk? En zo ja, hoe is dit mogelijk? In het navolgende geef ik aan de hand van de meer materiële uitwerking van het *arm's-length*-beginsel aan waar meningsverschillen en daarmee afwijkende verrekenprijzen makkelijk kunnen ontstaan.³⁴³

4.3.4.2 *Arm's-length-range: de TP-marge*

Vooropgesteld zij dat het bij het bepalen van een verrekenprijs in eerste instantie niet zozeer gaat om het bepalen van een tot op twee cijfers achter de komma exacte verrekenprijs. Belangrijker is het om te bepalen wat de zogenaamde *arm's-length-range* (hierna: *TP-range*) is, binnen welke de relevante belastingautoriteiten binnen concern gehanteerde verrekenprijzen vanuit zakelijkheidsoverwegingen zullen accepteren voor belastingdoeleinden.³⁴⁴ Volgens *Van Egdome* kent het feit dat doorgaans slechts een *TP-range* opgesteld kan worden in plaats van een exacte prijs, vier hoofdoorzaken. Voornamelijk de vierde oorzaak die *Van Egdome* noemt acht ik van belang. Die oorzaak is dat er verschillende methoden zijn om een verrekenprijs te berekenen. Deze laatste oorzaak kan er voor zorgen dat de *range* die de ene belastingdienst opstelt op basis van de ene methode, af kan wijken van de *range* die de andere belastingdienst op basis van een andere methode opstelt. Vallen door belastingplichtigen gehanteerde prijzen buiten de *TP-range*, dan zal een belastingdienst overgaan tot imputatie. Hierbij dient nader bepaald te worden naar welke waarde exact geïmputeerd dient te worden.³⁴⁵

4.3.4.3 *De vergelijkbaarheidsanalyse*

De kern van een verrekenprijsanalyse is de vergelijkbaarheidsanalyse³⁴⁶. Deze vergelijkbaarheidsanalyse ontleent zijn recht aan de kerngedachte van art. 9 OMV zelf: de verrekenprijs moet gelijk zijn aan de prijs die willekeurige derden overeengekomen zouden zijn in het economische verkeer. Om een dergelijke vergelijkbaarheidsanalyse uit te voeren dient volgens *Van Egdome* aandacht besteed te worden aan de

³⁴³ Als basis voor het navolgende zal de door *Van Egdome* geschreven monografie over verrekenprijzen dienen. Zijn werk is te kenschetsen als een verkorte analytische weergave van de *TP-guidelines*. Zie: J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011

³⁴⁴ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 66.

³⁴⁵ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 68.

³⁴⁶ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 32.

volgende aspecten³⁴⁷: de kenmerken van de verhandelde goederen (*in casu* van het intellectuele eigendom), de functionele analyse (later meer hierover), contractuele voorwaarden (de licentieovereenkomst), de economische omstandigheden waarin een transactie tot stand komt (in economisch bloeiende tijden of in tijden van crisis) en tot slot de ondernemingsstrategie die de vennootschappen nastreven. Volgens *Van Egdome* zijn voornamelijk de eerste twee aspecten leidend bij het tot stand komen van een verrekenprijs. Het eerste genoemde aspect, de kenmerken van de verhandelde goederen en diensten, is voornamelijk van belang indien men wil zoeken naar een individueel vergelijkbaar goed. Op basis van deze factor kan beoordeeld worden wat bijvoorbeeld *in casu* met het intellectuele recht tot stand gebracht kan worden en wat de risico's van het gebruik van een dergelijk intellectueel goed zijn. Vervolgens is het zaak om te zoeken naar een goed/dienst in de markt, dat vergelijkbaar is. Voornamelijk bij intellectueel eigendom is het voorgaande problematisch³⁴⁸. Dit is mijns inziens meteen een eerste belangrijk struikelblok voor het bepalen van een eenduidige verrekenprijs: vaak is het moeilijk om exact gelijke goederen te vinden die in de markt beschikbaar zijn vanwege het potentieel unieke karakter van goederen die intra-concern verhandeld worden. Een andere oorzaak waardoor het gecompliceerd kan zijn om een verrekenprijs te bepalen, is het feit dat reeds gepubliceerde jaarrekeningen (van onafhankelijke derden) gebruikt worden (*backward-looking*) om uitspraken te doen over de verrekenprijzen die in een ander tijdvak gehanteerd dienen te worden.³⁴⁹ Dit gegeven geeft te denken omdat, afhankelijk van de databases die door diverse belastingdiensten gebruikt worden, wellicht door de Duitse belastingdienst gegevens van twee jaar oud gebruikt worden, waar de Nederlandse belastingdienst gegevens van drie jaar oud gebruikt. Het voorgaande kan makkelijk leiden tot afwijkende verrekenprijzen. In het verlengde van de gebruikte data, ligt de door belastingdiensten gehanteerde statistische methode bij het uitvoeren van de vergelijkbaarheidsanalyse. *Van Egdome* stelt dat in OESO-landen uiteenlopend gedacht wordt over welke statistische methode het best gehanteerd kan worden³⁵⁰. Denkbaar is dat dit eveneens leidt tot een in aanmerking nemen van twee verschillende ranges tussen belastingdiensten.

4.3.4.4 *De functionele analyse*

Vaak wint het uitvoeren van een functionele analyse aanzienlijk aan belang naarmate vergelijkbaarheid van individuele transacties lastiger wordt. Op basis van de functionele analyse wordt allereerst bepaald welke activiteiten (functies) welke concernvennootschap heeft uitgeoefend, en welke risico's de onderscheiden vennootschappen hierbij gelopen hebben.³⁵¹ De uitkomst van het voorgaande bepaalt welke verrekenprijsmethode gehanteerd zal gaan worden. Het doel van de functionele analyse binnen de vergelijkbaarheidsanalyse is om een transactie te zoeken waarbij een onafhankelijke vennootschap

³⁴⁷ J.T. van Egdome, '*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 33.

³⁴⁸ J.T. van Egdome, '*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 33 en p. 137.

³⁴⁹ J.T. van Egdome, '*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 35.

³⁵⁰ J.T. van Egdome, '*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 36.

³⁵¹ J.T. van Egdome, '*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 37.

dezelfde functies heeft uitgeoefend, gepaard gaande met dezelfde risico's als de te onderzoeken concernvennootschap. Denkbaar is dat vervolgens gesteld wordt dat de winstmarge die de concernvennootschap dient te hanteren gelijk moet zijn aan de winstmarge die de vergelijkbare derde hanteert op diens – wellicht overigens niet vergelijkbare – onafhankelijke transactie. *Van Egdome* geeft een opsomming van verschillende functies die vennootschappen kunnen vervullen binnen concern. Uit de door hem gegeven opsomming wordt duidelijk hoe dun de grenzen kunnen zijn tussen diverse te onderscheiden functies³⁵². Op dit gebied kunnen visies van belastingdiensten makkelijk verschillen. Vervolgens worden aan de hand van de door een vennootschap uitgeoefende functies t.a.v. de transactie de gelopen risico's aan de transactiepartijen toegedeeld.³⁵³ Uiteraard zal ook bij de kwantificering van gelopen risico's de nodige heterogeniteit kunnen ontstaan.³⁵⁴

4.3.4.5 *De verrekenprijsmethode*

Zijn eenmaal de risico's toegedeeld, dan kan een verrekenprijsmethode gekozen worden die past bij het soort functies dat vervuld wordt en het soort risico's dat een partij bij de transactie loopt.³⁵⁵ De 'Comparable Uncontrolled Price' (CUP) methode haakt aan bij de individuele transactie. Deze methode sluit het best aan bij feitelijke transacties en wordt vanwege zijn vrij 'zuivere' vergelijking gezien als de meest betrouwbare.³⁵⁶ Teleurstellend is daarom ook dat juist deze methode in de praktijk het minste toepassing vindt. De 'resale-price-methode' en de zogenaamde 'cost-plus-methode' sluiten bij de TP-analyse aan bij winstmarges die onafhankelijke partijen hanteren bij het ver- of inkopen van goederen en diensten. Aan deze methodes zitten een aantal haken en ogen. Zo is vaak niet duidelijk welke kosten wel of niet als basis zullen dienen voor de uiteindelijke totstandkoming van de prijs, onduidelijkheid bestaat vaak op het gebied van de mate van toerekening van *overheadkosten*.³⁵⁷ Een dergelijke onduidelijkheid is een groot struikelblok bij het komen tot een tussen staten overeenkomstige VP.

Naast de hierboven genoemde zogenaamde 'traditionele transactiemethoden', zijn ook nog de 'transactionele methoden' te onderkennen.³⁵⁸ De laatstgenoemde methoden abstraheren in eerste instantie van de individuele transactie die onderwerp van onderzoek is en haken aan bij de vraag of de totale winst

³⁵² Extra duidelijk wordt dat binnen de door *van Egdome* onderscheiden productiefunctie. Binnen deze functie onderscheidt hij een zogenoemde *full fledged* producent (waarbij productie volledig voor rekening en risico van de producent uitgevoerd wordt), de *contract manufacturer* en de *toll manufacturer* (waarbij de productie volledig voor rekening en risico van bijvoorbeeld de afnemer uitgevoerd wordt). Wellicht ten overvloede zij vermeldt dat in het laatste geval het gelopen risico en daarmee de waarde van de geleverde dienst of het geleverde product klein is. Dit in tegenstelling tot de situatie van een *full fledged* producent, waar het risico en de waarde, waarmee tevens de *arm's-length* VP, voor geleverde goederen of diensten groter zullen zijn. J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p.42.

³⁵³ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p.45.

³⁵⁴ Gezegd moet worden dat complete willekeur niet aan de orde kan zijn. Bij het toedelen en kwantificeren van de gelopen risico's dient in oegenschou genomen te worden dat de vennootschap die risico's toegedeeld krijgt ook in staat moet zijn om deze, mede gezien de bij die partij aanwezige expertise, te dragen. Vgl.: J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 49. Het behoeft echter mijns inziens geen betoog dat ook dit oordeel een subjectief oordeel is en daarmee sterk vatbaar voor interpretatieverschillen.

³⁵⁵ *Van Egdome*, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale Monografieën)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 73.

³⁵⁶ *Van Egdome*, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale Monografieën)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 76.

³⁵⁷ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 84-87.

³⁵⁸ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 73 en p. 88.

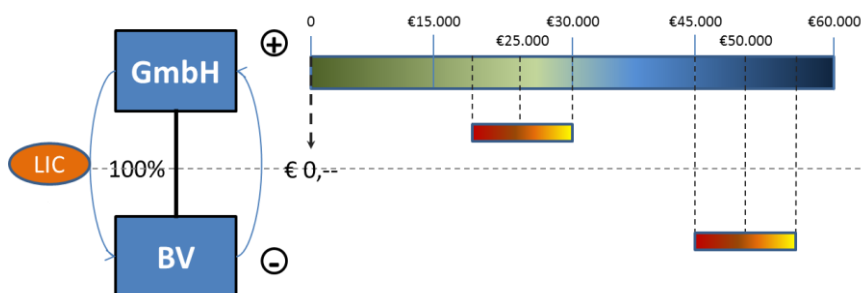
die een onderneming maakt zakelijk is. Vervolgens wordt, indien de winst niet zakelijk geacht wordt, onderzocht in hoeverre dit het gevolg is van het feit dat de specifieke transactie onzakelijk geprijsd is. In feite wordt de onzakelijkheid toegerekend aan individuele transacties. Het heeft er alle schijn van heeft dat gedurende deze exercitie nogal wat fouten c.q. interpretatieverschillen kunnen ontstaan. Deze – wellicht voor de beprijzing van individuele transacties minder geschikte – methoden winnen in de praktijk meer en meer aan belang vanwege het gebrek aan gegevens die het mogelijk maken om een vergelijkbaarheidsanalyse uit te voeren op individueel transactieniveau.³⁵⁹

4.3.4.6 *Relatieve TP-mismatch: analyse en conclusie*

Op basis van bovenstaande analyse wordt mijns inziens duidelijk dat op tal van wijzen interpretatieverschillen kunnen ontstaan. Zo kan de keuze van een verrekenprijsmethode grote invloed hebben op de kwantificering van de *TP-marge*. De methoden die in de praktijk aan populariteit winnen lijken de minst eenduidige uitkomsten tot gevolg te hebben, zodat zelfs indien verschillende staten dezelfde methode gebruiken, hun bevindingen alsnog aanzienlijk uiteen kunnen lopen. Daarnaast zorgt het gebrek aan vergelijkbare transacties dan wel vergelijkbare partijen – veel transacties die juist binnen concernverband plaatsvinden, kennen een grote uniciteit – in de vrije markt voor een moeizaam verlopende analyse, waarbij de *TP-ranges* verder uit elkaar kunnen gaan lopen. Ook uiteenlopende door belastingdiensten gebruikte statistische methoden bij het uitvoeren van verrekenprijsmethoden komen de homogeniteit van VP's wereldwijd niet ten goede. Het onderscheiden van functies en het vervolgens toerekenen van risico's zal plaatsgebonden zijn en sterk afhankelijk van het uiteindelijk subjectieve bedrijfsinzicht van de onderzoeker/beoordelaar van de verrekenprijs. Dit is van belang, omdat de onderscheiden functies weer in belangrijke mate bepalen welke methode bij het definitieve berekenen van de VP gebruikt worden.

Daarnaast heb ik laten zien dat belastingdiensten doorgaans niet werken met één absolute verrekenprijs, maar eerder met betrouwbaarheidsintervallen waarbinnen de door een onderneming gehanteerde verrekenprijs dient te vallen. Valt de verrekenprijs hier niet binnen, dan zal een correctie plaatsvinden naar de meest waarschijnlijke waarde binnen de *TP-marge*. Teruggrijpend op het voorbeeld uit het begin van deze paragraaf zou de volgende schets een relatieve *TP-mismatch* bevatten:

Figuur 7: Relatieve TP-mismatch inclusief TP-range



³⁵⁹ J.T. van Egdom, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 73 en p. 89.

Bovenstaande schets representeert de marges die zowel Nederland als Duitsland hanteren. Op basis van bovenstaande analyse en de interpretatieverschillen van de *TP-guidelines* die ik daarin naar voren hebt gepoogd te brengen zijn Nederland en Duitsland op verschillende bandbreedtes gekomen waarbinnen de gehanteerde prijs dient te vallen. Denkbaar is dat een dergelijk verschil bijvoorbeeld ontstaat indien bij de Nederlandse analyse een hogere mate aan risico met betrekking tot het intellectuele eigendom aan GmbH is toegerekend. In dit geval valt de verrekenprijs van €0,-- voor de royalty noch binnen de Duitse *TP-range*, noch onder de Nederlandse *TP-range*. Duitsland zal een bate imputeren van €25.000,--, onder de aanname dat dit de meest waarschijnlijke zakelijke prijs is. Nederland zal onder dezelfde aanname een bedrag van €50.000,-- aan kosten imputeren. Wat resulteert, is een relatieve *TP-mismatch* met een omvang van €25.000,--. Deze kan nog groter zijn indien de daadwerkelijk gehanteerde prijs dusdanig zou zijn geweest dat deze net onderin – zegge en schrijve €20.000,-- – de *TP-marge* van de Duitse belastingdienst valt. De Duitse belastingdienst grijpt immers in dat geval niet in, zodat een bate van slechts €20.000,-- in plaats van €25.000 in Duitsland in de belastingheffing betrokken wordt. Uiteraard is het ook mogelijk dat de Duitse marge juist boven de Nederlandse uitstijgt. In dat geval is Nederland middels een *corresponding adjustment* (art. 9 lid 2 OMV), desnoods via gezamenlijk overleg (art. 25 OMV)³⁶⁰, gehouden de in Duitsland geïmputeerde bate te volgen. Wat hier ook van zij, op basis van deze paragraaf kan geconcludeerd worden dat zelfs indien beide landen zich conformeren aan het *arm's-length*-beginsel en daarbij de zogenaamde *TP-guidelines* volgen, een *TP-mismatch* kan ontstaan.

4.3.5 Conclusie

In de inleiding van deze paragraaf heb ik drie vragen opgeworpen. De eerste vraag was of er tussen landen, indien aangenomen wordt dat sprake is van een OMV-conform art. 9, een door mij zo genoemde absolute *TP-mismatch* zou kunnen ontstaan. Op basis van de in paragraaf 4.3.2 uitgevoerde analyse kan deze vraag bevestigend beantwoord worden. Vervolgens heb ik de vraag gesteld of Nederland niet in strijd met art. 9 OMV handelt indien het een *arm's-length* kostenimputatie in aftrek beperkt. Op basis van de in paragraaf 4.3.3 besproken analyse heb ik deze vraag ontkennend beantwoord. Tot slot heb ik in paragraaf 4.3.4 de vraag, of er sprake kan zijn van een relatieve *TP-mismatch* in het geval twee landen zich conformeren aan de zogenoemde *TP-guidelines*, bevestigend beantwoord. Aldus heb ik in deze paragraaf inzichtelijk gemaakt welke risico's precies een rol spelen bij verrekenprijsproblematiek in internationaal verband. Bij het opstellen van een mogelijke brede aftrekbeperking in de Wet VPB 1969 dient aldus rekening gehouden te worden met twee soorten *TP-mismatches* die kunnen ontstaan. Daarnaast behoort een aftrekbeperking tot een onder belastingverdragen toegestane methode om dergelijke *TP-mismatches* op te lossen.

4.4 Mutual Agreement

Na in paragraaf 4.3 vastgesteld te hebben dat het ontstaan van *TP-mismatches* niet (altijd) voorkomen kan worden door de werking van art. 9 OMV, ga ik in deze paragraaf in op de vraag of in het internationale belastingrecht regelingen te vinden zijn die dergelijke *TP-mismatches* oplossen. Allereerst laat zich denken dat art. 25 OMV een oplossing zou kunnen bieden. Dit artikel voorziet in een overlegprocedure

³⁶⁰ Zie hieromtrent meer in §4.4.

tussen verdragsstaten op instigatie van een belastingplichtige uit één van de verdragsstaten indien deze belastingplichtige van mening is dat er sprake is van dubbele belastingheffing. Daarnaast verplicht het zogenaamde Europese arbitrageverdrag³⁶¹ lidstaten van de EU om dubbele belastingheffing, als gevolg van *TP*-perikelen, op te lossen. Ik beantwoord de vraag of deze twee internationaalrechtelijke regelingen soelaas bieden in het geval van *TP-mismatches* ontkennend. In het in dit onderzoek aan de orde zijnde primaire probleem – *TP-mismatches* die leiden tot een heffingslek – kunnen deze internationaalrechtelijke regelingen geen uitkomst bieden. Beide regelingen zien namelijk op de situatie waarin dubbele belastingheffing ontstaat.³⁶² Wellicht zou het interessant zijn om in internationaal verband tot een dusdanig vergelijk te komen dat *mutual agreement*-procedures en arbitrageprocedures eveneens ingeroepen kunnen worden in het geval van dubbele non-heffing, hier zij vermeldt dat dit vooralsnog niet het geval is. Ik zal hier verder niet ingaan op de mogelijkheden in de toekomst tot aanpassing van de verdragen in de hierboven door mij bedoelde zin. In dit onderzoek poog ik een oplossing te construeren die door middel van een nationaal-rechtelijke bepaling non-heffing als gevolg van *TP-mismatches* voorkomt. In dat kader ben ik voornamelijk geïnteresseerd in enerzijds het antwoord op de vraag of het huidige Nederlandse verdragennetwerk reeds oplossingen biedt voor het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem. Het antwoord op die vraag luidt op basis van hoofdstuk vier tot op dit punt: nee. Anderzijds ben ik geïnteresseerd in het antwoord op de vraag of het huidige Nederlandse verdragennetwerk de Nederlandse staat belemmert in het bestrijden van *TP-mismatches*. Het antwoord op die vraag luidt op basis van hoofdstuk vier tot op dit punt eveneens ontkennend.

4.5 Informatie-uitwisseling

4.5.1 Inleiding

Eerder heb ik betoogd dat een oplossing ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* dient te bewerkstelligen dat geen dubbele non-heffing resulteert. Dit kan gerealiseerd worden door aansluiting te zoeken bij de wijze waarop het buitenland al dan niet imputeert.³⁶³ In deze paragraaf stel ik de praktische vraag welke nationale, internationale en Europese gereedschappen Nederland heeft om te achterhalen hoe en tot welke omvang het land waar de baten van de transactie terechtkomen, die baten vaststelt.

Informatie kan nationaalrechtelijk verkregen worden op basis van de algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). In paragraaf 4.5.2 ga ik in op deze mogelijkheid.

In internationaal verband zijn er mijns inziens in de hoofdzaak vier situaties te onderscheiden (zie bijlage 4). Allereerst zijn er landen waarmee Nederland geen bilateraal belastingverdrag heeft afgesloten. Vervolgens zijn er landen waarmee Nederland geen ‘volwaardig’ bilateraal belastingverdrag heeft afgesloten, maar waarmee wel een verdrag op het gebied van informatie-uitwisseling – de zogenaamde *Tax Information Exchange Agreement* (hierna: TIEA) – zijn afgesloten. Daarnaast zijn er landen waarmee Nederland wel een volwaardig belastingverdrag heeft afgesloten met daarin opgenomen een OMV-conform art. 26 betreffende informatie-uitwisseling. Ten slotte zijn er nog 26 landen die net als Nederland

³⁶¹ Mededeling 2009/C van de Raad van 30 december 2009, (Arbitrageverdrag) *PbEU* 2009 C, 322/1.

³⁶² M. Beudeker, *NDFR Internationaal Belastingrecht*, art. 25 OMV 2010, aant. 1.1 alsmede aant. 6.

³⁶³ Zie §4.2.5.

deel uitmaken van de Europese Unie (hierna: EU). Op deze laatste groep van landen is de zogenaamde bijstandsrichtlijn³⁶⁴ van toepassing. In de eerste situatie (geen verdragsrelatie) heeft Nederland geen formele internationaalrechtelijke mogelijkheden om informatie omtrent toepassing van het *arm's-length* beginsel bij een specifieke transactie te vergaren. In de tweede en derde situatie heeft Nederland door middel van de in die verdragen opgenomen informatieartikelen die mogelijkheden wel. In deze paragraaf zal ik ingaan op de reikwijdte van die mogelijkheid. De vraag die ik in paragraaf 4.5.3 beantwoord is of er in deze verdragen in het informatieuitwisselings-artikel voldoende aanknopingspunten te vinden zijn om informatie te vergaren over de wijze waarop en tot welke omvang het buitenland beprijzingen van een transactie in een specifieke concernsituatie vaststelt. In de vierde situatie (EU-lidstaten) is de bijstandsrichtlijn³⁶⁵ van toepassing. In paragraaf 4.5.4 ga ik in op de wijze waarop welke informatie vergaard en uitgewisseld kan worden tussen de lidstaten die onder deze richtlijn vallen. In hoofdstuk 5 zal ik in het kader van de OESO-discussie omtrent BEPS nader ingaan op mogelijke ontwikkelingen in de toekomst.

Aan het einde van deze paragraaf geef ik in een korte samenvatting aan op welke wijze Nederland de voor een bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* vereiste informatie kan verkrijgen in de onderscheiden situatie als hierboven.

4.5.2 AWR: informatieverplichtingen op basis van de Nederlandse wet

In art. 47a AWR (zie bijlage 2) is een regeling omtrent de omtrent informatieverplichtingen van Nederlandse belastingplichtigen jegens de belastingdienst opgenomen. Grofweg verplicht dit artikel een belastingplichtige die in Nederland is gevestigd om informatie, die betrekking kan hebben op de belastingheffing van die belastingplichtige, maar in het bezit is van een gelieerde vennootschap, aan de Nederlandse belastingdienst te verschaffen. Lid drie van het artikel beperkt de werking van het artikel tot de gevallen waarin een verdrag, dat reeds voorziet in het uitwisselen van inlichtingen, is gesloten. De voor dit onderzoek relevante verdragen zijn mijns inziens bilaterale verdragen waarin een OMV-conform art. 26 is opgenomen: TIEA's en de Europese bijstandsrichtlijn. In totaal zijn dergelijke verdragen met 119 landen gesloten (zie bijlage 4), waarmee de werking van art. 47a AWR behoorlijk ingeperkt wordt. Art. 47a vierde lid AWR bepaalt dat, indien op basis van lid drie de gewenste inlichtingen niet verkregen kunnen worden, alsnog de hoofdregel van art. 47a AWR in werking treedt. *Aardema* zoekt de ratio voor deze regeling in het volgende. In de meeste belastingverdragen is een bepaling opgenomen die bepaalt dat op basis van het verdrag slechts inlichtingen gevraagd kunnen worden indien de nationale mogelijkheden daartoe uitgeput zijn. *Aardema* stelt dat de Nederlandse staat zich met lid 3 indekt tegen verdragsstaten die een verzoek tot informatie wellicht zouden willen weigeren op basis van art. 47a AWR.

In beginsel kan de te verkrijgen informatie – zijnde informatie over de wijze waarop, en de omvang tot welke, verrekenprijzen bij het buitenlandse gelieerde lichaam vastgesteld worden – op basis van deze hoofdregel verkregen worden. Indien ik een artikel opstel waarbij imputatie al dan niet beperkt wordt

³⁶⁴ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011, (Bijstandsrichtlijn) *PbEU* 2011 L, 64/1.

³⁶⁵ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011, (Bijstandsrichtlijn) *PbEU* 2011 L, 64/1.

afhankelijk van hetgeen op het gebied van VP in het relevante buitenland geschiedt³⁶⁶, is immers de hierboven genoemde informatie te kwalificeren als zijnde ‘informatie die van belang kan zijn ten aanzien van de belastingheffing van belastingplichtige’. Eveneens goed denkbaar is dat het met de belastingplichtige gelieerde lichaam over deze informatie beschikt. Zij zal immers met de competente autoriteiten overleggen over de wijze waarop de winst van het lichaam bepaald wordt. In deze correspondentie zal de door de Nederlandse belastingdienst gezochte informatie te vinden zijn. Een in mijn ogen relevante vraag is in dit verband echter: hoe ver gaat het recht en de macht van de Nederlandse inspecteur om inlichtingen in te winnen die niet bij de belastingplichtige zelf aanwezig zijn, maar bij een niet in Nederland belastingplichtig lichaam? Lid 5 van art. 47a AWR stelt in dit verband dat gebrek aan medewerking van het niet in Nederland gevestigde lichaam geen argument kan zijn voor het niet verstrekken van informatie. Dit lijkt nogal cru.³⁶⁷ *Aardema* is eenzelfde mening toegedaan. In het kader van dit vijfde lid stelt hij: ‘*Een wurgende bepaling is vervolgens aan te treffen in lid 5 van art. 47a AWR*’.³⁶⁸ Kennelijk is *Aardema* ook van mening dat het ver gaat om belastingplichtigen te dwingen informatie te verschaffen die zij redelijkerwijze niet kunnen verkrijgen. Art. 47a AWR lijkt gebaseerd op de gedachte dat het welhaast niet denkbaar is dat binnen concern dergelijke informatie niet vrijelijk uitgewisseld wordt. In dit kader laat *Sprokkelhorst* echter als volgt optekenen: ‘*Met name ingeval de relevante informatie van een buitenlandse zustermaatschappij moet komen, lijkt het niet denkbeeldig dat er zich reële problemen kunnen voordoen voor de in Nederland belastingplichtige zustermaatschappij om de informatie te verkrijgen*’.³⁶⁹ De stelling dat art. 47a in de praktijk weinig zoden aan de dijk zal zetten – in het geval dit artikel al toepassing vindt en niet op basis van lid 3 buiten werking gesteld wordt – lijkt mijns inziens op basis van het bovenstaande verdedigbaar.

Het bovenstaande geeft een weinig rooskleurig beeld van hetgeen art. 47a AWR bepaalt. In verdragssituaties zal de bepaling veelal niet toegepast worden, terwijl het in niet-verdragssituaties nog maar de vraag is in hoe effectief de bepaling is. De conclusie dat de mogelijkheden tot het vergaren van informatie omtrent de vaststelling van verrekenprijzen in het buitenland op basis van de Nederlandse nationale wet beperkt zijn, dringt zich op. In de navolgende paragrafen zal ik daarom ingaan op de internationale en Europese mogelijkheden die Nederland wel heeft tot het vergaren van genoemde informatie.

4.5.3 Art. 26 OESO modelverdrag: informatie-uitwisseling in bilaterale verdragen

Voordat ik toekom aan inhoudelijke bespreking van art. 26 OMV (zie bijlage 3), kijk ik naar de visie van de Nederlandse verdragsluiter op het gebied van informatie-uitwisseling. In de NFV 2011 staat te lezen dat Nederland de OESO-normen, zoals neergelegd in art. 26 OMV en het commentaar daarop, almede de nieuwe normen op het gebied van informatievoorziening die in 2009 in het verband van de OESO, G-20 en het *Global Forum on Transparency and Exchange of Information* zijn vastgesteld, als

³⁶⁶ Zie hierover uitgebreider §6.6.

³⁶⁷ Voornamelijk in het kader van de gevolgen die het niet voldoen aan de verplichtingen in o.a. art. 47a AWR kan hebben. Het belangrijkste gevolg van het niet voldoen aan de genoemde verplichtingen is een op basis van de artt. 25 lid 3 (bezwaaar) en 27e (beroep bij de rechtbank) jo. art. 52a lid 1 AWR voor de belastingplichtige verzwaring van de bewijslast

³⁶⁸ E. *Aardema*, ‘Informatie-uitwisseling in EU-verband’, *FF* 2005/157.

³⁶⁹ K. *Sprokkelhorst*, *NDFR Formeel Belastingrecht*, art. 47a AWR, aant. 5.

minimumstandaard ziet.³⁷⁰ Genoemde normen houden in dat de staat aan wie informatie gevraagd wordt deze aanvraag niet kan weigeren vanwege gebrek aan eigen (heffings)belang bij het verstrekken van die informatie. Duidelijk wordt uit het voorgaande dat Nederland zich conformeert aan hetgeen op het gebied van informatie-uitwisseling in bilateraal verband door de OESO gepubliceerd is. Vandaar dat art. 26 OMV dient als startpunt voor de vraag welke mogelijkheden Nederland heeft in de bilaterale verdragensfeer om informatie omtrent de prijsbepaling van een transactie te verkrijgen.

Volgens het OESO-commentaar bij art. 26 OMV zijn drie hoofdgradaties van informatievoorziening te onderscheiden.³⁷¹ Deze te onderscheiden vormen zijn achtereenvolgens de uitwisseling op verzoek, de automatische uitwisseling en de spontane uitwisseling. Uitwisseling op verzoek vindt plaats indien er een specifiek belang is en tevens de nationaal-rechterlijke mogelijkheden om de informatie te achterhalen uitgeput zijn. Deze mogelijkheid is degene die eveneens opgenomen is in TIEA's, in die verdragen is van automatische en spontane uitwisseling geen sprake.³⁷² Stel dat Nederland imputatiekosten in aftrek wil beperken slechts indien en voor zover het buitenland baten niet of op aanmerkelijk andere wijze imputeert. Nederland onderzoekt een specifieke transactie om te achterhalen of de imputatiebeperking in stelling gebracht dient te worden of niet. In dat geval is sprake van een specifiek belang. Op basis van dit specifieke belang zou de Nederlandse belastingdienst een (succesvol) verzoek in kunnen dienen bij de verdragspartner om informatie met betrekking tot de wijze waarop, en de omvang tot welke, de buitenlandse belastingdienst de *TP-range* met betrekking tot de specifieke transactie vaststelt. Een stap verder gaat de automatische uitwisseling van gegevens. Volgens het OESO-commentaar is deze methode van belang in het geval het gaat om categorieën van (verschillende) inkomensstromen tussen landen. Het OESO-commentaar gaat voornamelijk in op de situatie dat een woonstaat informatie wenst van de bronstaat met betrekking tot die inkomensstromen. Mijns inziens kan een omgekeerde situatie eveneens vatbaar zijn voor automatische inlichtingenuitwisseling. Het voordeel van deze wijze van inlichtingenuitwisseling is dat niet telkens bij een specifiek probleem een verzoek gedaan hoeft te worden. Het behoeft geen betoog dat dit de snelheid en effectiviteit van een potentieel in te voeren brede aftrekbeperking aanzienlijk kan verhogen. Tot slot wordt 'spontane inlichtingenuitwisseling' genoemd. Bij deze wijze van uitwisseling gaat het volgens het OESO-commentaar om informatie die de belastingdienst van de ene staat heeft verkregen middels een onderzoek, en waarvan het meent dat deze informatie ook van belang zou kunnen zijn voor de andere staat.³⁷³ Een dergelijke vorm van spontane uitwisseling zou voornamelijk nuttig kunnen zijn om de kans dat 'problematische' transacties – lees: transacties waarbij sprake is van een absolute of relatieve *TP-mismatch* – aan het licht komen te vergroten.

De vraag die zich opdringt na bovenstaande beschrijving van hoe informatie verkregen kan worden, is welke informatie door de Nederlandse belastingdienst verkregen kan worden op basis van art. 26 OMV. Het antwoord op deze vraag is te vinden in de in lid 1 van het artikel gebezigde zinsnede '*as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the*

³⁷⁰ Bijlage bij: *Kamerstukken II*, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011), §2.16.1.

³⁷¹ *Commentary on article 26 concerning the exchange of information*, OECD 2010, punt 9.

³⁷² A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, '*Internationaal belastingrecht*', FED fiscale studieserie, Deventer: Kluwer 2011, § 6.2.

³⁷³ *Commentary on article 26 concerning the exchange of information*, OECD 2010, §9.

domestic laws concerning taxes of every kind'. Enerzijds gaat het dus om informatie die van belang kan zijn voor uitvoering van het verdrag. Anderzijds betreft het informatie die van belang kan zijn voor uitvoering van nationaalrechtelijke belastingregelingen. Dit tweede gedeelte wordt overigens volgens *Schoonbeek* niet door alle landen opgenomen in bilaterale verdragen.³⁷⁴ Deze landen zullen slechts inlichtingen verstrekken in het geval deze inlichtingen noodzakelijk geacht worden voor uitvoering van de artikelen van het betreffende bilaterale verdrag. Overigens meldt de OESO op dit gebied dat op basis van art. 26 OMV informatie '*may be exchanged to the widest possible extent*'.³⁷⁵ In het kader van de te verstrekken informatie zou je je nog af kunnen vragen wat precies de reikwijdte van '*foreseeably relevant*' is. Het OESO-commentaar meld hieromtrent dat, behalve met het oog op een brede interpretatie van de te verstrekken informatie, gekozen is voor deze formulering om zogenoemde '*fishing*' expedities tegen te gaan³⁷⁶. Terugkoppeland naar het onderwerp van dit onderzoek lijkt het mij op basis van het bovenstaande goed mogelijk om informatie te verkrijgen omtrent de wijze waarop specifieke baten al dan niet in de verdragsstaat geïmputeerd worden.

De volgende vraag die je je kunt stellen is waardoor informatievoorziening beperkt wordt. Op basis van het art. 26 lid 3 OMV wordt duidelijk dat informatie-uitwisseling niet tegen elke denkbare prijs plaatsvindt. De uitzondering van lid 3 bewerkstelligt in de hoofdzaak dat staten bij het verschaffen van informatie niet zo ver hoeven te gaan dat ze gedwongen worden om informatie te verschaffen die op basis van nationale wetgeving van één van de staten niet verkregen zou kunnen worden. Daarnaast kunnen staten weigeren bedrijfsgevoelige informatie uit te wisselen. Punt 19.2 van het OESO-commentaar maakt duidelijk dat boekhoudkundige informatie niet per definitie aangemerkt kan worden als bedrijfsgevoelige informatie.³⁷⁷ Mijns inziens werpt dit derde lid geen dam op tegen het verschaffen van informatie omtrent verrekenprijzen. Op basis van lid 5 van art. 26 OMV blijkt nog dat de bepalingen van lid drie er niet toe kunnen leiden dat een land weigert informatie uit te keren op basis van het argument dat sprake is van een bankgeheim of dergelijke bepalingen.

Tot slot zij nog de vraag gesteld in hoeverre art. 26 OMV verdragsstaten dwingt om informatie uit te wisselen. Deze vraag lijkt vrij eenduidig te beantwoorden aan de hand van het in art. 26 OMV gehanteerde woord '*shall*'. Dit woord impliceert immers een verplichting tot het uitwisselen van informatie. Ook het commentaar suggereert een dergelijke verplichting door het bezigen van de zinsnede '*the obligation to exchange information*'³⁷⁸.

Op basis van het bovenstaande is mijns inziens duidelijk dat art. 26 OMV voldoende aanknopingspunten biedt om in bilaterale verdragsrelaties een succesvol verzoek tot informatie-uitwisseling betreffende specifieke verrekenprijzen te doen. In voorkomende gevallen is het mogelijk om dergelijke gegevens automatisch uit te wisselen met verdragspartners. Dergelijke automatische uitwisseling zou de effectiviteit

³⁷⁴ A.B. Schoonbeek, *NDFR Internationaal Belastingrecht*, art. 26 OMV 2010, aant. 3.a.

³⁷⁵ *Commentary on article 26 concerning the exchange of information*, OECD 2010, §2.

³⁷⁶ *Commentary on article 26 concerning the exchange of information*, OECD 2010, §5. *De Vakstudie* verduidelijkt deze term door te expliciteren dat hier bedoeld wordt op technieken waarbij belastingdiensten op goed geluk informatie aanvragen met de hoop eventueel iets nuttigs aan te treffen in de vergaarde informatie. *Vakstudie Internationaal Belastingrecht*, art. 26 OMV 2010, aant. 2.3.3.

³⁷⁷ *Commentary on article 26 concerning the exchange of information*, OECD 2010, §19.2.

³⁷⁸ *Commentary on article 26 concerning the exchange of information*, OECD 2010, §19.6.

van een evenwichtige aftrekbepanking ten goede komen. Tot slot bestaat ook de mogelijkheid tot het spontaan uitwisselen van informatie die een verdragsstaat van belang acht voor de belastingheffing van een andere staat. Wat wel onduidelijk blijft in het OESO-commentaar, is of opgevraagde informatie al dan niet binnen een bepaalde termijn aangeleverd dient te worden. Het is evident dat deze onduidelijkheid potentieel enorme vertragingen kan opleveren in het uitvoeren van een brede aftrekbepanking die mede steunt op informatie die vanuit de verdragsstaten aangeleverd dient te worden. Nergens blijkt uit dat er een verplichting is om gegevens binnen afzienbare tijd aan te leveren.

4.5.4 Europese bijstandsrichtlijn³⁷⁹: informatie-uitwisseling in de Europese Unie

Op 15 februari is een nieuwe Europese richtlijn met betrekking tot administratieve samenwerking tussen lidstaten van de Europese Unie in werking getreden. Blijkens de considerans is de richtlijn een vervanging van de oude uit 1977 stammende bijstandsrichtlijn. Diezelfde considerans maakt duidelijk dat de richtlijn er in de hoofdzaak op gericht is om door middel van administratieve samenwerking tussen de lidstaten de uit globalisering voortkomende toegenomen mogelijkheden tot fiscaal misbruik en fiscale fraude in te dammen. De strekking van deze richtlijn komt in grote mate overeen met de inhoud van art. 26 OMV.³⁸⁰

Een belangrijk verschil tussen de Bijstandsrichtlijn en art. 26 OMV zijn mijns inziens de bepalingen omtrent termijnen (artt. 7 en 10 bijstandsrichtlijn). Voor inlichtingen op verzoek bepaalt art. 7 lid van de bijstandsrichtlijn dat de verzochte inlichtingen zo snel mogelijk, doch uiterlijk binnen 6 maanden door de aangezochte staat verschaft dienen te worden. Deze termijn wordt verkort indien de aangezochte staat de gegevens reeds in bezit had. Art. 10 lid 1 van de bijstandsrichtlijn verplicht dat inlichtingen die spontaan uitgewisseld worden, binnen een maand nadat de informatieverstrekende staat de beschikking heeft gekregen over de gegevens verzonden dienen te worden. Voornamelijk op de laatste twee verplichtingen valt het één en ander aan te merken. Je kunt je immers serieus afvragen hoe in de praktijk bepaald en vastgesteld gaat worden wat het moment is dat staten de beschikking krijgen over gegevens. Wat daarvan ook zij, de bijstandsrichtlijn biedt, meer dan art. 26 OMV, duidelijke aanknopingspunten op het gebied van termijnen. Een ander in het oog springend verschil tussen de bijstandsrichtlijn en art. 26 OMV is de in art. 8 lid 1 van de bijstandsrichtlijn opgenomen beperking van automatische inlichtingenuitwisselingen tot slechts een beperkt aantal inkomenscategorieën. Onder deze categorieën vallen de inkomensstromen, resulterend uit transacties in concernverband, niet. Vermelding verdient nog hetgeen door *Stevens, Kavelaars en De Graaf* gesteld wordt. Zij geven aan dat het praktisch belang van de bijstandsrichtlijn voor Nederland beperkt is vanwege het feit dat Nederland met alle EU-landen ook een bilateraal verdrag heeft gesloten waarin de uitwisseling van inlichtingen uitgebreid geregeld is.³⁸¹

³⁷⁹ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011, (Bijstandsrichtlijn) *PbEU* 2011 L, 64/1.

³⁸⁰ Zo handelt de bijstandsrichtlijn blijkens art. 1 van die richtlijn eveneens over 'inlichtingen die naar verwachting van belang zijn voor de administratie en de handhaving van de nationale wetgeving van de lidstaten' en onderscheiden art. 3 leden 8, 9 en 10 van die richtlijn dezelfde vormen van uitwisseling als het OESO-commentaar bij art. 26 OMV. De artikelen 5 t/m 10 van de bijstandsregeling diepen deze vormen van inlichtingenuitwisseling verder uit.

³⁸¹ A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationaal belastingrecht', FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2011. Overigens is met Cyprus bij mijn weten geen bilateraal belastingverdrag of TIEA afgesloten. Voor dit land is de bijstandsrichtlijn wel degelijk van belang.

Op basis van het voorgaande kan kortweg geconcludeerd worden dat de Europese bijstandsrichtlijn voor Nederland op het gebied van informatie omtrent specifieke verrekenprijzen van weinig toegevoegde waarde is naast de reeds afgesloten OMV-conforme overeenkomsten met de EU-landen. Slechts op het gebied van efficiëntie (duidelijk omschreven termijnen) biedt de bijstandsrichtlijn extra handvatten.

4.5.5 Conclusie

In deze paragraaf ben ik ingegaan op een praktisch aspect van een bepaling ter neutralisatie van de effecten van internationale *TP-mismatches*. Adequate informatie, omtrent het antwoord op de vraag of er sprake is van een absolute of relatieve *TP-mismatch*, is van belang voor het in de praktijk effectief uitwerken van een dergelijke bepaling. Zonder dergelijke informatie is immers onduidelijk of ingegrepen dient te worden door in Nederland imputatie te beperken of niet. Opties die dan overblijven zijn (i) in het geheel geen beperking hanteren (accepteren van een *mismatch*) of (ii) te allen tijde imputatie beperken tenzij het buitenland vraagt om imputatie (omslachtig en onevenwichtig). Op basis van deze paragraaf concludeer ik het volgende. De Nederlandse AWR biedt weinig handvatten tot informatievergaring in internationaal verband. Art. 26 OMV biedt hiertoe wel een brede mogelijkheid. De Europese bijstandsrichtlijn geeft duidelijke termijnen aan waarbinnen informatie geleverd moet worden, maar heeft voor Nederland een beperkt praktisch belang.

4.6 Analyse en conclusie

Aan het begin van dit hoofdstuk heb ik aangegeven de volgende vraag te beantwoorden: binnen welke grenzen van internationaal belastingrecht dient een bepaling in de Wet VPB 1969 ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* opgesteld te worden? Om deze vraag goed te kunnen beantwoorden heb ik eerst onderzocht of Nederland KIN of KEN dient na te streven. Ik heb alle fictieve imputatiestromen waar een nieuwe bepaling op dient te zien geschaard onder de noemer actieve inkomsten en ben op basis van het oorsprong-/profijt-/territorialiteitsbeginsel tot de conclusie gekomen dat Nederland bij het inrichten van een nieuwe bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* dient te streven naar KIN. Op basis hiervan heb ik geconcludeerd dat de manier om ervoor te zorgen dat een buitenlandse maatschappij belast wordt naar een Nederlandse grondslag (KIN) het beperken van imputatie bij diens Nederlandse gelieerde partij is. Vervolgens heb ik onderzocht waar art. 9 OMV toe dwingt, waar het niet toe dwingt en wat het potentieel verbiedt. Op basis van het voorgaande heb ik drie conclusies getrokken. Ten eerste bleek dat ook in een bilaterale situatie waarbij in het belastingverdrag een OMV-conform art. 9 is opgenomen, een absolute *TP-mismatch* kan ontstaan. Ten tweede is gebleken dat zelfs indien staten zich beiden volledig conformeren aan de *TP-guidelines* op het gebied van het berekenen van verrekenprijzen bij transacties in concernverband er een relatieve *TP-mismatch* kan ontstaan. Deze *TP-mismatch*, die leidt tot dubbele non-heffing, kan niet opgelost worden door onderlinge overlegprocedures op basis van art. 25 OMV of het EU Arbitrageverdrag. Ten derde heb ik beredeneerd dat Nederland bij het hanteren van een brede imputatiebeperking zijn soevereiniteit niet overschrijdt en dus geen *treaty override* pleegt. Tot slot heb ik in de laatste paragraaf bekeken of Nederland genoeg handvatten heeft om een in te voeren imputatiebeperking in de praktijk te kunnen handhaven. Ik heb geconcludeerd dat dit op basis van art. 26 OMV inderdaad het geval is.

Aldus heb ik op deze manier in hoofdstuk 2 een fundamenteel kader gegeven van twee potentiële systemen die gevolgd kunnen worden bij het inrichten van een winstbepalingssysteem. In hoofdstuk 3 heb ik het huidige art. 10b Wet VPB 1969 volledig doorgespit en langs de nationaal-rechterlijke meeflat gelegd. In dit hoofdstuk heb ik de internationale grenslijnen waarbinnen een nieuw in te richten bepaling zich zal dienen te bevinden geschetst. In het laatste hoofdstuk zal ik door middel van een synthetische analyse aangeven hoe een imputatiebeperking er mijns inziens uit zal moeten gaan zien. Hoofdstuk 3 zal fungeren als een *test case* waaruit duidelijk wordt welke valkuilen een dergelijk artikel kent. In andere woorden: hoofdstuk 3 leert ons hoe het wel en hoe het niet moet. Tot slot zal de imputatiebeperking zich moeten begeven binnen de grenzen die uit dít hoofdstuk volgen.

Echter, voor het zover is zal ik in het komende, op één na laatste hoofdstuk stilstaan bij de huidige internationale discussie over *Base Erosion and Profit Shifting*, de manier waarop de problematiek van deze scriptie daarbinnen valt, en de oplossingen die dit rapport aanbeveelt voor het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem.

HOOFDSTUK 5

Internationale ontwikkelingen: ‘Base Erosion and Profit Shifting’

5.1 Inleiding

Op 19 juli 2013 publiceerde de OESO diens zogenaamde ‘*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*’³⁸² (hierna: *Action Plan on BEPS*). Dit plan vormt de volgende stap in het proces dat door de OESO is ingezet met het rapport ‘*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*’³⁸³ (hierna: *BEPS-report*). Eén van de problemen die het rapport in de inleidende hoofdstukken onderkent, is dat van nationale belastingstelsels die onvoldoende op elkaar aansluiten³⁸⁴. Het behoeft mijns inziens geen betoog dat het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem van *TP-mismatches* moeiteloos inpasbaar is in deze problematiek. Inmiddels hebben zowel de EC³⁸⁵ en de G8 als de G20 zich aangesloten bij het hierboven genoemde en in dit hoofdstuk te bespreken *BEPS*-project.³⁸⁶

Na in de vorige hoofdstukken te zijn ingegaan op diverse technische en praktische aspecten van het huidige Nederlandse en internationale belastingrecht, ruim ik in dit hoofdstuk plaats in voor een blik op de (inter)nationale fiscale toekomst. De leidraad voor deze vooruitblik zal het hierboven aangehaalde *Action Plan on BEPS* – voornamelijk hetgeen vermeld omtrent *mismatches* – vormen. In dit hoofdstuk zal ik in paragraaf 5.2 allereerst de, voor zover voor dit onderzoek relevante, ontwikkelingen op het internationale (politieke, publieke en wetenschappelijke) debat omtrent BEPS schetsen. Het doel hiervan is om te bepalen wat de plaats binnen dit debat is van het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem. Dit acht ik enerzijds relevant vanwege het toenemende belang van internationale ontwikkelingen op de wijze waarop individuele staten (Nederland inclusief) hun nationale belastingssystemen inrichten.³⁸⁷ Anderzijds wordt door het in dit hoofdstuk beschrijven van de publieke en politieke discussie, in met name populaire media in binnen- en buitenland, duidelijk welke raakvlakken het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem vertoont met het maatschappelijke en politieke (inter)nationale landschap. Hiermee geef ik aan in hoeverre

³⁸² *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013.

³⁸³ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013.

³⁸⁴ Het *Action Plan* stelt in dit verband: ‘*Taxation is at the core of countries’ sovereignty, but the interaction of domestic tax rules in some cases leads to gaps and frictions*’. *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013, p.9.

³⁸⁵ Vanwege het feit dat de EC zich heeft geconformeerd aan hetgeen de OESO verzet qua werk op het gebied van BEPS en om de omvang van dit onderzoek voor zover mogelijk te beperken zal ik bespreking van de specifiek ‘Europese’ strijd tegen belastingontwijking, -fraude en schadelijke belastingconcurrentie achterwege laten. Zie voor meer informatie hieromtrent: *An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, Brussel: EC: december 2012; M.F. Nouwen, ‘De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans’, *WFR* 2012/1296; M.F. Nouwen, ‘Standpunt Nederland over EU-actieplan tegen belastingfraude en -ontwijking’, *NtFR* 2013/160; R.A. de Boer & M.F. Nouwen, ‘Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale Planning. Het vizier staat nog niet scherp’, *WFR* 2013/34; Redactie V-N, ‘Europese Commissie wil belastingontduiking en -ontwijking uitroeien’, *V-N* 2012/63.3 en M.L. Schippers, ‘Company tax integration in the European Union’, *WFR* 2013/1165.

³⁸⁶ Zie hiervoor de aantekening in Vakstudie Nieuws: Redactie V-N, ‘OESO-rapport “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” (BEPS)’, *V-N* 2013/35.15.

³⁸⁷ Zo stelt *Vording* in dit verband bijvoorbeeld: ‘*In beide gevallen (VM: discussie m.b.t. het Europese Semester en de binnen de OESO gevoerde discussie omtrent BEPS) is de indruk van vrijblijvendheid bedrieglijk; op verschillende onderdelen van ons fiscale stelsel neemt de druk “van buiten” toe*’. H. Vording, ‘Fiscale beleidsnotities 2014’, *WFR* 2013/1112.

op dit moment het politieke momentum geschikt is voor de introductie van een oplossing in de Nederlandse vennootschapsbelasting voor *TP-mismatches*.

Indien eenmaal duidelijk is wat de plaats is van de problematiek omtrent *TP-mismatches* binnen de huidige internationale discussie, is het zaak om in paragraaf 5.3 een beeld te schetsen van de voorgestelde oplossingsrichtingen die aangedragen worden voor het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem. Ik licht er één oplossingsrichting in het bijzonder uit: *linking rules*³⁸⁸.

Een belangrijk element in de discussie omtrent *BEPS* is het streven van de OESO naar meer transparantie op het gebied van belastingen door zowel belastingplichtigen als door belastingautoriteiten. In het kader van de in paragraaf 4.5 behandelde actuele mogelijkheden tot bi- en multilaterale informatie-uitwisseling bekijk ik in paragraaf 5.4 welke stappen in de toekomst vermoedelijk gezet zullen worden om het proces van internationale informatie-uitwisseling verder te stroomlijnen.

De vraag die ik beantwoord in de samenvattende paragraaf (5.5) is: Welke handvatten biedt de huidige internationale discussie omtrent belastingontwijking, in het bijzonder *BEPS*, om tot een oplossing te komen ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*?

Tot slot zij nog vermeld dat ik een aantal punten buiten beschouwing zal laten. Ten eerste zal ik niet ingaan op het zogenaamde vraagstuk omtrent *fair share*³⁸⁹. Voornoemde discussie gaat over de vraag welk bedrag aan belastingen bedrijven moreel gezien behoren te betalen. Daar deze discussie geen objectieve maatstaven biedt, laat ik deze verder buiten beschouwing³⁹⁰. In het verlengde hiervan ga ik ten tweede niet in op de vraag of en waarom³⁹¹ belastingontwijking als een probleem beschouwd moet worden. Naargelang men een juridische, economische of filosofische invalshoek kiest bij het analyseren van deze vraag zijn verschillende antwoorden denkbaar.³⁹² Ik neem aan dat datgene wat de OESO beschrijft als *BEPS*, daadwerkelijk een op te lossen probleem constitueert. Ten derde ga ik voorbij aan de discussie of belasting geheven zou moeten worden van rechtssubjecten of slechts van natuurlijke personen.³⁹³ In dit kader ga ik ook niet in op de vraag of belasting geheven dient te worden op het niveau van aparte subjecten binnen een concern (waarbij winst verdeeld wordt op basis van het *arm's-length*-beginsel) of op het niveau van het concern als geheel (waarbij de te belasten winst van het concern op basis van een verdeelsleutel – de *formulary apportionment* – toegerekend wordt aan belastingjurisdicties. Ik neem als

³⁸⁸ Hiervan wordt reeds gewag gemaakt in de rapportage betreffende *'Hybrid Mismatch Arrangements'* van de OESO van Maart 2012: *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.14.

³⁸⁹ Deze discussie komt voornamelijk naar voren in het publieke en politieke debat zoals gevoerd in diverse media en bij de OESO. Zie o.a.: V. Houlder, 'Taxation, unsafe offshore', *Financial Times* 13 januari 2013; *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013, p.8; H. Huizinga, 'Bedrijven lastig te vangen in net OESO', *Het Financieele Dagblad* 6 augustus 2013 en P. de Waard, 'G20 klaar voor aanpak belastingontwijking', *De Volkskrant* 4 september 2013.

³⁹⁰ Zie voor een vergelijkbare mening omtrent de *fair-share*-discussie bijvoorbeeld: F.A. Engelen & A.F. Gunn, 'Het BEPS-project, een inleiding', *WFR* 2013/1413. Daar stellen de auteurs: '*Deze (toch wat eenzijdige) focus op ethiek is problematisch omdat het een afgewogen en objectief debat over het BEPS-project als geheel in de weg staat.*'

³⁹¹ Voor een artikel over het 'waarom' verwijs ik graag naar het volgende artikel: 'F.A. Engelen & A.F. Gunn, 'Het BEPS-project, een inleiding', *WFR* 2013/1413.

³⁹² Ik verwijs in dit verband naar hetgeen *Vrijburg* en *Baskaran* naar voren gebracht hebben omtrent de (on)wenselijkheid van belastingontwijking tijdens het EFS congres van 11 juni 2013 te Rotterdam: 'M.L. Schippers, 'Company tax integration in the European Union', *WFR* 2013/1165'. Ook *Marres* en *Vording* gaan hier op in in verschillende artikelen. Zie: O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NTR* 2013/1779 en H. Vording, 'Fiscale beleidsnotities 2014', *WFR* 2013/1112.

³⁹³ Bijzonder boeiend in dit kader is het volgende beeldfragment van de Amerikaanse econoom Friedman omtrent het concept dat bij fiscalisten bekend staat als de 'verlengstukgedachte': <http://www.youtube.com/watch?v=ja9gEW2r4jU>.

uitgangspunt de gedachte dat rechtssubjecten zelfstandig draagkrachtig zijn en dienovereenkomstig belast dienen te worden alsmede de gedachte dat winst van de aparte subjecten³⁹⁴ op basis van het *arm's-length*-beginsel³⁹⁵ bepaald moet worden. Tot slot zal ik ook de discussie omtrent de vraag wie schuldig is aan het ontstaan van (*TP*-)mismatches – en daarmee de discussie omtrent wie het probleem op zou moeten lossen – buiten beschouwing laten.³⁹⁶ Een bespreking van deze punten die recht zou doen aan het belang van die punten zou de omvang van dit onderzoek onnodig verbreden en gaat daarmee het bestek ervan te buiten. Daarnaast zou het doorhakken van knopen omtrent de navolgende elementen een fundamentele herbezinning van ons fiscale stelsel kunnen impliceren. Naar mijn mening is dit in het huidige politieke klimaat niet haalbaar.³⁹⁷

5.2 Ontwikkelingen internationaal debat

5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal ik kort aangeven wat de ontwikkeling van de discussie omtrent *BEPS* tot nu toe is geweest. Na dit overzicht, waarbij ik tevens de visie van de Nederlandse wetgever op de problematiek en de gevoerde discussie bespreek, ga ik in op hetgeen het *Action Plan on BEPS* analyseert op het gebied van internationale mismatches. Tot slot geef ik in een analyse aan dat en hoe de problematiek van dit onderzoek past binnen de discussie omtrent BEPS.

5.2.2 BEPS in vogelvlucht: ontwikkeling en reacties tot nu toe

In het *BEPS-report* wordt duidelijk dat de ambities van de OESO hoog liggen. Het rapport constateert dat een aantal ontwikkelingen in de tijd op het gebied van ondernemen, geleid hebben tot probleemgebieden in de internationale belastingsfeer. De ontwikkelingen waar gewag van wordt gemaakt betreffen in de hoofdzaak: globalisering en toegenomen concurrentie tussen bedrijven (waardoor belasting als te drukken kostenpost een steeds prominentere plaats in is gaan nemen). Nationale belastingstelsels en internationale belastingverdragen (die stammen uit de jaren '20 van de 20^{ste} eeuw) zijn onvoldoende meegegroeid met met name de eerstgenoemde ontwikkeling van globalisering. In combinatie met het toegenomen belang van belastingontwijking voor MNO's als kostenreductie, heeft het voorgaande volgens het *BEPS-report* tot gevolg dat de verhevigde en agressievere vorm van belastingontwijking die in zwang is geraakt sinds het eind van de 20^{ste} eeuw onvoldoende bestreden kan worden met het huidige fiscale (inter)nationale instrumentarium.³⁹⁸ In hoofdstuk 4 van hetzelfde rapport worden het bestaan van hybride mismatches³⁹⁹ en

³⁹⁴ Vergelijk dit met de afwijzing in de Nederlandse vennootschapsbelasting van de zogenaamde concerngedachte/samenhanggedachte in het in §2.5.3.2 besproken arrest BNB 2002/257 van de Hoge Raad van 3 mei 2002.

³⁹⁵ Dit is ook de door de OESO te volgen lijn blijkens het *Action Plan on BEPS: Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013, p.14 en p.20. Ook in fiscale vakliteratuur is deze lijn verdedigd. Zie: J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418.

³⁹⁶ Zie voor deze discussie onder meer hetgeen Marres schrijft: 'Die mismatches worden door staten niet noodzakelijkerwijze als een probleem beschouwd, althans niet noodzakelijkerwijze als hun probleem'. O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NtFR* 2013/1779. Zie ook: C.S.W. Douma, 'Questions, questions', *WFR* 2013/842 en J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418.

³⁹⁷ Zulks meent ook Marres in het slot van zijn artikel: O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NtFR* 2013/1779.

³⁹⁸ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013, H2.

³⁹⁹ Vormen van mismatches waarbij financieringsinstrumenten of rechtsvormen in verschillende landen fiscaal verschillend behandeld worden. Gevolg hiervan is vaak dubbele (non-)belasting.

een gebrekkige werking van het *arm's-length*-beginsel genoemd als probleemgebieden die kunnen leiden tot *BEPS*.⁴⁰⁰ Het rapport eindigt met het de belofte snel met concrete vervolgstappen te komen⁴⁰¹.

De inlossing van deze belofte is te vinden in het in de inleiding van dit hoofdstuk reeds genoemde *Action Plan on BEPS* van 19 juli 2013. Waar het hierboven besproken *BEPS-report* in breedsprakige bewoordingen uitweidt over het probleem van *BEPS*, grossiert het *Action Plan on BEPS* in het noemen van korte actiepunten, een tijdsplan en een oproep tot het zoeken naar de juiste implementatiemethodologie voor de genoemde actiepunten. Ik zal in de hierna volgende paragraaf 5.2.4 verder ingaan op met name de aanbevelingen uit het rapport op het gebied van *mismatches* en *TP*.

Op zowel het rapport als op het actieplan is op wisselende wijzen gereageerd door wetenschap, politiek en media. Waar de populaire media voornamelijk grossiert in populistische commentaren, is de stemming in vakliteratuur te typeren als variërend van overwegend positief via cynisch tot ronduit sceptisch. Zo zijn in media zinsneden als '*Het ontwijken van belastingheffing is regel, geen uitzondering*' en '*hierdoor moeten gewone mensen, met name in de arme landen, de prijs betalen door hogere belastingen en slechtere collectieve voorzieningen*' niet van de lucht.⁴⁰² In de vakliteratuur wordt voornamelijk sceptisch gereageerd op het nogal ambitieuze tijdsplan van 2 jaar⁴⁰³, terwijl het doel van de discussie doorgaans wel onderkend wordt. Van overheidswege is het enthousiasme om aansluiting te zoeken bij hetgeen door de OESO besloten wordt, te kenmerken als pragmatisch. In de discussie naar aanleiding van het debat over de NFV 2011 in de Eerste Kamer laat de staatssecretaris optekenen dat Nederland zich volledig kan vinden in het zoeken naar oplossingen om belastingontwijking door MNO's tegen te gaan.⁴⁰⁴ Wel maakt de staatssecretaris duidelijk dat Nederland uitdrukkelijk verder overleg binnen de internationale fora afwacht en niet op eigen houtje maatregelen wil ondernemen. Immers, zo stelt de staatssecretaris in beantwoording op vragen uit datzelfde debat: '*Nederland kan in de eerste plaats niet gaan denken voor de rest van de wereld*'. Ik vraag me in dit verband af hoe de Staatssecretaris dit denkt te kunnen rijmen met bestaande regelingen als art. 10b Wet VPB 1969. Gezien het feit dat dit artikel niet bedoeld is om budgettaire opbrengsten te genereren, maar zich richt op het tegengaan van ontwijking, zou men zich af kunnen vragen welk probleem hier opgelost wordt. Is dat niet een probleem dat in het buitenland (althans, vanuit Nederlands perspectief) ontstaat? Speelt de Nederlandse belastingdienst hier geen inspecteur voor de rest van de wereld? Deze tegenstrijdigheid geeft te denken. Anderzijds komen de Staatssecretaris van Financiën en de minister voor Buitenlandse Handel met de aankondiging van een pakket eenzijdig Nederlandse fiscale maatregelen tegen internationale belastingontwijking in hun brief en nota van 30 augustus 2013.⁴⁰⁵ In diezelfde brief wordt aangegeven:

'We mogen eenzijdige maatregelen niet uitsluiten. (...) Daarbij tornt het kabinet niet aan de hoofdstructuur van het Nederlandse fiscale stelsel. Het kabinet is ervan overtuigd dat maatregelen specifiek gericht dienen te zijn op de gevallen waarin het risico van

⁴⁰⁰ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013, H4.

⁴⁰¹ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013, H5.

⁴⁰² P. de Waard, 'G20 klaar voor aanpak belastingontwijking', *De Volkskrant* 4 september 2013.

⁴⁰³ Zie bijvoorbeeld: F.A. Engelen & A.F. Gunn, 'Het BEPS-project, een inleiding', *WFR* 2013/1413.

⁴⁰⁴ Redactie V-N, 'Beantwoording vragen Notitie Fiscaal Verdragsbeleid en belastingheffing internationale ondernemingen' *V-N* 2013/29.12.

⁴⁰⁵ Redactie V-N, 'Maatregelen tegen internationale belastingontwijking', *V-N* 2013/47.1.

*onbedoeld gebruik bestaat en dienen te passen binnen de richting waarin naar verwachting ook in internationaal verband naar oplossingen zal worden gezocht.*⁴⁰⁶

De vraag is dus nog maar in hoeverre de eerstgenoemde uitspraak van de staatssecretaris een dam opwerpt tegen het unilateraal invoeren van een maatregel gericht tegen belastingontwijking. In het kader van nationale bepalingen om misbruik te voorkomen meldt het *BEPS-report* nog: *'Immediate action from our tax administrations is also needed'*.⁴⁰⁷ Gezien het feit dat de staatssecretaris heeft aangegeven zich te conformeren aan de uitkomsten van de *BEPS*-discussie, zal Nederland redelijkerwijs ook nationale regels moeten introduceren om misbruik te voorkomen.⁴⁰⁸

Kort samenvattend kan gesteld worden dat de internationale en Nederlandse geesten rijp zijn om belastingontwijking aan te pakken. Waar in vakliteratuur nog sceptisch aangekeken wordt tegen het ambitieuze tijdsplan van de OESO, lijkt er algemene consensus te bestaan over het feit dat ingrijpen niet lang op zich kan (en mag) laten wachten.

5.2.3 *BEPS in concreto: mismatches en TP*

5.2.3.1 *Inleiding*

Na geconstateerd te hebben dat er brede consensus bestaat om *BEPS* in internationaal en nationaal verband aan te pakken, is in deze subparagraaf de vraag aan de orde of het probleem dat in deze scriptie aan de orde is, binnen de *BEPS*-discussie past. Twee elementen acht ik relevant. Ten eerste is mijn probleem een *TP*-probleem. Ten tweede is mijn probleem een probleem van uiteenlopende behandeling van inkomensbestanddelen in verschillende landen: een *mismatch*. Op deze twee elementen ga ik in deze paragraaf in het kader van de hierboven aangehaalde discussie dieper in.

5.2.3.2 *Mismatches*

Met betrekking tot *mismatches* acht ik met name een eerder rapport van de OESO van belang. In dit rapport, getiteld *'Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues'*⁴⁰⁹ (hierna: *HM-report*), gaan de rapporteurs in op zogenaamde hybride instrumenten. Het rapport definieert dergelijke instrumenten als volgt: *'These are arrangements exploiting the difference in the tax treatment of instruments, entities or transfers* (onderstreping: VM) *between two or more countries'*.⁴¹⁰ Vooropgesteld zij dat bij het probleem van *TP-mismatches* in beginsel geen sprake is van een te kwalificeren instrument of entiteit. Bij het probleem van *TP-mismatches* is er wel sprake van een overeenkomst. De gevolgen van deze overeenkomst worden in verschillende landen verschillend behandeld. In zoverre past het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem binnen het kader van dit rapport. Het effect van de *TP-mismatch* valt te rangschikken onder hetgeen dat door het hierboven genoemde rapport een *'Deduction/no inclusion*

⁴⁰⁶ Redactie V-N, 'Maatregelen tegen internationale belastingontwijking', V-N 2013/47.1

⁴⁰⁷ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD: maart 2013*, p.53.

⁴⁰⁸ Een dergelijke stap wordt inmiddels gezet op het gebied van het aanscherpen van substance eisen bij zogenaamde doorstroomvennootschappen. Zie: *Kamerstukken II 2013/2014*, 33 753, nr. 5 (Nota van Wijziging), p.5.

⁴⁰⁹ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012.

⁴¹⁰ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.5.

scheme' genoemd wordt.⁴¹¹ Er is wel aftrek (in Nederland), terwijl de corresponderende bate van de transactie/overeenkomst niet (absoluut) of in mindere mate (relatief) belast (*inclusion*) wordt (in het buitenland). Het rapport zelf koppelt dit effect niet expliciet aan *TP-mismatches* en gaat in dit verband voornamelijk in op hybride leningen. Mij lijkt echter buiten kijf te staan dat dit tevens het effect van een *TP-mismatch* kan zijn.

Het *BEPS-report* noemt als één van de 'key pressure area's' in de strijd tegen belastingontwijking: 'international mismatches in entity and instrument characterisation'.⁴¹² Frappant is dat in dit verband het gedeelte van de 'transfers' niet meer vermeld staat onder het kopje *mismatches*. Ik zie echter geen reden om aan te nemen dat hetgeen geschreven wordt in de verdere plannen van de OESO op het gebied van hybride *mismatches* niet eveneens te gelden heeft voor *TP-mismatches*. In bijlage D bij het *BEPS-report* wordt expliciet verwezen naar het hierboven aangehaalde rapport als zijnde een relevant rapport met betrekking tot *BEPS*.⁴¹³ Ik zal in het hierna volgende dan ook hetgeen vermeld wordt in het kader van hybride *mismatches* eveneens van belang achten voor *TP-mismatches*. Voor de volledigheid zij vermeld dat in het *Action Plan on BEPS* het tweede actiepunt (van de 15) geheel ziet op dergelijke *mismatches*.⁴¹⁴

5.2.3.3 Transfer pricing

Ondanks het feit dat hetgeen vermeld staat in de documenten van de OESO omtrent *TP* niet hoofdzakelijk relevant is voor het zoeken naar een unilaterale oplossing voor het probleem van *TP-mismatches*⁴¹⁵, stip ik in deze subparagraaf elementen aan die mijns inziens wel kunnen leiden tot een (marginale) verkleining van het probleem. Omtrent *TP* vermeldt het *Action Plan on BEPS* immers in het 8^{ste} actiepunt:

*'Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated (onderstreping: VM) definition of intangibles; s; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements.'*⁴¹⁶

De actiepunten 9 en 10 vermelden soortgelijke ambities op het gebied van risico-toedeling bij overige concerntransacties die gepaard gaan met een hoog risico. De reden dat ik aandacht aan deze passage in het *Action Plan on BEPS* besteed is de volgende. Het opnemen van drie actiepunten omtrent *TP*, alsmede hetgeen waar de nadruk op ligt – te weten: meer eenduidigheid en duidelijkheid omtrent toepassing – is voor mij een indicatie dat de internationale gemeenschap zich terdege bewust is van het fenomeen van relatieve *TP-mismatches*.⁴¹⁷ Door het streven naar eenduidigheid liggen hier kansen op het internationale vlak om het risico op *TP-mismatches* op termijn aanzienlijk te verkleinen. Dat stemt hoopvol. Een kanttekening is hier wellicht op zijn plaats. Zo laat de redactie van Vakstudie Nieuws in diens commentaar

⁴¹¹ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.7.

⁴¹² *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013, p.47.

⁴¹³ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013, p.85.

⁴¹⁴ *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013, p.15.

⁴¹⁵ Immers, een oplossing op dit gebied in internationaal verband zou mijns inziens slechts zijn het verplicht van hogerhand opleggen van een uniforme toepassing van het *arm's-length*-beginsel in alle landen van de wereld zijn. Zulks is een praktische utopie.

⁴¹⁶ *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013, p.20.

⁴¹⁷ Zie hierover meer in §4.3.4.

op het plan optekenen: ‘Dat lijkt ons allemaal terecht, maar zeker hier krijgen wij nog geen goede indruk hoe de OESO deze problematiek denkt te kunnen aanpakken’.⁴¹⁸ Suggestief in dit verband is hetgeen Engelen en Gunn op laten tekenen: ‘Gelet op de omvang van het project en de strakke planning, is het wel de vraag of de OESO op bepaalde punten wellicht de lat te hoog heeft gelegd’.⁴¹⁹

Zonder bovenstaande kritiekpunten uit het oog te willen verliezen zij hier opgemerkt dat met genoemde actiepunten in het *Action Plan on BEPS* in ieder geval veelbelovende stappen naar een toekomst met kleinere relatieve *TP-mismatches* gezet worden.

5.2.3.4 Concluderend

Concluderend blijken uit deze subparagraaf twee belangwekkende zaken. Ten eerste biedt het *Action Plan on BEPS* vooruitzicht op een verdergaand streven om de eenduidigheid van toepassing van *TP*-regels te vergroten. Dit kan leiden tot het verkleinen van hetgeen ik heb betiteld als relatieve *TP-mismatches*. Vermeld zij dat nog niet volledig duidelijk is welke concrete stappen ondernomen zullen worden om bovenstaand doel te bereiken. Dit punt laat ik voor het vervolg van dit onderzoek rusten, dit is een zaak van OESO-overleg. Zodoende ligt het niet in de rede om als Nederland eenzijdig in te springen op deze tendens. Ten tweede heb ik laten zien dat het probleem van *TP-mismatches* in OESO-verband (impliciet) reeds aan de orde is gekomen.

5.2.4 Analyse en conclusie

Met het lanceren van het *BEPS-report* en het *Action Plan on BEPS* heeft de OESO nadrukkelijk het initiatief genomen in de strijd tegen belastingontwijking. In Nederland hebben voornamelijk het publiek en politiek zich aangesloten bij de in de rapporten verwoorde ambities. De geesten lijken rijp voor een zowel nationale als internationale aanpak van belastingontwijking. In de Nederlandse vakliteratuur is positief gereageerd op het streven *an sich*. Wel maken diverse auteurs een voorbehoud. Veelgehoorde kritiekpunten zijn: ‘de lat ligt te hoog, ‘het tijdsfad is te ambitieus’ en ‘concrete vervolgstappen ontbreken’. Desalniettemin wordt de ambitie om *iets* te doen gedeeld. Concreet toegepast op het probleem van *TP-mismatches* heb ik de passages omtrent *TP* van belang geacht met het oog op het verkleinen van relatieve *TP-mismatches*. Vervolgstappen op dit gebied zijn echter niet aan Nederland. De passages omtrent hybride *mismatches* heb ik van evident belang geacht voor het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem. Ik zal in paragraaf 5.3 dieper ingaan op één oplossing in het bijzonder die de OESO voorstelt om het effect van dergelijke *mismatches* te neutraliseren: *linking rules*.

5.3 Oplossingsrichtingen bij (hybride) *mismatches*: *linking rules*?

5.3.1 Inleiding

In het *HM-report* wordt ingegaan op een aantal oplossingen om het effect van hybride *mismatches* te neutraliseren. Achtereenvolgens noemt het rapport: harmonisatie van nationale wetten, het invoeren van

⁴¹⁸ Redactie V-N, ‘Oeso-rapport “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” (BEPS)’, V-N 2013/35.15.

⁴¹⁹ F.A. Engelen & A.F. Gunn, ‘Het BEPS-project, een inleiding’, *WFR* 2013/1413.

algemene misbruikregels⁴²⁰, het invoeren van specifieke misbruikregels en het invoeren van regels die specifiek zien op hybride *mismatches*.⁴²¹ De eerste oplossing acht de OESO redelijkerwijze niet haalbaar gezien het feit dat – aldus de OESO – zelfs de meest simpele verschillen tussen belastingjurisdicties niet opgelost kunnen worden. Dit lijkt mij een cirkelredenering die slechts kan leiden tot een vicieuze cirkel: verschillen tussen systemen worden momenteel niet opgelost, dientengevolge zullen de verschillen in de toekomst niet opgelost worden en gaan we op deze mogelijkheid niet in, gevolg: er wordt niks opgelost. Wat van deze drogreden ook zij, ik heb zelf reeds aangegeven op zoek te zijn naar een unilaterale oplossing. Ik zal niet verder ingaan op harmonisatie.⁴²² De tweede oplossing is voornamelijk effectief in het geval er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, daar is in het geval van *(TP-)mismatches* geen sprake van. De OESO beoordeelt deze oplossing dan ook als ongeschikt. De derde oplossing ziet blijkens het *HM-report* op zaken als het verlangen van een compenserende heffing alvorens bepaalde voordelen toe te kennen.⁴²³ Een dergelijke oplossing is in het geval van art. 10b wet VPB 1969 door onder andere *Kok & van Sonderen*⁴²⁴ en *Pacham & Brandsma*⁴²⁵ verdedigd. Ik acht een dergelijke oplossing ongeschikt.⁴²⁶ De vierde oplossing is de oplossing die in de ogen van de OESO het meeste kans van slagen heeft bij het bestrijden van (hybride) *mismatches: linking rules*. Op de details van deze oplossing ga ik in deze paragraaf verder in.

5.3.2 *Linking rules*

Op bladzijde 14 van het *HM-report* geven de rapporteurs aan dat de manier om de effecten van (hybride) *mismatches* te neutraliseren gezocht moet worden in de vergelijking met reeds bestaande regels in OESO-landen.⁴²⁷ Deze regels behelzen het volgende: de fiscale behandeling van een (beloning op) een hybride instrument in land A wordt afhankelijk gesteld van de fiscale behandeling van (de corresponderende beloning op) een hybride instrument in land B. Op deze wijze wordt het risico op de exploitatie van *mismatches* in internationaal verband weggenomen. In het vervolg gaat de OESO in op verschillende vormen van dergelijke *linking rules* die op het moment van schrijven (2012) van het rapport reeds in werking waren in diverse landen. Het meest aansprekend acht ik het beschreven Deense systeem. Dit systeem werkt volgens het *HM-report* als volgt:

‘Denmark has also introduced domestic legislation to deal with cases of deduction/no inclusion through the use of hybrid financial instruments. legislation applies where: (i) a fully taxable Danish company, or a foreign company with a PE or immovable property in Denmark is “indebted or similarly obligated”, (ii) the indebtedness or similar obligation is owed to a non-resident individual or non-resident company who has “decisive influence” over the Danish debtor company or if the companies

⁴²⁰ Denk hierbij in Nederlands perspectief voornamelijk aan het leerstuk van *fraus legis*. Instructief in dit verband is hetgeen Niessen te berde bracht op het congres ‘Ongewenste belastingontwijking, de jacht naar een fair share’, georganiseerd door FEI BV i.s.m. R.F.V. Christiaanse-Taxateur op 21 juni 2013. R.E.C.M. Niessen, ‘Grondslagen voor toepassing van *fraus legis* door de Nederlandse belastingrechter’, Bijdragen aan het op 21 juni 2013 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip ongewenste belastingontwijking, Rotterdam: FEI BV 2013.

⁴²¹ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.13-14.

⁴²² Zie in dit verband bijvoorbeeld wel: ‘O.C.R. Marres, ‘Over coördinatie, concurrentie en consolidatie’, *WFR* 2012/324.

⁴²³ Zie in dit verband in Nederland bijvoorbeeld de in art. 10a lid 3 sub b Wet VPB 1969 en art. 13 lid 11 sub a Wet VPB 1969 opgenomen bepalingen omtrent de zogenoemde compenserende ‘reële heffing’.

⁴²⁴ Q.W.J.C.H. Kok & J.C.M van Sonderen, ‘Octrooiabox, groepsrentebox en renteaftrekbeperkingen’, *TFO* 2006/155.

⁴²⁵ R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, ‘Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede Ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek’, *WFR* 2006/1064.

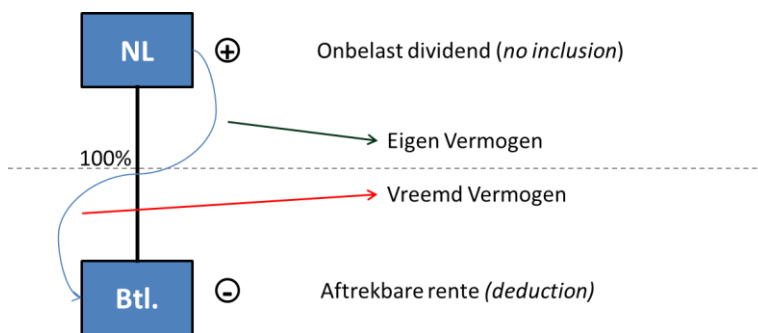
⁴²⁶ Ik zal in hoofdstuk 6 aangeven waarom ik deze mening ben toegedaan.

⁴²⁷ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.14.

are considered to be in a “group of companies”, (iii) the instrument in question is considered to be debt under Danish Tax law, (iv) the instrument is treated as equity/paid-in capital under the tax legislation of the investor’s residence country. If these conditions are met, the instrument is considered to be equity for purposes of Danish income tax computation. One of the results of the reclassification is that any interest expense or capital loss on the debt would not be deductible. Another consequence of this reclassification is that the withholding tax on the payment would be at the rate applicable to dividends as opposed to the rate applicable to interest and capital gains.⁴²⁸

Een korte toelichting van de problematiek omtrent hybride financiering en het verband met *deduction/no inclusion schemes* is hier wellicht op zijn plaats. Zoals blijkt uit het in paragraaf 3.3.3.2 besproken Unilever-arrest, kwalificeert Nederland financieringsinstrumenten tot VV dan wel EV op basis van materiële kenmerken. Vergoedingen op VV zijn aftrekbaar bij de debiteur en belast bij de crediteur, vergoedingen op EV zijn niet aftrekbaar c.q. belast.⁴²⁹ Goed denkbaar is dat het buitenland vermogensverstrekkingen kwalificeert op basis van de civiele vormgeving van een lening. Gevolg van het hierboven beschrevene is dat het mogelijk is dat Nederland een financieringsvorm in concernverband aanmerkt als EV, terwijl het buitenland de financieringsvorm aanmerkt als VV. Dergelijke financieringsvormen staan bekend als ‘hybride leningen’. De volgende situatieschets maakt inzichtelijk welk probleem er in dit geval kan ontstaan:

Figuur 8: Hybride lening: *deduction/no inclusion scheme*



In het geval van bovenstaande non-heffing bewerkstelligt het Deense systeem (ervan uitgaande dat het buitenland van het voorbeeld hierboven Denemarken is) dat de financiering toch als EV behandeld wordt voor het Deense fiscale recht. Als gevolg hiervan wordt de vergoeding op het financieringsinstrument in Denemarken eveneens behandeld als (niet-aftrekbaar) dividend. Op deze wijze is de vergoeding in Denemarken niet aftrekbaar en in Nederland niet belast.

Het *HM-report* laat optekenen dat de ervaringen in de meeste landen (waaronder Denemarken) positief zijn. Specifiek vermeldt het rapport:

‘Countries have also noticed that the introduction of these rules may act not only as a deterrent for taxpayers that want to be compliant, but also eliminate the uncertainty that would otherwise arise regarding the tax treatment of these arrangements.’⁴³⁰

Dit acht ik een bijzonder prettige constatering met het oog op de rechtvaardigheid en rechtszekerheid van een eventueel te schrijven Nederlandse *linking rule* ter bestrijding van *TP-mismatches*. vermeldenswaard

⁴²⁸ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.17.

⁴²⁹ Nb: dit geldt in het gros van de gevallen door de werking van de in art. 13 Wet VPB 1969 vervatte deelnemingsvrijstelling.

⁴³⁰ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.23.

acht ik hetgeen het *HM-report* als aandachtspunt vermeldt aan het einde van het rapport. Aldaar gaan de rapporteurs in op problemen die kunnen ontstaan indien (in het voorbeeld van hierboven) zowel Nederland als Denemarken hun behandeling afhankelijk stellen van de buitenlandse behandeling.⁴³¹ In dat geval is immers denkbaar dat de interactie van beide *linking rules* een vicieuze cirkel tot gevolg heeft waarin beide landen zich blijven aanpassen tot in de theoretische eeuwigheid. Om dit te voorkomen staat het *HM-report* de opname van een *tie-breaker-rules* (voorrangsregels) voor die dergelijke problemen voorkomt. Het rapport geeft verder geen handvatten over de vormgeving van een dergelijke regel. Daarnaast stelt het rapport dat op dit moment dergelijke problemen in de praktijk nog niet gesignaleerd zijn. Wellicht zijn dergelijke *tie-breaker rules* eerder op hun plaats in bilaterale verdragen⁴³² dan in nationale wetten. Duidelijk mag zijn dat verder onderzoek op dit gebied aanbeveling verdient.

Marres gaat in op het aspect van *linking rules* en geeft aan dit een geschikte oplossing te vinden.⁴³³ *Vleggeert* onderkent eveneens het probleem van relatieve *TP-mismatches* en staat een *linking rule*-achtige oplossing voor.⁴³⁴ Ik kom in hoofdstuk 6 in het kader van een te bieden oplossing nog uitgebreider te spreken over dit voorstel. Voor nu zij vermeld dat in de vakliteratuur eveneens enthousiasme is over het principe van *linking rules*.

5.3.3 Conclusie

Concluderend stel ik dat van de door de OESO naar voren gebrachte oplossingen voor *mismatches* het principe van de *linking rule* het meeste kans van slagen heeft vanuit zowel theoretisch als praktisch (politieke haalbaarheid) oogpunt. De wijze waarop Denemarken hybride leningen behandelt, kan als voorbeeld dienen voor een dergelijke bepaling met betrekking tot *TP-mismatches*. In hoofdstuk 6 zal ik in detail ingaan op de gewenste vormgeving van een dergelijke bepaling.

5.4 BEPS en transparantie

5.4.1 inleiding

De huidige discussie omtrent *BEPS* gaat in belangrijke mate mede over transparantie.⁴³⁵ In de navolgende paragraaf zal ik analyseren welke handvatten de internationale discussie omtrent *BEPS* biedt tot verbeterde grensoverschrijdende informatie-uitwisseling. Ik sluit deze paragraaf af met een korte samenvatting en conclusie.

⁴³¹ *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD: Maart 2012, p.24.

⁴³² Zie bijvoorbeeld art. 4 OMV.

⁴³³ *Marres* stelt: 'Voor het vestigingsklimaat lijken deze *linking rules* niet desastreus. De aantasting van de fiscale soevereiniteit is voorts beperkt omdat elk land zijn eigen regels blijft stellen: ze betreffen 'slechts' de afstemming van die regels. Coördinatie van dergelijke regels heeft dus meer kans van slagen dan de coördinatie van *CFC-regels* en antiwinstdrainageregels. Ook EU-rechtelijk zie ik geen grote bezwaren, mits de *linking rules* non-discriminatoir gelden.' O.C.R. *Marres*, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NtFR* 2013/1779.

⁴³⁴ J. *Vleggeert*, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches (sic!)', *WFR* 2013/1426.

⁴³⁵ NB.: 4 van de 15 actiepunten hebben hierop betrekking. Zie de actiepunten 5, 11, 12 en 13 in: *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: juli 2013, p.18 en p.21-23.

5.4.2 Algemeen: automatisering

Alvorens te komen tot het noemen van concrete actiepunten, laat de OESO in de inleiding van het derde hoofdstuk van het *Action Plan* on BEPS optekenen:

*'The availability of timely, targeted and comprehensive information is essential to enable governments to quickly identify risk areas. While audits remain a key source of relevant information, they suffer from a number of constraints and from a lack of relevant tools for the early detection of aggressive tax planning. As a result, timely, comprehensive and relevant information on tax planning strategies is often unavailable to tax administrations, and new mechanisms to obtain that information must be developed.'*⁴³⁶

Duidelijk is op basis van het bovenstaande dat de OECD klaarblijkelijk overloopt van goede bedoelingen op het gebied van transparantie. Snellere, completere en meer gerichte internationale informatie-uitwisseling is het devies. Hoe het één en ander bereikt dient te worden, wordt echter niet inzichtelijk gemaakt.

Een ontwikkeling die bijzonder zou passen bij het introduceren van een Nederlandse *linking rule* op het gebied van *TP-mismatches* is het sneller en op automatische basis uitwisselen van gegevens omtrent de omvang waartoe de belastingdiensten (van de staten waar de transactiepartijen zich bevinden) de baten/kosten van een intra-concerntransactie vaststellen. Dit zou ervoor zorgen dat Nederland op consequente basis en op efficiënte wijze kan lokaliseren bij welke belastingplichtigen een risico op een heffingslek bestaat. Een dergelijke ontwikkeling zou eveneens passen bij het hierboven aangehaalde citaat uit het *Action Plan on BEPS*. Expliciet is een dergelijk streven te vinden in het *BEPS-report* van maart 2013. Interessant in dit verband is met name de verwijzing naar de invloed van het zogenoemde Amerikaanse 'FATCA'-systeem. Een korte uitleg is hier wellicht op zijn plek. FATCA staat voor 'Foreign Account Tax Compliance Act' en is per 1 januari 2013 in werking getreden in de Verenigde Staten. Zonder hier in te willen gaan op de finesses van het systeem van FATCA, vermeld ik hier dat dit systeem in hoofdlijnen het volgende inhoudt.⁴³⁷ In het geval Amerikaanse personen investeringen aanhouden in buitenlandse financiële instellingen of in het geval Amerikaanse personen niet-financiële instellingen bezitten, wordt die instellingen verplicht informatie te verstrekken aan de Amerikaanse belastingdienst. In het geval dit niet gebeurt, volgt een sanctie in de vorm van een bronheffing. Bij de hierboven vermelde verwijzing wordt de huidige ontwikkeling naar meer automatische uitwisseling door de OESO toegejuicht en aangemoedigd.⁴³⁸

5.4.3 Samenvatting en conclusie

Deze paragraaf leert dat de discussie omtrent *BEPS* mede het streven omvat naar het sneller laten verlopen van automatische gegevensuitwisseling. Deze ontwikkeling stemt hoopvol met het oog op een nationaal in te voeren *linking rule* die het effect van *TP-mismatches* neutraliseert. Op deze wijze zal het in de toekomst immers gemakkelijker zijn om informatie te verkrijgen omtrent de fiscale behandeling van imputatiestromen in het buitenland.

⁴³⁶ *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: 2013, p.14.

⁴³⁷ Zie uitgebreider bijvoorbeeld: P. Kavelaars, 'De Foreign Account Tax Compliance Act', *NTRF-B* 2013/8.

⁴³⁸ *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD: maart 2013, p.30.

5.5 Analyse en conclusie

Op basis van dit hoofdstuk concludeer ik als volgt. De discussie omtrent *BEPS* en de wijze waarop in zowel media, politiek als in vakliteratuur gereageerd wordt op de discussie maakt duidelijk dat de geesten momenteel rijp zijn om stappen te zetten in de richting van effectieve bestrijding van belastingontwijking. Zowel unilaterale, bilaterale als multilaterale oplossingen behoren tot het terrein van hetgeen de OESO omschreven heeft als *BEPS*.

Het probleem van *TP-mismatches* valt binnen de discussie omtrent hybride *mismatches*. Weliswaar onderscheidt het probleem van *TP-mismatches* zich van hybride *mismatches* doordat er geen sprake is van te kwalificeren instrumenten of entiteiten. Principieel verschillen beide vormen van *mismatches* echter niet. Daarnaast zal het streven naar meer duidelijkheid omtrent de toepassing van *TP* een grotere (internationale) eenduidigheid van toepassing van het *arm's-length*-beginsel tot gevolg hebben. Daardoor zal in de toekomst de omvang van relatieve *TP-mismatches* kleiner worden.

De meest aansprekende oplossing die naar voren komt uit voornamelijk het *HM-report* is de oplossing van *linking rules*. Deze regels neutraliseren het effect van *mismatches* door aansluiting te zoeken bij de fiscale behandeling van instrumenten of van de vergoedingen op die instrumenten in het 'andere' land. Deze oplossing – met name de bestaande *linking rule* in Denemarken – zal in het komende hoofdstuk fungeren als een blauwdruk voor een Nederlandse oplossing voor *TP-mismatches*.

Tot slot is in dit hoofdstuk duidelijk geworden dat de diverse *BEPS*-documenten in de toekomst kunnen zorgen voor een efficiënter systeem van internationale gegevensuitwisseling. Met het oog op het belang van de fiscale behandeling van imputatie-inkomensstromen in het buitenland voor een op te stellen Nederlandse *linking rule* is dit een positieve ontwikkeling.

In het laatste hoofdstuk hierna ga ik op basis van de voorgaande hoofdstukken in op de vormgeving van een Nederlandse *linking rule* om het effect van *TP-mismatches* te neutraliseren.

HOOFDSTUK 6

Analyse: *linking rule* in de Wet VPB 1969

6.1 **Inleiding**

In hoofdstuk 3 van dit onderzoek heb ik het huidige art. 10b Wet VPB 1969 beschreven en getoetst. Ik heb geconcludeerd dat art. 10b Wet VPB 1969 de toets der nationaalrechtelijke kritiek niet kan doorstaan. Het artikel, mits het in beginsel op een reëel probleem ziet, is aan vervanging toe. In hoofdstuk 4 heb ik geconcludeerd dat het risico op *TP-mismatches* bij transacties in concernverband aanwezig is. Dit risico is het directe gevolg van de vrijheid c.q. soevereiniteit die staten hebben om zelfstandig te bepalen wat de maatstaf van heffing voor concernvennootschappen dient te zijn. Deze vrijheid kan er toe leiden dat het ene land het *arm's-length*-beginsel wél consequent toepast bij het bepalen c.q. controleren van beprijzingen van concerntransacties, maar dat het andere land dit bij de keerzijde van deze transacties gelijktijdig niet doet. Hierdoor ontstaat een absolute *TP-mismatch*. Deze *mismatch* kan in verdragssituaties niet verholpen worden door toepassing van art. 9 OMV en art. 25 OMV. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat twee landen het internationaal aanvaarde en in de *TP-guidelines* neergelegde *arm's-length*-beginsel weliswaar beide toepassen, maar verschillend interpreteren. Hierdoor kan ondanks de toepassing van hetzelfde beginsel alsnog een (relatieve) *TP-mismatch* ontstaan. In dit hoofdstuk ga ik op zoek naar een oplossing voor het hierboven geschetste probleem.

Een belangrijke conclusie uit hoofdstuk 3, met het oog op de reikwijdte van het hierboven geschetste probleem, is dat art. 10b Wet VPB 1969 niet breed genoeg opgesteld is. Slechts het in aftrek beperken van vergoedingen op langlopende laagrentende leningen in concernverband getuigt van een beperkte opvatting van de problematiek van internationale *TP-mismatches*. Het probleem is immers dat het voor geen enkele transactie binnen concernverband op voorhand een gegeven is dat de beprijzing van die transactie in het buitenland bij het bepalen van de winst gecorrigeerd wordt naar een zakelijk niveau.⁴³⁹ Deze correctie wordt, op basis van het in art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 vervatte totaalwinstbeginsel (of ingevolge het in art 8b Wet VPB 1969 neergelegde *arm's-length*-beginsel), in Nederland in beginsel wel toegepast. Er ontstaat een heffingslek op het moment dat de Nederlandse belastingdienst 'betalende' concernvennootschappen toestaat een zakelijke vergoeding voor een transactie binnen concernverband als kostenpost in aanmerking te nemen, terwijl het buitenland niet een corresponderende bate belast. Eveneens belangwekkend voor de in dit hoofdstuk volgende analyse, acht ik de constatering dat de misbruikpresumptie van de staatssecretaris bij art. 10b Wet VPB 1969 een wel erg magere motivering kent in de parlementaire behandeling bij de introductie van genoemd artikel. Op basis van hetgeen ik heb beschreven in hoofdstuk 3, ben ik van mening dat voor de analyse in dit hoofdstuk de misbruikpresumptie losgelaten dient te worden. De nieuw in te richten bepaling moet mijns inziens puur gericht zijn op het neutraliseren van ongewenste effecten die *TP-mismatches* veroorzaken. In mijn optiek is het daarbij irrelevant of een belastingplichtige al dan niet de intentie heeft gehad om misbruik te maken van mazen die ontstaan door *TP-mismatches*. Indien ervoor gezorgd wordt dat er geen belastingvoordeel meer te

⁴³⁹ Zie H4.

behalen valt ontstaat er geen misbruik meer.⁴⁴⁰ De nieuw op te richten bepaling dient dus wel een preventief karakter te hebben, maar geen repressief karakter.

In dit hoofdstuk bied ik een oplossing voor het hierboven geschetste probleem. De oplossing die ik voor zal stellen zal een oplossing in de Nederlandse vennootschapsbelasting zijn. Wellicht is een internationaal gecoördineerde oplossing effectiever en duurzamer, maar op dit moment acht ik de geesten nog niet rijp voor een internationaal gecoördineerde oplossing die ver genoeg gaat om het probleem dat in dit onderzoek aan de orde is het hoofd te bieden.⁴⁴¹ Uiteraard dient een oplossing in de Nederlandse nationale vennootschapsbelasting zich wel te bevinden binnen de huidige fiscale internationaalrechtelijke kaders. In dit licht verwijst ik terug naar paragraaf 4.3.3, alwaar ik beschreef dat een imputatie beperkende bepaling een oplossing is die niet botst met bilaterale verplichtingen die Nederland is aangegaan. Een dergelijk imputatie beperkende bepaling dient slechts in stelling gebracht te worden op het moment dat er een probleem ontstaat in de vorm van een absolute of relatieve *TP-mismatch*. In dit licht zij verwezen naar hoofdstuk 5, alwaar ik concludeer tot het instellen van een *linking rule* als oplossing voor het probleem van internationale *TP-mismatches*. Met het in veel bilaterale verdragen opgenomen OMV-conforme art. 26 en met de Europese bijstandsrichtlijn heeft Nederland voldoende mogelijkheden om te achterhalen wanneer er sprake is van een absolute of relatieve *TP-mismatch*.⁴⁴² Uiteraard ligt in eerste instantie de verantwoordelijkheid voor het doen van een juiste aangifte bij de belastingplichtige. Dat betekent dat de belastingplichtige tevens de in te voeren *linking rule* correct toe moet passen bij het doen van die aangifte. De genoemde mogelijkheden tot informatievergaring door de Nederlandse belastingdienst worden relevant bij controle van de aangifte.

Wat rest in dit hoofdstuk is het geven van concrete invulling aan een *linking rule*. Gegeven het feit dat ik met een *linking rule* relatief dicht bij het huidige art. 10b Wet VPB 1969 blijf, kan de analyse uit hoofdstuk 3 deels gebruikt worden voor deze invulling. De nieuwe bepaling dient in ieder geval niet de onevenwichtigheden en vormen van over- en underkill te bevatten die art. 10b Wet VPB 1969 bevat. Om dit te bewerkstelligen zal ik de onevenwichtigheden en de vormen van over- en underkill, zoals deze volgen uit hoofdstuk 3, in dit hoofdstuk de revue laten passeren en zal ik aangeven hoe deze voorkomen kunnen worden. Gezien het feit dat de bepaling effecten van *TP-mismatches* dient te neutraliseren, presenteer ik de oplossing in de vorm van 2 additionele leden bij art. 8b Wet VPB 1969. Daarnaast besteed ik in dit hoofdstuk aandacht aan de wijze waarop bewerkstelligd wordt dat de nieuwe bepaling slechts toepassing vindt indien er daadwerkelijk een probleem ontstaat.

⁴⁴⁰ Vergelijk in dit verband het door Weber gestelde omtrent renteaftrekbeperkingen: 'Als de rente in Nederland belast is, krijg je in het Verenigd Koninkrijk gewoon aftrek. Als de rente niet in Nederland belast is, krijg je geen aftrek in het Verenigd Koninkrijk. Dan zijn misbruiksituaties bestreden (VM: ik zou willen zeggen: voorkomen) en is er nooit sprake van dubbele belasting. Alleen het Verenigd Koninkrijk is dan aansprakelijk en niet de andere lidstaat, Nederland, die er helemaal niets mee te maken heeft'.

⁴⁴¹ Illustratief is in dit verband hetgeen bijvoorbeeld P. Kavelaars op laat tekenen in 'Het Financieel Dagblad' van 22 juli 2013 omtrent het meest recente OESO rapport ter bestrijding van 'Base Erosion and Profit Shifting': 'Het rapport is magertjes vernieuwend en nog niet heel concreet. De problemen gaan komen bij de invulling.' En: 'Het streven om in één keer alle verdragen aan te passen is heel innovatief, maar gaat nooit lukken.' K.J.C. Broekhuizen, 'Fiscalisten noemen plan OESO 'ambitieuw'', *Het Financieele Dagblad* 22 juli 2013.

⁴⁴² Zie hiervoor uitgebreider §4.4.

Aan het einde van dit hoofdstuk geef ik antwoord op de vraag: Op welke wijze dient een nieuwe bepaling ter neutralisatie van effecten van internationale *TP-mismatches* opgesteld te worden, dusdanig dat deze de nationaalrechtelijke toets der kritiek kan doorstaan?

6.2 Lessen van het huidige art. 10b Wet VPB 1969

6.2.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik in op de in hoofdstuk 3 geconstateerde onvolkomenheden op het gebied van effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid. In de navolgende paragrafen analyseer ik per (sub)element⁴⁴³ van art. 10b Wet VPB 1969 waarbij ik een onvolkomenheid geconstateerd heb: waar deze onvolkomenheid vandaan komt, of deze onvolkomenheid ook een rol kan spelen bij een te ontwerpen *linking rule* om de effecten van internationale *TP-mismatches* te neutraliseren en hoe deze onvolkomenheid voorkomen kan worden. Aan het einde van deze paragraaf zal ik mijn bevindingen in een korte samenvatting presenteren.

6.2.2 Gelieerdheid

In paragraaf 3.3.2 en paragraaf 3.4.2 werd duidelijk dat – om ‘in aanmerking te komen’ voor toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 – vennootschappen waartussen een transactie tot stand is gekomen allereerst gelieerd dienen te zijn in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. Bedoelde gelieerdheid bleek ingericht te zijn als open norm. Van doorslaggevend belang voor het al dan niet gelieerd zijn, is het antwoord op de vraag of de moedervenootschap doorslaggevende zeggenschap heeft bij het bepalen van beprijzingen van onderlinge transacties. Ik heb deze vormgeving in beginsel als effectief, efficiënt en rechtvaardig beoordeeld. Ook vanuit het oogpunt van eenduidigheid met internationale regelgeving, vanwege koppeling met de verdragsgelieerdheid uit art. 9 OESO, is dit een praktische benadering.

Wel heb ik betoogd dat het feit dat alleen gekeken dient te worden naar zeggenschap, het risico met zich brengt om ook bonafide belastingplichtigen te raken. Immers, de kans lijkt klein dat een vennootschap, die geen aandeel heeft in het kapitaal van een andere vennootschap, maar wel doorslaggevende zeggenschap heeft in het prijsbeleid van die vennootschap, bewust prijzen zal manipuleren met het oog op fiscaal gewin. Het fiscale voordeel zal immers niet terecht komen bij de zeggenschap bezittende vennootschap.⁴⁴⁴ Desondanks zou een prijs, die in beginsel tussen genoemde vennootschappen zakelijk vastgesteld is, door een wellicht te stringente berekening door de relevante autoriteiten van wat een *arm's-length*-prijs zou moeten zijn, buiten de marge van art. 10b Wet VPB 1969 kunnen vallen. Dit zou, in combinatie met een looptijd van de lening van langer dan 10 jaar, kunnen resulteren in uitsluiting van aftrek van de totale rente. Dat betekent dat deze in beginsel bonafide vennootschap ook getroffen kan worden door de sanctie⁴⁴⁵ die art. 10b Wet VPB 1969 met zich brengt. Echter, deze vorm van *overkill* zal geen rol meer spelen bij een nieuw in te richten *linking rule*. Ik heb immers in de inleiding van dit hoofdstuk de misbruikpresumptie losgelaten. Daarom zal een nieuw in te richten bepaling geen sanctie-element met

⁴⁴³ zoals onderscheiden in §3.4 en §3.5.

⁴⁴⁴ Opgemerkt zij dat bij zowel de deelnemingsvrijstelling (art. 13 wet VPB 1969) als bij het fiscale eenheids-regime (art. 15 Wet VPB 1969) bij de gelieerdheid wel van doorslaggevend belang is wat de mate van deelname in het aandelenkapitaal is.

⁴⁴⁵ Zie tevens eerder §3.3.6 en hierna §6.2.6.

zich dragen. Het is daarmee geen probleem meer als belastingplichtigen die niet van zins zijn misbruik te maken van *TP-mismatches*, toch onder het nieuwe artikel vallen. Het enige wat de nieuwe bepaling zal doen is de ongewenste effecten van een ontstane *TP-mismatch* (een heffingslek) neutraliseren. Het aansluiten bij de gelieerdheid zoals deze geldt op het gebied van *arm's-length* past binnen dit streven.

Ik ben in paragraaf 3.3.2 ook ingegaan op wat de wijziging van gelieerdheid voor effect heeft op de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969. Uit de gevolgde analyse blijkt dat het opnieuw beoordelen van de vraag, of een lening als gevolg van de wijziging in gelieerdheid wel of niet gaat fungeren als een 10b-lening, voornamelijk relevant is met het oog op de intentie die belastingplichtigen hadden bij het aangaan van de lening. Dit (sub)element acht ik voor mijn nieuwe regeling niet relevant, omdat ik met het loslaten van het misbruikelement uit art. 10b Wet VPB 1969 niet meer zal kijken naar de intentie bij het aangaan van transacties, maar naar het effect dat de vormgeving van transacties tot gevolg heeft.⁴⁴⁶

6.2.3 Geldlening

In paragraaf 3.3.3 en 3.4.3 heb ik de nodige aandacht besteed aan de vormen van financiële transacties die onder art. 10b Wet VPB 1969 vallen. Ik ben daar onder meer ingegaan op de *perpetual*/eeuwigdurende renten en *rct*'s. Ik achtte het in paragraaf 3.4.3 een probleem dat *rct*'s ook 'geslachtofferd' kunnen worden door de werking van art. 10b Wet VPB 1969 met het oog op eerder genoemd sanctie-element in dat artikel. Daarnaast acht ik de aanname van de staatssecretaris, dat de *perpetual* onder art. 10b Wet VPB 1969 kan vallen, onjuist.

Voor het eerste sub-element, de 'standaard' *rct* met een 'te lage' vergoeding, acht ik het problematisch dat deze vorm van financiering hoofdzakelijk voorkomt in het MKB, en het niet aannemelijk lijkt dat het bedingen van geen of een te lage vergoeding fiscaal geïndiceerd is. Voornoemd probleem zal bij een *linking rule* ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* geen rol spelen om de twee navolgende redenen. Ten eerste heb ik de misbruikpresumptie bij het inrichten van een nieuwe bepaling losgelaten, wat ertoe leidt dat slechts het (fiscale) effect (wel of geen heffingslek) van een transactie van belang is, en niet de intentie van belastingplichtigen bij het aangaan van de transactie. Ten tweede is het onderscheid tussen wat wel of geen lening is voor een op te stellen *linking rule* niet meer aan de orde. Immers, in de inleiding van dit hoofdstuk heb ik aangegeven alle transacties in concernverband onder de nieuwe bepaling te laten vallen. De kwalificatie van een transactie is daarmee, vanaf het moment dat deze geconstateerd wordt, niet meer relevant.⁴⁴⁷ Voor het tweede sub-element (de *perpetual*) geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als hierboven beschreven bij de 'standaard' *rct* met een 'te lage' vergoeding.

6.2.4 Looptijd

In hoofdstuk 3 heb ik duidelijk gemaakt dat ik van mening ben dat voornamelijk het element van een looptijd van exact 10 jaar complicaties met zich meebrengt. Zo heb ik betoogd dat de harde grens van 10 jaar een risico op *over-* en *underkill* met zich meebrengt. Daarnaast heb ik aangegeven dat het navolgende

⁴⁴⁶ De soort toets die bij een dergelijke benadering past zal ik in §6.4 belichten.

⁴⁴⁷ In §6.3 zal ik verder ingaan op wat zal vallen onder het begrip 'transactie'. Uiteraard blijft wel de afbakening ten opzichte van eigen vermogen relevant. Zie hiervoor verder §6.3.

onevenwichtig uitwerkt. De verlenging van de looptijd van een lening leidt wél tot het met terugwerkende kracht in aftrek beperken van vergoedingen, terwijl een verkorting van de looptijd niet leidt tot het met terugwerkende kracht alsnog in aftrek toestaan van vergoedingen. Deze complicaties, in combinatie met de onduidelijke herkomst van de looptijd van 10 jaar, maken dit element in mijn ogen overbodig. Zelfs al zou er bij leningen met een looptijd van meer dan 10 jaar daadwerkelijk sprake zijn van massaal misbruik van niet op elkaar aansluitende winstbepalingsstelsels, dan nog kan dit element met het oog op een nieuw op te stellen artikel buiten beschouwing gelaten worden. Repressie zal immers niet meer het doel zijn van een *linking rule* in de Wet VPB 1969 die beoogt de effecten van *TP-mismatches* te neutraliseren.

6.2.5 Vergoeding

Een omvangrijk deel van mijn analyse in hoofdstuk 3 had betrekking op de in art. 10b Wet VPB 1969 bedoelde vergoeding voor leningen. Het begrip ‘vergoeding’ valt uiteen in twee componenten. Enerzijds gaat het om de vergoeding die daadwerkelijk betaald is. Anderzijds gaat het om de vergoeding die partijen op basis van het *arm's-length*-beginsel overeengekomen zouden zijn en die van belang zijn bij het bepalen van de belastbare winst van de Nederlandse concernvennootschap. *Mutatis mutandis* blijft de analyse zoals uitgevoerd in de paragrafen 3.3.6 en 3.4.5 overeind voor een nieuw te ontwikkelen bepaling in de Wet VPB 1969. Weliswaar zal deze bepaling niet slechts zien op leningen in concernverband. Het blijft immers zaak om te bepalen wat de overeengekomen vergoeding⁴⁴⁸ en de *arm's-length*-vergoeding bij een transactie is.

Het eerste geanalyseerde element betrof het hanteren van een afwijking van meer dan 30% van de overeengekomen vergoeding op een 10b-lening ten opzichte van een *arm's-length*-prijs. Ik heb gesteld dat dit element willekeurig en onevenwichtig is. Daarnaast brengt de harde grens van 30% zowel het risico op *over-* als *underkill* met zich mee. Duidelijk mag zijn dat ik geen fan ben van de grens van 30%. De vraag is dan welke grens wel gehanteerd dient te worden. Deze discussie stel ik vooralsnog uit tot paragraaf 6.6.

Vervolgens ben ik in paragraaf 3.4.5 te hoop gelopen tegen het feit dat niet slechts het in Nederland geïmputeerde gedeelte door art. 10b Wet VPB 1969 in aftrek beperkt wordt, maar tevens het door de Nederlandse concernvennootschap daadwerkelijk betaalde bedrag. Ik stel dat dit uitwerkt als sanctie, omdat redelijkerwijs aangenomen mag worden dat de tegenhanger van het vanuit Nederland betaalde bedrag, zijnde het in het buitenland ontvangen bedrag, door het buitenland in de winstgrondslag wordt opgenomen. Hiervan uitgaande ben ik van mening dat de nieuw op te stellen bepaling nooit zo ver mag gaan dat het de daadwerkelijk betaalde vergoeding bij de betalende partij in aftrek beperkt. Daarnaast heb ik geconstateerd dat er *overkill* ontstaat in binnenlandse en buitenlandse situaties. Deze *overkill* kan voorkomen worden door slechts kosten in aftrek te beperken voor zover er sprake is van een *TP-mismatch*.⁴⁴⁹

Zoals in paragraaf 3.3.6 besproken, wordt voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 op een zo materieel mogelijke wijze bepaald wat de vergoeding is die feitelijk overeengekomen is tussen

⁴⁴⁸ Of de overdrachtssom voor vermogensbestanddelen, zie meer daarover in paragraaf 6.4.

⁴⁴⁹ Hoe dit bereikt dient te worden, bespreek ik in §6.6.

concernvennootschappen. Ik achtte dit rechtvaardig, effectief en efficiënt. Dit sub-element blijft ook voor het artikel wat ik wil opstellen van wezenlijk belang. Allereerst is voorgaande van belang voor de bepaling van de belastbare winst in binnen- en buitenland. Mede met het oog op het hierboven beschreven voorkomen van de sanctie – in de vorm van het in aftrek beperken van de daadwerkelijke rente – die art. 10b Wet VPB 1969 met zich meebrengt, is het van belang te weten welke vergoeding in concernverband feitelijk betaald is. Een vraag die zich in dit licht onmiddellijk aan mij opdringt, is de vraag of wel met zekerheid gesteld kan worden dat het buitenland op een gelijke materiële wijze baten in de grondslag betreft als de wijze waarop Nederland dat doet. Is dit immers niet het geval, dan zou het zeer wel kunnen dat Nederland alsnog meer of minder kosten in aftrek toestaat dan dat het buitenland aan baten in de heffingsgrondslag betreft. Stel dat een Nederlandse concernvennootschap (BV) een pand huurt dat eigendom is van een Duitse concernvennootschap (GmbH). Een zakelijke huur voor een dergelijk pand zou €50.000,-- bedragen. Echter, de uit de overeenkomst blijkende huur bedraagt €25.000,--. Duitsland corrigeert de baten niet naar zakelijk niveau en neemt slechts het formeel overeengekomen bedrag van €25.000,-- in zijn grondslag op. Stel nu dat de feitelijk – dus niet in de officiële overeenkomst, maar wel blijkens bijvoorbeeld informele mail-correspondentie – overeengekomen huur €20.000,-- blijkt te zijn. In beginsel zal Nederland dan €20.000,-- als daadwerkelijk betaalde kosten opnemen in de grondslag van BV. Vervolgens imputeert Nederland op basis van art. 8b Wet VPB 1969 €30.000,-- aan huurkosten, zodat BV in totaal €50.000,-- kosten af mag trekken van de Nederlandse belastbare winst. De vraag is nu: welk bedrag beperkt Nederland in aftrek? Is dat de totaal geïmputeerde €30.000,--? In dat geval ontstaat voor een bedrag van €5.000,-- dubbele belastingheffing. Of is dat een bedrag van €25.000,--? In dit geval ontstaat geen dubbele belastingheffing.⁴⁵⁰

In paragraaf 3.3.6 heb ik in navolging van *Van Strien* betoogd dat de woorden ‘rehtens dan wel in feite’ eveneens tot gevolg hebben dat voor de benadering van wat een ‘zakelijke’ (*at-arm’s-length*) vergoeding behoort te zijn, een economische benadering van wat een vergoeding is gehanteerd dient te worden. Dit heeft tot gevolg dat bij de bepaling van die vergoeding met allerhande economische omstandigheden rekening gehouden dient te worden. In feite is dit de economische benadering die terug te vinden is in de door de OESO uitgegeven *TP-guidelines*.⁴⁵¹ In paragraaf 3.4.5 heb ik betoogd dat het *arm’s-length*-beginsel nogal wat administratieve druk kan leggen op de berekening van prijzen voor belastingplichtige concernvennootschappen. Het voert te ver om in het kader van dit onderzoek een betoog te houden ter bestrijding dan wel ter verdediging van het toepassen van het *arm’s-length*-beginsel in concernverband⁴⁵². Wat ik binnen het kader van dit onderzoek van belang vind is het navolgende. De belangrijkste reden waarom ik het een probleem achtte dat het *arm’s-length*-beginsel – op basis van een fictief onafhankelijke relatie – kan leiden tot beprijzingen van transacties in concernverband die afwijken van transacties in een

⁴⁵⁰ Eenzelfde soort discussie zou kunnen ontstaan met betrekking tot de lagere ‘zakelijke’ rente die in aanmerking genomen wordt op een OZL. Zie §3.3.6.3. Verdere discussie over de mate waarin de imputatiekosten door Nederland in aftrek beperkt zouden dienen te worden stel ik uit naar paragraaf 6.6.

⁴⁵¹ Zie voor een beknopte beschrijving van voor dit onderzoek relevante elementen uit die *TP-guidelines* §4.3.4. Voor een uitgebreidere beschrijving van wat in de *TP-guidelines* vermeldt staat en hoe dit uitwerkt in de praktijk verwijs ik naar: J.T. van Egdome, ‘*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*’, Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011.

⁴⁵² Dit is voornamelijk interessant in het kader van de winstverdeling van een *multinational* en in het kader van toedeling van winsten aan verschillende belastingjurisdicties. Zie hierover bijvoorbeeld kort: F.A. Engelen, ‘De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google’, *NTFR* 2013/158.

daadwerkelijk onafhankelijke relatie, was vanwege de sanctie die art. 10b Wet VPB 1969 met zich brengt. Op die wijze kon het in mijn ogen gebeuren dat niet malafide belastingplichtigen getroffen werden door de sanctie in art. 10b Wet VPB 1969 door ‘gebrekigheid’ van het *arm’s-length*-beginsel. Zoals ik reeds heb aangegeven, is het mij niet te doen om een maatregel die repressieve trekken vertoont het in het leven roepen. Dit heeft tot gevolg dat het nieuw in te richten artikel slechts ongewenste effecten van het feit dat niet alle landen (op gelijke wijze) het *arm’s-length*-beginsel hanteren neutraliseert. In een ideale situatie bewerkstelligt de regeling dat op concernniveau er niet te weinig of teveel belasting betaald wordt. Of dit geschiedt door middel van fiscale kosten en baten met dezelfde omvang van €20.000,-- of met dezelfde omvang van €25.000,-- maakt voor dit doel niet uit. Wel dient in mijn ogen slechts inbreuk op het totaalwinst-/*arm’s-length*-beginsel gemaakt te worden als *last resort*.⁴⁵³

In het verlengde van de discussie met betrekking tot een economische benadering van wat een vergoeding behoort te zijn, ligt hetgeen ik in paragraaf 3.3.6 schreef over valutaresultaten op vergoedingen en resultaten op afdekinstrumenten van valutarisico’s. Hieromtrent heb ik gesteld dat de wijze waarop art. 10b Wet VPB 1969 uitwerkt, de nationaal-rechterlijke toets der kritiek kan doorstaan. Beide componenten maken integraal onderdeel uit van de vergoeding op een lening en worden daarmee op gelijke wijze getroffen door art. 10b Wet VPB 1969. Dit gegeven is eveneens relevant voor de nieuw op te richten bepaling beperkende artikel. Dergelijke valutarisico’s zullen eveneens een rol spelen bij bijvoorbeeld leasecontracten en termijnleveranties. Voor het valutarisico en de resultaten op afdekinstrumenten geldt bij dit soort categorieën mijns inziens *mutatis mutandis* hetzelfde als bij de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 geldt voor de categorie ‘leningen’.

Verder ben ik in paragraaf 3.3.6 ingegaan op het feit dat Nederland slechts rente in aftrek beperkt als de overeengekomen vergoeding op een langlopende lening 30% lager is dan hetgeen overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden in het economisch verkeer. Is daarentegen de rente die overeengekomen wordt in concernverband hoger dan gebruikelijk, dan bewerkstelligt art. 10b Wet VPB 1969 niet dat – nadat deze rente omlaag zou zijn gecorrigeerd op basis van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 dan wel art. 8b Wet VPB 1969 – het geïmputeerde gedeelte van deze rente (uitgaande van een 10b-lening) op gelijke wijze weer wordt afgetrokken (opgeteld) van (bij) de fiscale winst (kosten) van de Nederlandse debiteur. Het gevolg is dat in Nederland een (lagere) zakelijke kostenpost aftrekbaar is van de fiscale winst. Uitgaande van de aanname die ten grondslag ligt aan art. 10b Wet VPB 1969, het buitenland past geen imputatie toe, ontstaat hier een vorm van economisch dubbele belasting.⁴⁵⁴ De vraag is of dit terecht en wenselijk is. Enerzijds kan gesteld worden dat het in stand laten van de imputatie tot een lagere kostenpost zorgt dat Nederland zo veel mogelijk vasthoudt aan het totaalwinstbeginsel⁴⁵⁵ en zodoende de inbreuken op het Nederlandse winstbepalingssysteem tot een minimum beperkt.⁴⁵⁶ Anderzijds werkt dit

⁴⁵³ Zie met het oog hierop mijn discussie omtrent het toepassen van de deelnemingsvrijstelling bij de crediteur, om *overkill* in nationale situaties te voorkomen, in §3.3.6.

⁴⁵⁴ Zoals gesteld in paragraaf 3.3.6, zal in de internationale verdragensfeer – d.m.v. art. 9 OMV i.c.m. art. 25 OMV (art. 25 OMV bevat een zogenaamde ‘*Mutual Agreement*’-procedure) vaak een oplossing gevonden kunnen worden, denkbaar is echter dat dit de nodige tijd in beslag kan nemen en dat volledige voorkoming van de dubbele belasting niet in alle gevallen gegarandeerd is. Deze procedure biedt landen in beginsel de mogelijkheid om in overleg te treden indien art. 9 OMV landen de verplichting oplegt economisch dubbele belastingheffing als gevolg van afwijkende verrekenprijzen te voorkomen.

⁴⁵⁵ Zie hoofdstuk 2.

⁴⁵⁶ Vgl. voetnoot 319.

onevenwichtig uit met het oog op het feit dat het voorkomen van een heffingslek blijkbaar wél een argument kan vormen voor het maken van een wettelijke inbreuk op datzelfde totaalwinstbeginsel. Linksom of rechtsom zal de Nederlandse wet, gegeven een kostenafrekbepanking ter voorkoming van heffingslekken, inboeten aan consistentie. Mede met het oog op mijn niet onverdeelde enthousiasme omtrent het hanteren van het *arm's-length*-beginsel als basis voor het bepalen van de winstgrondslag voor belasting in concernverband⁴⁵⁷, maak ik hier de keuze voor een parallelle toepassing van een nieuw in te richten imputatiekosten aftrek beperkend artikel. Dit artikel zal dus niet alleen omhoog gecorrigeerde kosten in aftrek beperken, maar eveneens neerwaartse correcties terugnemen. Ik accepteer dus een extra inbreuk op het totaalwinstbeginsel ten faveure van de belastingplichtige.

Met betrekking tot het behandelen van een vergoeding, op een overigens onveranderde, transactie die in het ene belastingjaar wijzigt ten opzichte van een voorgaand ander belastingjaar heeft mijns inziens hetzelfde te gelden als ik heb gesteld met betrekking tot de te volgen weg bij de wijziging van de gelieerdheid tussen relevante concernvennootschappen.⁴⁵⁸

6.2.6 Waardemutaties

Met betrekking tot waardemutaties⁴⁵⁹ is het wederom van belang om eerst vast te stellen dat ik de intentie van belastingplichtigen bij het aangaan van een transactie in concernverband voor een nieuwe bepaling niet van belang acht. Dat betekent dat, om te bepalen of het nodig is om waardemutaties eveneens uit te sluiten van aftrek, het voornamelijk van belang is te bepalen of waardemutaties een rol (dienen te) spelen bij het bepalen van een *arm's-length*-vergoeding. Met andere woorden, in hoeverre zijn waardemutaties onderdeel van een zakelijke vergoeding of hebben waardemutaties van een onderliggend vermogensbestanddeel invloed op de bepaling van een vergoeding voor het gebruik van dat vermogensbestanddeel? Bij het bepalen van een *arm's-length*-vergoeding gaat het er in de hoofdzaak om dat er een prijs wordt vastgesteld zoals tot stand gekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden. Je kunt je afvragen wat een onafhankelijke derde voor het gebruik van een bepaald vermogensbestanddeel bereid is te betalen, gegeven het risico op een waardemutatie van het vermogensbestanddeel en gegeven de mate waarin de gebruiker meedeelt in de goede en kwade kansen (waardestijgingen c.q. waardedalingen) van het vermogensbestanddeel. *Mutatis mutandis* dient dezelfde vraag beantwoord te worden voor de ter beschikkingsteller: welke vergoeding is deze bereid te accepteren gegeven het hierboven genoemde risico en de mate waarin de gebruiker van het ter beschikking gestelde meedeelt in de goede en kwade kansen van het vermogensbestanddeel? Met het (vermeende/gepercipieerde) antwoord op deze vraag in het achterhoofd gaan onafhankelijke derden de onderhandeling aan en komen op basis van beider onderhandelingspositie een prijs overeen. Bij het bepalen van een zakelijke prijs is reeds rekening gehouden met potentiële waardemutaties die zich tijdens een transactieperiode kunnen manifesteren. Is het dan niet dubbelop om in een nieuw artikel expliciet te melden dat waardemutaties aftrekbaar c.q. onbelast zijn? Sterker gesteld: bewerkstelligt dit niet dat *de facto* twee keer een (stel) negatieve waardedaling in

⁴⁵⁷ Zie hiervoor §3.4.5 en eerder in deze paragraaf (§6.2.5).

⁴⁵⁸ Verwezen zij wederom naar paragraaf 6.4.

⁴⁵⁹ Waardemutaties spelen in potentie mijns inziens een rol bij elke ter beschikkingstelling van kapitaal tegen een vergoeding. Als er om welke reden dan ook het risico bestaat dat een vermogensbestanddeel in beheer van de 'inlenende' partij meer of minder waard wordt, dan heeft dit mijns inziens invloed op de wijze waarop partijen hun transactie zullen beprijken.

af trek beperkt wordt? Dit gebeurt eerst bij het in aftrek beperken van de geïmputeerde vergoeding, bij de bepaling van welke rekening is gehouden met latente gepercipieerde waardemutaties. Vervolgens gebeurt dit nogmaals bij het manifest worden van de reeds gepercipieerde waardemutaties. Dit lijkt op zijn zachtst gezegd bijzonder. Weliswaar zullen effecten van positieve en negatieve waardemutaties elkaar over de hele linie van Nederlandse belastingplichtigen in het oneindige *in primo* in evenwicht houden, zelfs nu het een wat omslachtige of potentieel onevenwichtige manier van belasting heffen lijkt. Op basis van het bovenstaande ben ik dan ook van mening dat waardemutaties niet apart opgenomen dienen te worden in een imputatie beperkend artikel in de Wet VPB 1969. Hetgeen ik in paragraaf 3.3.7 besproken heb omtrent het al dan niet evenwichtig behandelen van waardedalingen en stijgingen onder art. 10b Wet VPB 1969, verliest hiermee voor het vervolg van dit onderzoek zijn waarde. Ik ben niet expliciet ingegaan op hetgeen in mijn ogen dient te gebeuren met waardemutaties als gevolg van fiscale waardeontwikkeling van laagrentende en/of langlopende schulden. In beginsel heeft in mijn ogen met betrekking tot deze vorm van waardeontwikkeling echter hetzelfde te gelden als hierboven.

6.3 ‘Transacties’

6.3.1 Inleiding

Zoals ik in de inleiding van dit hoofdstuk heb gesteld wens ik een artikel op te stellen dat niet slechts een oplossing biedt voor *TP-mismatches* bij leningen in concernverband. Het op te stellen artikel dient tevens een oplossing te bieden voor *TP-mismatches* bij alle andere vormen van transacties waarbij een dergelijke *mismatch* kan ontstaan. Vervolgens is de vraag: wat zijn die transacties waarbij het risico op een *TP-mismatch* bestaat? Het antwoord op deze vraag is in beginsel simpel: elke transactie binnen concernverband waarbij op basis van Nederlandse wet- en regelgeving (art. 8b Wet VPB 1969) of op basis van internationale wet- en regelgeving (art. 9 OMV en de *TP-guidelines*) de beprijzing van de transactie *at-arm's-length* dient te zijn. Bij al deze transacties is immers het risico op *TP-mismatches* aanwezig. Voorbeelden van dergelijke transacties zijn: transacties met betrekking tot (immateriële) activa (verhuur, licentieverlening, overdracht), dienstverlening en financiële transacties. In principe valt elke transactie die tot stand komt binnen concernverband onder het *arm's-length*-beginsel. Bezien het vorige lijkt het nuttiger de vraag te stellen wat niet heeft te gelden als transactie die onder art. 9 OMV en de *TP-guidelines* valt. Dat zijn in beginsel transacties die aan te merken zijn als verschaffing van eigen vermogen (EV) of diensten die niet ten behoeve van het concern verricht worden. Met het oog hierop zal ik in deze paragraaf ingaan op de afbakening van vreemd vermogen (VV) ten opzichte van EV en de afbakening tussen concerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten. In paragraaf 6.4 besteed ik apart aandacht aan de overdracht van vermogensbestanddelen.

6.3.2 Vreemd vermogen versus eigen vermogen

Op basis van het Nederlandse totaalwinstbeginsel (art. 3.8 IB 2001 jo. art. 8 VPB) worden – zoals reeds meerdere keren in dit onderzoek voor het voetlicht gebracht – (vergoedingen voor) VV en EV fiscaal verschillend behandeld. Rentekosten zijn aftrekbaar van de fiscale winst, rente-ontvangsten zijn belastbaar. Dividendbetalingen daarentegen zijn niet aftrekbaar en (deelnemings)dividenden zijn

vrijgesteld. Op basis van het *arm's-length*-beginsel zijn het eveneens niet de genoemde dividenden die corrigeerbaar zijn⁴⁶⁰, maar wel de rentebetalingen (en vergoedingen voor overige transacties niet zijnde EV-verschaffing).

Vanwege het voorgaande is het van belang om aan te geven waar de grens ligt tussen VV en EV. Instructief hierbij lijkt het Unilever-arrest.⁴⁶¹ In dat arrest werden door de Hoge Raad immers duidelijke scheidslijnen aangegeven tussen eigen en vreemd vermogen. In beginsel achtte de Hoge Raad in dat arrest van belang hoe de vermogensverstrekking civiel-juridisch was vormgegeven. Voor de kwalificatie van een vermogensverstrekking tot VV dan wel EV dient in principe aangesloten te worden bij deze civiel-juridische vorm. Deze hoofdregel leidt slechts dan uitzondering, als er sprake is van een schijnlening, een deelnemerschapslening of een bodemloze-put lening.⁴⁶² Vervolgens is de vraag of deze limitatieve opsomming, die immers gebaseerd is op het in art. 3.8. Wet IB 2001 jo. art. 8 Wet VPB 1969 vervatte totaalwinstbeginsel, doorwerkt naar de *TP-guidelines*. Met andere woorden: bieden de *TP-guidelines* en art. 8b Wet VPB 1969 ruimte voor het fiscaal zelfstandig kwalificeren van meer vormen van vermogensverstrekingen dan genoemd in BNB 1988/217 tot VV of EV of niet? *Van der Breggen* stelt dat deze vraag bevestigend beantwoord dient te worden⁴⁶³. Genoemde auteur baseert zich op de door de OESO in paragraaf 1.37 van de *TP-guidelines* neergelegde visie:

'een investering in een gelieerde onderneming in de vorm van een rentedragende schuld, wanneer in een arm's length situatie, met inachtneming van de economische situatie van het kredietnemende bedrijf, niet verwacht zou kunnen worden dat die investering op deze manier wordt vormgegeven. In dit geval zou het gepast kunnen zijn dat een belastingdienst de investering in overeenstemming brengt met de economische werkelijkheid, met als gevolg dat de lening wordt beschouwd als een kapitaalsstorting'.⁴⁶⁴

Deze zin lijkt inderdaad, indien men zich met *Van der Breggen* bedenkt dat met de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 de *TP-guidelines* directe toepassing hebben voor de Nederlandse rechtspraak, ondersteuning te bieden voor een zelfstandige fiscale kwalificatie van BNB 1988/217-achtige (en andere) vermogensverstrekingen. Aan de andere kant menen *Sporken* en *Den Besten* dat dit niet het geval is.⁴⁶⁵ In de analyse waaruit het standpunt van voornoemde auteurs blijkt, komt een interessante discrepantie naar voren tussen diverse uitspraken van de staatssecretaris op verschillende plekken in de wetsgeschiedenis. Enerzijds stelde hij immers bij de codificatie van art. 8b Wet VPB 1969, dat deze regeling beoogd is een codificatie van de op dat moment reeds bestaande rechtspraak te zijn.⁴⁶⁶ Anderzijds stelt diezelfde staatssecretaris bij de parlementaire behandeling van hetzelfde artikel, dat art. 8b Wet VPB beoogd is een codificatie te zijn van art. 9 OMV en dat daarmee de *TP-guidelines* rechtstreeks van toepassing zijn in de Nederlandse rechtspraak.⁴⁶⁷ Deze uitspraken zijn *contrair* aan elkaar gezien het limitatieve karakter van BNB 1988/217 (bestaande rechtspraak) en het open karakter van het hierboven aangehaalde citaat (*TP-*

⁴⁶⁰ Immers: hoe kan een (on)zakelijke prijs bepaald worden voor het ter beschikking stellen van risicodragend kapitaal?

⁴⁶¹ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, (Unilever-arrest) BNB 1988/217. Zie §3.3.3.2.

⁴⁶² Zie voor een uitgebreidere bespreking §3.3.3.

⁴⁶³ M.E.P. van der Breggen, 'Transfer-pricingaspecten van leningen verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing', *WFR* 2006/737.

⁴⁶⁴ M.E.P. van der Breggen, 'Transfer-pricingaspecten van leningen verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing', *WFR* 2006/737.

⁴⁶⁵ C.J.E.A. Sporken en P.C. den Besten, 'Weg met de wet, transfer pricing is alles? Debt-to-equity ratio's', *WFR* 2010/928.

⁴⁶⁶ Zie hiervoor o.m. §2.8.

⁴⁶⁷ C.J.E.A. Sporken en P.C. den Besten, 'Weg met de wet, transfer pricing is alles? Debt-to-equity ratio's', *WFR* 2010/928.

guidelines). Van Egdome is van mening dat de *TP-guidelines* Nederland wel de ruimte bieden tot het zelfstandig kwalificeren van vermogensvormen, naast de in BNB 1988/217 onderscheiden gevallen, tot EV.⁴⁶⁸ Hij baseert zich eveneens op bovenstaand citaat uit de *TP-guidelines* alsmede op het feit dat Nederland geen voorbehoud heeft gemaakt bij het van toepassing zijn van de *TP-guidelines* op individuele vermogenstransacties. Zelf ben ik echter van mening dat de Hoge Raad met diens onzakelijke lening jurisprudentie⁴⁶⁹ de deur naar een als door *Sporcken, Den Besten* en *Van Egdome* voorgestane benadering, definitief – althans tot het moment waarop de Hoge Raad zijn visie eventueel bijbuigt – in het slot heeft gegooid. Daar stelt hij immers expliciet dat het wettelijke systeem niet toestaat een vierde vorm van civielrechtelijke leningen voor de fiscale winstberekening te behandelen als eigen vermogen.⁴⁷⁰ Ik ben dus van mening dat de grens tussen eigen vermogen voor toepassing van het Nederlandse *arm's-length*-beginsel gevormd wordt door de in BNB 1988/217 ontwikkelde grens.

6.3.3 *Concerndiensten versus aandeelhoudersactiviteiten*

Bij het onderscheid tussen concerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten komt nogmaals de uit hoofdstuk 2 blijvende spanning naar voren waar concernvennootschappen mee te maken kunnen hebben. Enerzijds kan een concernvennootschap handelen in de hoedanigheid van gelieerde partij, anderzijds kan de concernvennootschap handelen in de hoedanigheid van dienstverlener. In hoofdstuk 2 werd duidelijk dat, indien een concernvennootschap een dienst verricht in diens hoedanigheid van gelieerde partij, op basis van het totaalwinstbeginsel de beprijzing van die transactie aangepast dient te worden naar een 'zakelijk' niveau. Binnen concern worden diverse diensten vaak door één vennootschap verricht ten bate van de overige concernvennootschappen.⁴⁷¹ Dergelijke diensten, zogenaamde 'concerndiensten', dienen zakelijk beprijsd te worden. Daarnaast besteedt een centrale vennootschap vaak tijd aan het beheren en besturen van vennootschappen. Voor dergelijke activiteiten, de zogenaamde 'aandeelhoudersactiviteiten', hoeft geen prijs in rekening gebracht te worden. Vaak is de grens dun tussen wat te gelden heeft als aandeelhoudersactiviteit en wat te gelden heeft als concerndienst.⁴⁷² Voorbeelden van aandeelhoudersactiviteiten zijn: activiteiten die verband houden met de wettelijke structuur van de vennootschap zelf, activiteiten met betrekking tot het verzamelen van gelden ter verwerving van deelnemingen en activiteiten die voortkomen uit het voldoen aan verslaggevingseisen (ook van consolidatieboekhoudingen).⁴⁷³ Voorbeelden van concerndiensten zijn: administratieve diensten, financiële diensten, R&D-activiteiten, etc.⁴⁷⁴ Om inzichtelijk te maken hoe dun de grens kan zijn tussen

⁴⁶⁸ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 220.

⁴⁶⁹ Zie §3.3.6.

⁴⁷⁰ In BNB 2012/37 Stelt de Hoge Raad immers: *'Het past niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen (VM: Schijnlening, deelnemerschapslening of bodemlozeput lening) voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt.'* HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, ro. 3.3.1

⁴⁷¹ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 99.

⁴⁷² J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 100.

⁴⁷³ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 100.

⁴⁷⁴ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 106.

concerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten kunnen financiële diensten tot voorbeeld dienen. Immers, het bijeenbrengen van kapitaal om een deelneming aan te kopen is een aandeelhoudersactiviteit. Maar indien er kapitaal bijeengebracht wordt door een moedermaatschappij, die deze gelden doorleent aan een concernvennootschap die op haar beurt een deelneming aankoopt, dan is er sprake van een door moeder verrichte financiële dienst. Deze dienst dient beprijsd te worden door een zakelijke interest-*spread* (verschil tussen de door moeder betaalde en ontvangen interest op de lening) aan de dochter in rekening te brengen.⁴⁷⁵ De kern van het onderscheid tussen concerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten is gelegen in het antwoord op de vraag of de vennootschap die een activiteit verricht hiermee actief waarde toevoegt aan de activiteit van andere concernvennootschappen. Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan dient bekeken te worden of hier een *at-arm's-length* verrekenprijs voor in rekening is gebracht.

6.3.4 Conclusie

In deze paragraaf heb ik aangegeven welke transacties met inachtneming van het *arm's-length*-beginsel beprijsd dienen te worden, en daarmee onder een nieuwe bepaling dienen te vallen. Dit zijn alle transacties, niet zijnde die met betrekking tot EV, die plaats vinden binnen concernverband. De grens tussen EV en VV wordt gevormd door de grens die getrokken is in BNB 1988/217. Ten tweede heb ik aandacht besteed aan het onderscheid tussen concerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten. Concerndiensten dienen wel *at-arm's-length* beprijsd te worden en vallen onder mijn nieuwe artikel, aandeelhoudersactiviteiten niet. Het onderscheid tussen deze twee vormen van activiteiten wordt gevormd door het antwoord op de vraag of de vennootschap die een activiteit verricht hiermee actief waarde toevoegt aan de activiteit van andere concernvennootschappen. Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan dient de dienst 'zakelijk' beprijsd te zijn voor de fiscale winstberekening.

6.4 Overdracht vermogensbestanddelen en afschrijvingen

Op 3 april 1957 bleek al dat indien een vermogensbestanddeel overgaat van de ene concernvennootschap op de andere concernvennootschap, de overdrachtprijs zakelijk dient te zijn.⁴⁷⁶ Is dit niet het geval, dan dient op basis van het totaalwinstbeginsel – of op basis van het *arm's-length*-beginsel – alsnog een zakelijke overdrachtprijs in aanmerking genomen te worden voor deze transactie. Bij de administratieve verwerking van deze overdracht, wordt duidelijk dat er een verschil is tussen de fiscale behandeling van transacties in vermogensbestanddelen en transacties die bestaan uit het verlenen van diensten. Bij het verlenen van diensten geldt immers dat in het jaar van dienstverlening onmiddellijk op basis van zowel het totaalwinstbeginsel als op basis van het jaarwinstbeginsel (art. 3.25 Wet IB 2001) kosten/baten geïmputeerd worden. De journaalposten die in een dergelijke situatie gevormd worden luiden:

<u>Bij de bevoordelende (moeder)vennootschap:</u>		<u>Bij de bevoordeelde (dochter)vennootschap:</u>	
Deelneming	€ X	Kosten dienst	€ X
Aan baten dienst	€ X	Aan Informeel kapitaal	€ X

⁴⁷⁵ J.T. van Egdome, 'Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011, p. 102.

⁴⁷⁶ HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165. Zie voor een bespreking van dit arrest §2.3.2.

Worden in dit geval geen baten geïmputeerd bij de dienstverlenende partij, dan kunnen de kosten bij de afnemende partij onmiddellijk in aftrek beperkt worden. Bij het overdragen van vermogensbestanddelen geldt daarentegen dat in het jaar van overdracht weliswaar op basis van het totaalwinstbeginsel direct een overdrachtprijs – en daarmee winst – gefingeerd wordt, kosten worden daarentegen op basis van het jaarwinstbeginsel pas in latere jaren genomen (afschrijvingen). Op het moment van overdracht worden de volgende journaalposten geboekt:

Bij de bevoordelende (moeder)vennootschap:

Deelneming € X

Aan Actief € X

Bij de bevoordeelde (dochter)vennootschap:

Actief € X

Aan Informeel kapitaal € X

Vervolgens wordt steeds in latere jaren afgeschreven over het overgedragen actief door middel van de volgende journaalpost bij de bevoordeelde (dochter)vennootschap:

Afschrijvingskosten € X

Aan Actief € X

Zoals op basis van bovenstaande duidelijk wordt, worden de kosten bij overdracht van een vermogensbestanddeel op een later moment manifest dan op het moment van overdracht. In eerste instantie loopt de transactie via de balans, pas later loopt de transactie (in delen) via de verlies- en winstrekening. Hetzelfde geldt voor een vermogensbestanddeel waarop niet wordt afgeschreven (bijvoorbeeld grond). In dat geval worden het kosten bij doorverkoop van de grond. De imputatie geschiedt ten tijde van de vermogensoverdracht. Kosten worden echter pas later genomen. Stel nu dat het buitenland geen overdrachtssom in aanmerking neemt en aldus geen winst constateert. Manifesteert zich op dat moment een heffingslek? Nee. De logische conclusie lijkt te zijn dat hier geen oplossing geboden hoeft te worden, er is immers geen probleem. Deze conclusie zou echter op een misvatting gebaseerd zijn. Het heffingslek is er wel (latent), alleen manifesteert zich pas in fases bij het verantwoorden van afschrijvingskosten. Immers, elke keer als afschrijvingskosten genomen worden – die berekend zijn op basis van de waarde in het economisch verkeer van het vermogensbestanddeel – door de koper, staan daar geen belaste baten (in de vorm van een winst bij de verkoper op het moment van overdracht) tegenover.

De vraag is: wat dient er te gebeuren met de afschrijvingskosten in het geval het buitenland de genoemde imputatie niet toepast? Er zijn in mijn ogen twee denkbare oplossingen. De eerste oplossing is het weigeren (of slechts toestaan tot lagere waarde) van activering van het actief. Op die wijze wordt het heffingslek in de kiem gesmoord op het moment van het ontstaan van het probleem. De tweede oplossing is steeds in aftrek beperken van de jaarlijkse afschrijvingen op het overgedragen actief. Op deze wijze wordt aangesloten bij de momenten waarop het heffingslek zich manifesteert. Het verschil zit in de *timing* van de aftrekbeperking. Bij de tweede wijze zou aangesloten worden bij de timing van kosten op basis van het in art. 3.25 Wet IB 2001 vervatte jaarwinstbeginsel. Bij de eerste methode daarentegen wordt aangesloten bij het totaalwinstbeginsel. Gezien het feit dat de problematiek in dit onderzoek voortvloeit uit het totaalwinstbeginsel/*arm's-length*-beginsel, ligt het in de rede om hierbij aan te sluiten met een

mogelijke aftrekbeperking. Dat zal dan ook de te volgen weg zijn: op het moment dat bij de overdragende partij geen baten ten behoeve van de overdracht geïmputeerd worden, zal het de ontvangende partij niet toegestaan zijn om het vermogensbestanddeel te activeren tegen een zakelijke imputatiewaarde.

Vervolgens is nog de situatie denkbaar dat bij de overgang van een vermogensbestanddeel in concernverband geen transactiesom betaald wordt, maar dat eventueel door middel van een *earn-out*-achtige bepaling in latere periodes in fases betaald wordt. Deze wijze van betaling mag uiteraard niet tot gevolg hebben dat er dubbele belastingheffing ontstaat. Indien immers verder niets hieromtrent geregeld wordt, is het denkbaar dat de overnemer van het OG het actief niet mag activeren, terwijl de overdrager stapsgewijs, voor de in fases te ontvangen transactiesom, in de belastingheffing betrokken wordt. Het probleem bij *earn-out*-achtige betalingen is echter dat de betalingen in de toekomst voorwaardelijk zijn. Doorgaans hebben de voorwaarden betrekking op de winstgevendheid van het overgedragen vermogensbestanddeel. Door partijen wordt overeengekomen dat bij een *earn-out*-transactie slechts wordt betaald indien de overnemende partij met behulp van het vermogensbestanddeel een bepaalde winst heeft kunnen genereren. Door de in deze voorwaarden schuilende onzekerheid omtrent het geschieden van betalingen, is het toch toestaan van activeren bij de overnemende partij ook geen oplossing. Indien immers op dat moment de betalingen nooit binnenkomen (door het niet vervuld raken van de voorwaarde tot betaling) is er alsnog sprake van een heffingslek. Ik sta in dergelijke gevallen dan ook de volgende benadering voor: ten tijde van overdracht wordt de activering geweigerd. Slechts in het geval betalingen binnenkomen, zal activering toegestaan worden voor een omvang gelijk aan de gedane betaling.

In deze paragraaf ben ik ingegaan op specifieke problematiek die speelt bij de overdracht van vermogensbestanddelen in concernverband. Ik concludeer dat, indien het buitenland geen – of slechts gedeeltelijk – baten imputeert ter zake van een overgedragen vermogensbestanddeel, een nieuw artikel dient te bewerkstelligen dat de overnemer van ditzelfde bestanddeel deze niet – of tegen lagere waarde – mag activeren.

6.5 Permanente toets

In zowel paragraaf 6.2.2 (wijziging van gelieerdheid) als in paragraaf 6.3.5 (wijziging vergoeding) heb ik aangegeven nog ruimte in dit onderzoek vrij te maken voor de analyse van hetgeen in mijn ogen dient te geschieden bij wijziging van de voorwaarden waaronder een transactie overeengekomen is. In deze paragraaf zal ik daarom beknopt aangeven wat voor toets in mijn ogen aangelegd dient te worden om een nieuw artikel effectief, efficiënt en rechtvaardig te maken.

Art. 10b Wet VPB 1969 grijpt aan bij de kenmerken van een lening aangegaan in concernverband. Die kenmerken bestaan uit de voorwaarden (gelieerdheid, looptijd en vergoeding), waaronder de lening is aangegaan. Vervolgens wordt de gehele lening al dan niet aangemerkt als een ‘besmette’ 10b-lening. Ik kan me voorstellen dat deze handelswijze voortkomt uit de koppeling met de oude hybride lening-wetgeving (art. 10 lid 1 sub d jo. leden 2, 3 en 4 (oud)). De hybride lening kwam immers voort uit jurisprudentie omtrent de deelnemerschapslening, waarvan de kern het fiscaal zelfstandig kwalificeren van de vermogensverstrekking betrof. Ik ben echter van mening dat een dergelijke benadering niet past bij de

regeling die ik in het leven wil roepen. Met de regeling die ik in het leven wil roepen wil ik immers slechts aanhaken bij het effect van transacties. Om die reden past het om per jaar te beoordelen of een *TP-mismatch* problemen oplevert door te analyseren of de in Nederland in aanmerking genomen kosten ter zake van een concerntransactie overeenkomen met de baten ter zake van dezelfde transactie in het buitenland. Hoe dit exact dient te geschieden analyseer ik in paragraaf 6.6. Het gevolg van mijn benadering door een permanente toets aan te leggen, is dat de wijziging van de gelieerdheid of van de vergoeding automatisch gevolgen heeft. Is er geen sprake van gelieerdheid in de zin van art. 8b Wet VPB 1969, dan kan er geen *TP-mismatch* ontstaan.⁴⁷⁷ Is er geen sprake van een afwijkende vergoeding, dan kan er geen *TP-mismatch* ontstaan. In voorgaande gevallen vindt het nieuwe artikel simpelweg geen toepassing. De wijziging van de voorwaarde, alsmede de intentie die eraan ten grondslag ligt, acht ik niet van belang.

Aldus concludeer ik op basis van deze paragraaf dat per jaar beoordeeld dient te worden of er, een door het nieuwe imputatiekostenaf trek beperkende artikel te bestrijden, *TP-mismatch* ontstaat. Het nieuwe artikel dient dus een permanente toets te bevatten.

6.6 Slechts voor zover een probleem daadwerkelijk ontstaat

6.6.1 Inleiding

Na de in de vorige paragrafen behandelde analyse dient in deze paragraaf bepaald te worden wanneer hoeveel kosten in aftrek beperkt dienen te worden. De uitkomst van deze analyse is een oplossing waarbij slechts een *TP-mismatch* opgelost wordt indien en voor zover deze zich daadwerkelijk voordoet. De oplossing die ik in deze paragraaf tot stand breng is geïnspireerd op de in hoofdstuk 5 besproken *linking rule*.⁴⁷⁸ In deze paragraaf zal ik teruggrijpen op de in paragraaf 6.2.5 aan de orde gekomen elementen. Tevens zal ik ingaan op de specifieke problematiek omtrent de overdracht van vermogensbestanddelen zoals in paragraaf 6.4 behandeld. De grenzen van een in te voeren nieuw artikel worden gevormd door de in paragraaf 4.2.4 besproken soevereiniteit van staten op het gebied van fiscaliteit.

6.6.2 Compenserende heffingstoets

Alvorens over te gaan tot het beschrijven van de oplossing zoals ik die voorsta, besteed ik in deze paragraaf aandacht aan hetgeen in de literatuur herhaaldelijk geopperd is als oplossing voor de *mismatch* waar art. 10b Wet VPB op ziet: een compenserende heffingstoets.⁴⁷⁹ Deze oplossing wordt bijvoorbeeld voorgesteld door *Kok en Van Sonderen*.⁴⁸⁰ In de huidige Wet VPB 1969 is een dergelijke regeling opgenomen in art. 10a lid 3 sub b Wet VPB 1969. De kern van deze bepaling is dat een aftrek vrijstelling in Nederland achterwege blijft in het geval inkomensbestanddelen niet aan een 'naar

⁴⁷⁷ Althans: in de relatie met de (oude) deelneming. Bij de verkoop van de deelneming zelf is voor de zakelijkheid van de transactiesom waarvoor de deelneming verkocht wordt, de gelieerdheid tussen de verkoper (aandeelhouder) en de koper van belang.

⁴⁷⁸ Recentelijk heeft ook *Vleggeert* een oplossing ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* naar voren gebracht die overeenkomt met de oplossing die ik in dit onderzoek betoog. Zie voor een summier beschrijving van zijn oplossing: J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches (sic!)', *WFR* 2013/1426.

⁴⁷⁹ Zie in het kader van *BEPS* tevens §5.2.1.

⁴⁸⁰ Q.W.J.C.H. Kok & J.C.M. van Sonderen, 'Octrooiabox, groepsrentebox en renteaftrekbeperkingen', *TFO* 2006/155.

Nederlandse maatstaven redelijke heffing' onderworpen zijn. Dit uit zich concreet in een effectief tarief van 10%. Passen we dit toe op het probleem van *TP-mismatches* dan zou aftrek van bijvoorbeeld kosten achterwege blijven als er geen heffing tegen een effectief tarief van 10% tegenover de kostenafrek staat. Het probleem van een dergelijke compenserende heffing waarbij gekeken wordt naar het effectieve tarief is in mijn ogen dat grondslag en tarief *rücksichtslos* op één hoop gegooid worden. In dit geval zou een grondslag die 10 keer zo laag is als de Nederlandse, bij een tarief dat 10 keer zo hoog is als het Nederlandse, resulteren in een effectief tarief dat gelijk is aan het effectieve tarief in Nederland. Het vaststellen van tarieven is echter iets dat behoort tot de kern van de fiscale soevereiniteit van staten.⁴⁸¹ Om die reden hoort een dergelijk element niet thuis in de regeling die ik in het leven wil roepen. Slechts de omvang van de belaste base (grondslag) in het buitenland acht ik van belang. Ik acht de compenserende heffingstoets dan ook niet de geijkte oplossing voor het in dit onderzoek aan de orde zijnde probleem.

6.6.3 *Linking rule* Vleggeert

In een artikel in het WFR van 26 november 2013 onderkent Vleggeert het probleem van *TP-mismatches*. Hij stelt een oplossing voor ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*⁴⁸² door de navolgende bepaling te introduceren in de Wet VPB 1969:

*'Rente, royalty's en andere uitgaven die door een belastingplichtige worden betaald aan een lichaam waarmee hij is gelieerd in de zin van artikel 8b komen bij het bepalen van de winst niet in aftrek indien en voor zover deze inkomensbestanddelen voor de toepassing van de belastingheffing naar de winst waaraan dat lichaam is onderworpen niet behoren tot de winst van dat lichaam.'*⁴⁸³

Als kritiekpunt op deze voorgestelde regeling zou genoemd kunnen worden dat deze niet ziet op de overdracht van vermogensbestanddelen.⁴⁸⁴ Om die reden heeft de voorgestelde bepaling reeds een te beperkte reikwijdte. Weliswaar onderkent Vleggeert deze tekortkoming zelf, bij dit constateren stelt hij echter – mijns inziens abusievelijk – dat de regeling uitgebreid zou moeten worden naar afschrijvingen. Zelf heb ik hierboven beredeneerd dat de regeling uitgebreid dient te worden naar de activering van het overgedragen vermogensbestanddeel (op basis van totaalwinst) en niet bij de afschrijvingen (op basis van jaarwinst). Ook de formulering van de bepaling is niet volledig correct. Zo lijkt de zinsnede '*worden betaald*' met het oog op geïmputeerde stromen van vergoedingen onjuist. Tot slot zij ook vermeldt dat ik van mening ben dat het, voor een efficiënte uitvoering van een bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*, noodzakelijk is een cumulatieve toets op te nemen.⁴⁸⁵ Vleggeert doet dit niet. Wel sluit het principe van het toepassen van een *linking rule* ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* aan bij hetgeen ik zelf voor wil stellen. Daarnaast is de – zij het vrij summiere – constatering van Vleggeert dat een dergelijke regeling niet in strijd is met de vrije verkeersbepalingen van de Europese

⁴⁸¹ De Staatssecretaris is een dergelijke mening toegedaan: '(...) dan is het de vraag of alle betrokken landen bereid zijn om in zo'n verregaande mate (VM: afspreken van een minimumtarief) hun fiscale autonomie ~~willen~~ op (VM: te) geven'. Redactie V-N, 'Beantwoording vragen Notitie Fiscaal Verdragsbeleid en belastingheffing internationale ondernemingen' V-N 2013/29.12.

⁴⁸² Alsmede om de effecten van het gebruik van hybride entiteiten, instrumenten en transacties te neutraliseren. Voor meer informatie hieromtrent zij verwezen naar het genoemde artikel.

⁴⁸³ J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches', WFR 2013/1426.

⁴⁸⁴ Zie §6.4.

⁴⁸⁵ Zie hierna in §6.6.4.

Unie geruststellend. Zelf ben ik aan de toetsing van een door mij voor te stellen bepaling voorbij gegaan in het kader van dit onderzoek.

6.6.4 *Cumulatieve toets*

In paragraaf 6.2.5 heb ik de in art. 10b Wet VPB 1969 gehanteerde afwijking van 30% van een *arm's-length*-prijs, als *trigger* voor het in werking treden van art. 10b Wet VPB 1969, arbitrair geacht. Echter, zinloos is het hanteren van een marge niet. Ondanks dat de parlementaire behandeling nergens gewag maakt van de oorsprong van deze 30%-marge, is het denkbaar dat deze afwijking voldoende marge dient te bieden om te voorkomen dat leningen abusievelijk in de aftrekbeperking van art. 10b Wet VPB 1969 worden getrokken. Ik ben van mening dat dit doel *an sich* een redelijke is. In de praktijk wordt immers bij het bepalen van een verrekenprijs gewerkt met marges waarbinnen de verrekenprijs zich dient te bevinden.⁴⁸⁶ Bevindt een intern daadwerkelijk gehanteerde verrekenprijs zich niet binnen die marge, dan treedt een correctie op basis van het *arm's-length*-beginsel, naar een (gemiddelde) waarde binnen de TP-marge, op. Door echter een vast percentage van 30% te hanteren, gaat de Nederlandse wetgever voorbij aan het feit dat voor diverse transacties, waarbij tevens met behulp van verschillende methodes een TP-marge vastgesteld kan worden, de bandbreedtes van de marges zullen verschillen.⁴⁸⁷ Dit element dient in mijn ogen daarom op twee manieren gewijzigd worden.

Ten eerste dient een nieuw artikel slechts *getriggerd* te worden bij een procentuele afwijking van een 'zakelijke' prijs. De omvang van deze afwijking zal afhankelijk dienen te zijn van de TP-marge zoals deze daadwerkelijk tot stand komt bij een berekening van de Nederlandse belastingdienst. Immers, indien de daadwerkelijk overeengekomen prijs buiten die marge treedt, zullen de Nederlandse autoriteiten overgaan tot imputatie en ontstaat er een risico op *mismatches*.

Daarnaast dient de genoemde afwijking niets meer en niets minder te zijn dan een *trigger*. Nadat bepaald is dat er een risico op een *mismatch* bestaat, dient bekeken te worden of ook daadwerkelijk een heffingslek, dat reparatie verdient, is ontstaan. Dit kan gedaan worden door, op basis van art. 46a AWR of de informatierichtlijn, de belastingplichtige respectievelijk het relevante buitenland te verzoeken informatie te verschaffen omtrent de omvang van de bate die in aanmerking genomen wordt bij de winstbepaling van de buitenlandse 'ontvangende' concernvennootschap.⁴⁸⁸ Slechts indien het bedrag, wat in Nederland als kosten in aanmerking genomen wordt, daadwerkelijk afwijkt van het bedrag dat in het buitenland in aanmerking genomen wordt als winst, dient het artikel toegepast te worden. Aldus wordt voorkomen dat het artikel in werking treedt als er geen probleem is om op te lossen. Op deze wijze wordt voorkomen dat er alsnog een sanctie-element in het nieuwe artikel sluipt door potentieel meer kosten in aftrek te beperken dan strikt noodzakelijk.⁴⁸⁹

In paragraaf 6.2.5 heb ik aangegeven dat het feit dat Nederland materieel kijkt naar de vergoeding die betaald wordt binnen concernverband, tot een extra *mismatch* kan leiden in het geval het buitenland zuiver

⁴⁸⁶ Zie §4.3.4.

⁴⁸⁷ Zie hiervoor §4.2.3.

⁴⁸⁸ Nogmaals, de eerste verantwoordelijkheid voor het doen van een juiste aangifte met inachtneming van de nieuwe bepaling ligt bij de belastingplichtige. Zie de inleiding van dit hoofdstuk.

⁴⁸⁹ Vgl. de sanctie die in art. 10b Wet VPB 1969 verwerkt zit zoals besproken in §3.3.6.

formeel kijkt naar hetgeen overeengekomen is. Ook dit probleem wordt opgelost door bovenstaande cumulatieve toets.

6.6.5 *Linking rule ter neutralisatie effecten TP-mismatches*

In het voorgaande heb ik steeds gesproken over het heffingslek dat ontstaat indien er in Nederland meer kosten afgetrokken mogen worden van de fiscale winst dan dat er baten in aanmerking genomen worden in het buitenland. In de paragrafen 2.2.4, 3.3.6 en 6.2.5 ben ik ingegaan op de problematiek die kan ontstaan in het geval binnen concern een te hoge vergoeding bedongen wordt. In het geval een dergelijke betalende concernvennootschap in Nederland gevestigd is, zal bij het bepalen van diens winst een lagere zakelijke aftrekpost gehanteerd worden. In het geval het buitenland geen correctie op basis van de nationale wet toepast, dan ontstaat hier – als tegenhanger van het in dit onderzoek veelbesproken heffingslek – economisch dubbele belasting voor het gedeelte dat de buitenlandse baten hoger zijn dan de Nederlandse kosten. In paragraaf 6.2.5 heb ik betoogd dat het nieuw in te richten artikel dient te bewerkstelligen dat deze *TP-mismatch* eveneens opgelost wordt.

6.6.6 *Conclusie*

In deze paragraaf heb ik betoogd dat een bepaling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* een cumulatieve toets dient te bevatten om te bewerkstelligen dat slechts in het geval er daadwerkelijk een *TP-mismatch* ontstaat, kosten in aftrek beperkt worden c.q. verruimd in aftrek toegestaan worden.

6.7 **Conclusie**

In de inleiding van dit hoofdstuk heb ik mij ten doel gesteld om de volgende vraag te beantwoorden:

‘Op welke wijze dient een nieuwe bepaling ter neutralisatie van effecten van internationale *TP-mismatches* opgesteld te worden, dusdanig dat deze de nationaalrechtelijke toets der kritiek kan doorstaan?’

Om het antwoord op deze vraag te vinden heb ik in de voorgaande paragrafen aandacht besteed aan de elementen die naar mijn mening wel en niet thuis horen in een nieuw artikel. De nieuwe bepaling die ik voorsta zal als twee additionele leden opgenomen dienen te worden bij art. 8b Wet VPB 1969. Dit is, gezien het feit dat het mij gaat om het oplossen van *TP-mismatches*, de meest logische plek in de Wet VPB 1969. De aan art. 8b Wet VPB 1969 toe te voegen leden zullen als volgt luiden:

- 4) *Indien een belastingplichtig lichaam een transactie is aangegaan met een lichaam waarmee het gelieerd is in de zin van dit artikel, dienen, indien de prijs die tussen de belastingplichtige en het gelieerde lichaam rechtens dan wel in feite is overeengekomen:*
 - a) *op basis van dit artikel gecorrigeerd dient te worden naar een prijs zoals deze overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden in het economisch verkeer; en*
 - b) *afwijkt van de prijs die op basis van het winstbepalingssysteem bij het gelieerde lichaam in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van diens winst;*

bij het bepalen van de winst van het belastingplichtige lichaam kosten in aftrek toegestaan te worden gelijk in omvang aan het bedrag dat bij het gelieerde lichaam in aanmerking genomen wordt bij het bepalen van diens belastbare winst.

5) *Indien sprake is van een geval als bedoeld in lid 4, waarbij een vermogensbestanddeel overgedragen wordt, dient het overgedragen vermogensbestanddeel tegen dezelfde waarde op de balans van belastingplichtige opgenomen te worden als de omvang van de bate waartegen het gelieerde lichaam op enig moment in een winstbelasting wordt betrokken. De op basis van dit lid in aanmerking te nemen waarde zal tevens dienen als afschrijvingspotentieel voor de ingevolge deze wet ten laste van de winst te brengen afschrijvingskosten.*

Op basis van de in dit hoofdstuk uitgevoerde analyse ben ik van mening dat dit een oplossing is waarbij de effecten van, *TP-mismatches* als gevolg van het door Nederland corrigeren van kosten in concernverband die in Nederland neerslaan, geneutraliseerd worden. Dit gebeurt zonder misbruikpresumptie en de daarbij horende sanctie. Ik ben van mening dat dit de meest effectieve, efficiënte en rechtvaardige oplossing is.

HOOFDSTUK 7

Samenvatting en conclusie

7.1 Het probleem: onderzoeksvraag en antwoord

In de inleiding van dit onderzoek heb ik aangegeven te zoeken naar het antwoord op de volgende vraag:

“Hoe dienen de effecten van transfer pricing-mismatches vanuit Nederlands perspectief op effectieve, efficiënte en rechtvaardige wijze genutraliseerd te worden binnen de grenzen van huidig en toekomstig internationaal belastingrecht?”

In de voorgaande hoofdstukken heb ik het probleem van *TP-mismatches* bekeken vanuit meerdere perspectieven. In het laatste hoofdstuk ben ik door middel van een synthetische analyse gekomen tot een antwoord in de vorm van een voorstel tot de introductie van twee aanvullende leden bij art. 8b Wet VPB 1969. Deze leden dienen als volgt te luiden:

“4) Indien een belastingplichtig lichaam een transactie is aangegaan met een lichaam waarmee het gelieerd is in de zin van dit artikel, dienen, indien de prijs die tussen de belastingplichtige en het gelieerde lichaam rechtens dan wel in feite is overeengekomen:

- a) op basis van dit artikel gecorrigeerd dient te worden naar een prijs zoals deze overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden in het economisch verkeer; en*
- b) afwijkt van de prijs die op basis van het winstbepalingssysteem bij het gelieerde lichaam in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van diens winst;*

bij het bepalen van de winst van het belastingplichtige lichaam kosten in aftrek toegestaan te worden gelijk in omvang aan het bedrag dat bij het gelieerde lichaam in aanmerking genomen wordt bij het bepalen van diens belastbare winst.

5) Indien sprake is van een geval als bedoeld in lid 4, waarbij een vermogensbestanddeel overgedragen wordt, dient het overgedragen vermogensbestanddeel tegen dezelfde waarde op de balans van belastingplichtige opgenomen te worden als de omvang van de bate waartegen het gelieerde lichaam op enig moment in een winstbelasting wordt betrokken. De op basis van dit lid in aanmerking te nemen waarde zal tevens dienen als afschrijvingspotentieel voor de ingevolge deze wet ten laste van de winst te brengen afschrijvingskosten.”

In deze conclusie geef ik aan hoe ik gekomen ben tot dit antwoord. Ik behandel achtereenvolgens het in hoofdstuk 2 beschreven kader van totaalwinst, de in hoofdstuk 3 beschreven testcasus van art. 10b Wet VPB 1969, de in hoofdstuk 4 beschreven grenzen van internationaal belastingrecht alsmede de in hoofdstuk 5 beschreven mogelijkheden die de discussie over *BEPS* biedt. Vervolgens geef ik aan waarom de hierboven genoemde punten mij hebben doen besluiten tot het voorstel van deze *linking rule*. Ik sluit af met een beschouwing en enkele slotopmerkingen.

7.2 Het kader: totaalwinst

In hoofdstuk 2 ben ik ingegaan op het Nederlandse objectieve winstbepalingssysteem van totaalwinst (objectief stelsel). Dit objectieve stelsel vindt zijn grond in art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 Wet VPB 1969. De kern van het objectieve stelsel is dat de winst van een onderneming slechts die elementen dient te bevatten die daadwerkelijk het gevolg van de ondernemingsuitoefening zijn. Dat betekent dat ingeval de

ondernemer middelen uit zijn onderneming gebruikt om een privé-aankoop te doen, dit geen invloed mag hebben op de belastbare winst van de onderneming. Immers, de opbrengsten van de onderneming zijn niet afgenomen door de ondernemingsuitoefening, maar door het feit dat de ondernemer geld nodig had voor een privé-aankoop: een aan het wezen van de onderneming vreemd element. Om een juiste belastbare winst vast te stellen dient het aan de onderneming onttrokken bedrag bij het bepalen van de belastbare winst opgeteld te worden bij de winst. Ingeval de ondernemer geld in zijn onderneming stort, geldt het omgekeerde.

Mutatis mutandis geldt dit objectieve stelsel eveneens in de verhouding tussen gelieerde vennootschappen: mutaties in het vermogen van een vennootschap die hun oorsprong niet vinden in de ondernemingsuitoefening, maar in de aard van de aandeelhoudersrelatie, dienen uit de belastbare winst geëlimineerd te worden. Toepassing van het objectieve stelsel in de verhouding tussen gelieerde vennootschappen, heeft tot gevolg dat deze fiscaal geacht worden te handelen als waren zij onafhankelijke derden in het economisch verkeer.

Er wordt slechts inbreuk gemaakt op het objectieve stelsel indien interactie met diens tegenhanger aan de orde komt: het subjectieve reële stelsel. Waar het objectieve stelsel zijn grond vindt in een winstbepaling die abstraheert van subjectieve elementen betreffende de ondernemer/aandeelhouder, sluit het subjectieve stelsel juist aan bij hetgeen er daadwerkelijk gebeurt. Met andere woorden: het subjectieve stelsel belast de opbrengsten die bij een persoon daadwerkelijk binnenkomen, los van de herkomst van de opbrengsten. Interactie tussen deze twee stelsels komt aan de orde indien een onzakelijke transactie plaatsvindt tussen de onderneming en familieleden van de ondernemer. De familieleden worden in dit geval in de belastingheffing betrokken voor het daadwerkelijke voordeel/nadeel dat zij hebben genoten/geleden als gevolg van de transactie. De onderneming wordt daarentegen betrokken in de belastingheffing op basis van het voordeel/nadeel dat de onderneming had kunnen genieten/lijden indien ‘zakelijk’ gehandeld was. Deze bedragen lopen uiteen en leiden tot heffingslekken of dubbele belastingheffing. Uit de Kosten-arresten blijkt dat in het geval deze interactie aan de orde komt, voor de winstbepaling bij de onderneming aangesloten dient te worden bij het subjectieve stelsel. Er dient dus gekeken te worden naar de samenhang tussen belastingheffing bij de twee partijen van de transactie. Er wordt een inbreuk op consistentie binnen het objectieve stelsel toegestaan ten faveure van coherentie tussen het objectieve stelsel en het subjectieve stelsel.

Deze samenhanggedachte is expliciet afgewezen in (inter)nationale concernverhoudingen. Indien door de *mismatch* tussen het Nederlandse objectieve stelsel en een buitenlands winstbepalingssysteem een soortgelijke discrepantie als hiervoor beschreven ontstaat, accepteert de Nederlandse rechter in het Zweedse Grootmoeder-arrest geen inbreuk op het Nederlandse objectieve stelsel. De winst dient op het niveau van de vennootschap bepaald te worden, niet op het niveau van het concern. Deze benadering heeft tot gevolg dat in internationale concernverbanden het risico bestaat op economisch dubbele (non)belasting: een *mismatch*. De reden van deze verschillende behandeling van, *in extremis*, de bakker op de hoek en de grote MNO, heb ik gemeend te vinden in het volgende: voordelen van toepassing op het subjectieve stelsel zijn ten eerste dat dit stelsel beter aansluit op daadwerkelijke

draagkrachtvermeerderingen van personen als maatstaf van heffing en ten tweede dat er meer oog is voor subjectieve inzichten van de ondernemer. Deze voordelen worden naarmate ondernemingen en concerns groter worden steeds meer ondergesneeuwd door het risico op schuiven met bedragen als gevolg van een (te) subjectief winstbegrip. Het objectieve stelsel voorkomt dergelijke verschuivingen. Met andere woorden, hoe groter de mate van controle over en mogelijkheden tot het schuiven met inkomensstromen, hoe belangrijker het objectieve totaalwinstbeginsel wordt ten opzichte van het subjectieve stelsel.

Tot slot ben ik ingegaan op de codificatie van het internationale *arm's-length*-beginsel in de Nederlandse wet met de introductie van art. 8b Wet VPB 1969. Deze codificatie heeft bewerkstelligd dat de koppeling/conformering van het Nederlandse objectieve stelsel met/aan het internationale in art. 9 OMV neergelegde *arm's-length*-beginsel expliciet is. De totale objectivering van winstbepaling in internationaal concernverband is hiermee volmaakt. *Transfer pricing* speelt officieel een rol in het Nederlandse fiscale stelsel. De hierboven beschreven *mismatch* is een *TP-mismatch*.

7.3 De testcasus: art. 10b Wet VPB 1969

In hoofdstuk 3 heb ik gekeken naar art. 10b Wet VPB 1969. Dit artikel is in het leven geroepen om een passende reactie te geven op de (met name: negatieve) effecten van *TP-mismatches* bij leningen in internationaal concernverband. Om die reden heb ik het zinvol geacht om te analyseren wat de beweegredenen zijn geweest van de wetgever om deze regeling in het leven te roepen. De analyse van dit artikel diende als *testcase* voor de oplossing die ik in dit onderzoek tot stand heb gebracht. Het doel was om de elementen van art. 10b wet VPB 1969 die rechtvaardig, efficiënt en effectief uitpakken over te nemen bij het opstellen van een regeling ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*. De elementen van art. 10b Wet VPB 1969 die niet rechtvaardig, efficiënt en effectief uitpakken dienden geschrapt te worden of aangepast.

Het hoofddoel van art. 10b Wet VPB 1969 is blijkens de MvT het tegengaan van misbruik van *TP-mismatches* door aftrek van (imputatie)rentekosten niet toe te staan indien de rente onzakelijk laag (afwijking van meer dan 30%) is, de looptijd van de lening langer dan 10 jaar is en de lening overeengekomen is in gelieerd verband. Ik heb geoordeeld dat de regeling als geheel niet effectief, efficiënt en rechtvaardig uitwerkt. Zonder hier in te willen gaan op de details van de redenering waarmee ik tot deze conclusie gekomen ben, heb ik de navolgende knelpunten gelokaliseerd.

Ten eerste haakt de regeling bij de bestrijding van *TP-mismatches* die bij leningen in concernverband kunnen ontstaan aan bij de looptijd van de lening als één van de doorslaggevende elementen om te bepalen of er sprake is van het risico op een *TP-mismatch*. Op basis van het in hoofdstuk 2 geschetste kader mag duidelijk zijn dat dit geen relevant criterium is. In het geval binnen concernverband een onzakelijke vergoeding overeengekomen wordt, ontstaat het risico op *TP-mismatches*. De opname van de looptijd als criterium voor een correctie op basis van art. 10b Wet VPB 1969 is in feite een weeffout die ontstaan is door de (onterechte) koppeling met de oude hybride-lening-wetgeving. De hybride lening en de lening met een onzakelijke vergoeding zijn twee verschillende probleemgebieden die dientengevolge niet

met elkaar vermengd zouden moeten worden. Opname van dit element heeft zowel *overkill* als *underkill* tot gevolg.

Ten tweede haakt de regeling aan bij een afwijking van meer dan 30% als één van de doorslaggevende elementen om te bepalen of er sprake is van het risico op een *TP-mismatch*. Dit element vindt zijn oorsprong in het feit dat verrekenprijzen zich binnen een marge dienen te bevinden. De gedachte van slechts een aftrekbepanking bij een afwijking van meer dan 30% is daarmee logisch. Door echter een vast percentage te hanteren ontstaat op dezelfde wijze als bij de looptijd het risico op *underkill* en *overkill*. In dit geval ben ik van mening dat de rechtszekerheid van een strikte norm dient te wijken voor de secuurdere werking van een open norm.

Ten derde kent de regeling een veel te beperkt bereik, omdat ze slechts toeziet op leningen in concernverband. Op basis van de in hoofdstuk 2 uitgevoerde analyse mag voldoende duidelijk geworden zijn dat het risico op *TP-mismatches* een rol kan spelen bij elke transactie in concernverband.

Ten vierde werkt de regeling onrechtvaardig uit, omdat de wetgever het nodig heeft geacht om een sanctie-element in te brengen in art. 10b Wet VPB 1969. Dit sanctie-element is overbodig en onnodig belastend. Indien het effect van *TP-mismatches* geneutraliseerd wordt, is het in mijn ogen nergens voor nodig om belastingplichtigen extra te straffen. Preventie zou het doel moeten zijn, niet repressie.

7.4 De grenzen: actueel internationaal belastingrecht

Ik hoofdstuk 4 heb ik geanalyseerd welke grenzen internationaal belastingrecht stelt aan een in te voeren oplossing ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches*.

Allereerst ben ik ingegaan op het volgende. In het internationaal belastingrecht worden twee vormen van dubbele (non)belasting onderscheiden. De eerste vorm is juridisch dubbele (non)heffing. Om deze vorm te bestrijden sluiten belastingjurisdicties verdragen af ter voorkoming van dubbele belastingheffing. De tweede vorm van dubbele (non)heffing is economisch dubbele (non)heffing. In het geval van *TP-mismatches* is hiervan sprake. Deze vorm van dubbele (non)heffing wordt traditioneel niet verholpen door het sluiten van bilaterale belastingverdragen. Er dient aldus naar een nationale unilaterale oplossing gezocht te worden

Daarna ben ik ingegaan op de vraag of bij het zoeken naar een oplossing KIN of KEN nagestreefd dient te worden. In het internationaal belastingrecht wordt onderscheid gemaakt tussen actieve inkomsten (loon, winst of deelnemingsdividenden) en passieve inkomsten (portfoliodividenden, interest en royalty's). Ik heb aangegeven dat ik van mening ben dat het onderscheid anders zou moeten liggen. Actieve inkomsten zouden volgens mij moeten behelzen: inkomsten waarbij de ontvanger (ooit) een 'actieve' bijdrage aan het totstandkomen van deze inkomsten heeft gehad. Passieve inkomsten zouden moeten zijn: inkomsten waarbij de ontvanger geen 'actieve', maar slechts een 'passieve', bijdrage aan het totstandkomen van deze inkomsten heeft gehad. Inkomensstromen die volgen op concerntransacties schaar ik onder actieve inkomsten. Bij het zoeken van een oplossing heb ik beredeneerd dat op basis van het oorsprong-/profijt-/territorialiteitsbeginsel KIN de voorkeur geniet. Concreet houdt dit in dat een oplossing dient te

bewerkstellingen dat de buitenlandse vennootschap *de facto* belast wordt naar een Nederlandse grondslag. Met andere woorden: de mate waarin imputatiekosten afgetrokken kunnen worden van de belastbare winst in Nederland is afhankelijk van de mate waarin corresponderende baten in de buitenlandse belastinggrondslag betrokken worden. Deze oplossing impliceert een *linking rule*.

Vervolgens heb ik gekeken naar de werking van art. 9 OMV. Ik ben tot de volgende conclusies gekomen. Ten eerste: art. 9 OMV kan staten niet dwingen om bij de berekening van de belastbare winst in concernverband een zakelijke verrekenprijs in aanmerking te nemen indien er het risico op een heffingslek bestaat. Aldus bestaat het risico op absolute *TP-mismatches*. Ten tweede: ingeval twee staten zich volledig conformeren aan het internationale *arm's-length*-beginsel kan inconsequente toepassing van dit beginsel nog steeds leiden tot een heffingslek. Aldus bestaat het risico op relatieve *TP-mismatches*. Ten derde: art. 9 OMV werpt geen dam op tegen een oplossing die beoogt het effect van *TP-mismatches* te neutraliseren door middel van een *linking rule*.

Tot slot heb ik geconstateerd dat een *mutual agreement* procedure op basis van art. 25 OMV geen soelaas biedt en heb ik geanalyseerd welke (inter)nationale mogelijkheden de Nederlandse autoriteiten hebben om de oplossing van een *linking rule* in de praktijk handen en voeten te geven. Om een dergelijke regeling in de praktijk te kunnen handhaven is het van evident belang dat bekend is hoe de belastbare winst van de buitenlandse concernvennootschap vastgesteld wordt. Ik heb geconcludeerd dat de mogelijkheden voor de Nederlandse autoriteiten om deze informatie te achterhalen voldoende toereikend zijn.

7.5 De mogelijkheden: Base Erosion and Profit Shifting

In hoofdstuk 5 heb ik het vizier op de toekomst gericht door te analyseren welke kansen de discussie omtrent *BEPS*, die op dit moment gevoerd wordt in internationale fora, media, wetenschap en politiek, biedt.

Allereerst heb ik geconstateerd dat de geesten rijp lijken voor het zetten van stappen in de richting van voorkoming van misbruik van (het gebrek aan interactie tussen) belastingwetten en belastingverdragen in overeenstemming met de uitkomsten van de op dit moment gevoerde OESO-discussie.

Vervolgens heb ik geconstateerd dat het probleem van *TP-mismatches* ook, zij het niet expliciet, een plaats heeft in de discussie omtrent *BEPS*. Duidelijk is dat de internationale gemeenschap de komende tijd alle zeilen bij zal zetten om een eenduidigere toepassing van het *arm's-length*-beginsel te bewerkstelligen. Dit verkleint, mits succesvol, de omvang van relatieve *TP-mismatches*. Daarnaast biedt voornamelijk het *HM-report* handvatten om de effecten van *TP-mismatches* te neutraliseren. De *linking rule*, zoals deze gehanteerd wordt door Denemarken in het geval van *mismatches* die ontstaan door hybride financieringsinstrumenten, heb ik een schoolvoorbeeld geacht voor de regeling zoals ik die tot stand heb gebracht in dit onderzoek.

Tot slot is ook de roep om meer transparantie op het gebied van fiscaliteit hoopgevend. Ik verwacht voornamelijk dat het automatisch uitwisselen van informatie in internationaal verband de komende tijd nog verder gestroomlijnd zal worden.

7.6 De oplossing: *linking rule* in de Wet VPB 1969

In het laatste inhoudelijke hoofdstuk heb ik een synthetische analyse uitgevoerd om te komen tot een oplossing ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* die recht doet aan hetgeen besproken in de daaraan voorafgaande hoofdstukken.

Ik heb ervoor gekozen om een oplossing voor te stellen die, indien als gevolg van een ‘onzakelijk lage’ overeengekomen vergoeding of een ‘onzakelijk hoge’ overeengekomen vergoeding in concernverband dubbele (non-)heffing dreigt te ontstaan, aansluiting zoekt bij de behandeling van de vergoeding bij het buitenlandse concernlichaam. Deze oplossing past binnen het streven naar KIN op het gebied van actieve inkomsten, wordt niet belemmerd door de werking van bilaterale belastingverdragen, sluit aan bij het principe van de *linking rule* zoals deze naar voren kwam in het hoofdstuk omtrent *BEPS* en is in de praktijk te handhaven door gebruik te maken van internationale informatie-uitwisselingsvoorzieningen.

De voorgestelde oplossing dient ingepast te worden in art. 8b Wet VPB 1969. Dit is de meest logische plek, omdat de *mismatch* voortkomt uit (de inconsequente toepassing door staten van) het in dit artikel vervatte *arm's-length*-beginsel.

De voorgestelde oplossing maakt een inbreuk op het Nederlandse objectieve stelsel. Ik acht deze inbreuk gerechtvaardigd omdat zij zowel de belastingautoriteiten beschermt tegen het risico van heffingslekken, als wel de belastingplichtige beschermt tegen het risico van dubbele heffing. Wel dient daarom in mijn ogen extra aandacht besteed te worden aan een zo rechtvaardig, efficiënt en effectief mogelijke vormgeving van de bepaling. Ik heb dit bewerkstelligd door lessen te trekken uit de in hoofdstuk 3 uitgevoerde analyse van art. 10b Wet VPB 1969. De permanente toets en het principe van de *linking rule* voorkomen *over-* en *underkill*. De dubbele toets zorgt voor een efficiënte uitvoering van de regeling.

7.7 Nabeschuiving

Aldus ben ik tot een oplossing gekomen in de vorm van de twee additionele leden bij art. 8b Wet VPB 1969. Ondanks het feit dat ik er van overtuigd ben dat deze oplossing geschikt is binnen het huidige fiscale bestel, plaats ik de navolgende kanttekening.

In mijn analyse ben ik voorbijgegaan aan een aantal vraagstukken. Dit heb ik gedaan om dit onderzoek hanteerbaar te houden. Vaak heb ik vanuit praktisch oogpunt keuzes gemaakt die mij binnen het huidige fiscale systeem de meest haalbare leken. Zo heb ik het objectieve winstbepalingssysteem in plaats van het subjectieve winstbepalingssysteem als gegeven geaccepteerd. Hetzelfde geldt voor de winstbepaling per vennootschap in plaats van een winstbepaling voor het concern als geheel en – in het verlengde hiervan – voor het gebruiken van het *arm's-length*-beginsel in plaats van een *formula apportionment* bij het verdelen van de winst van een concern. De meer fundamentele vraagstukken ben ik uit de weg gegaan: dienen juridische entiteiten wel belast te worden? Is belastingontwijking wel een probleem?

Deze vraagstukken zijn in mijn ogen belangwekkend. Wellicht zou een stelselwijziging het probleem oplossen. Het risico van niet vanuit de zuiver wetenschappelijke basis redeneren maak ik inzichtelijk aan de hand van de weg die ingeslagen is met art. 10b Wet VPB 1969. Allereerst wordt geconstateerd dat het

totaalwinstbeginsel leidt tot onwenselijke uitkomsten. Enerzijds omdat de wetgever van mening is dat niet snel genoeg geconcludeerd wordt tot een deelnemerschapslening (waarmee rente aftrekbaar blijft) en anderzijds doordat het systeem van de wet geen oplossing biedt voor *TP-mismatches*. Vervolgens roept de wetgever één regeling in het leven om de twee hiervoor genoemde problemen op te lossen. Vijf jaar later wordt geconcludeerd dat het gedeelte van de regeling dat zag op de hybride lening onwenselijk is en daarom afgeschaft dient te worden. Het probleem van *TP-mismatches* wil men echter nog steeds bestrijden. De koppeling met de hybride lening wordt vervolgens formeel losgelaten, maar de nieuwe regeling (art. 10b wet VPB 1969) blijft elementen bevatten van die hybride lening (looptijd en het feit dat slechts vergoedingen op leningen aangepakt worden). Dit heeft tot gevolg dat de regeling inefficiënt en onrechtvaardig is en weinig effectief werkt. Resumerend: we bedenken een oplossing voor twee problemen in plaats van het fiscale systeem onder de loep te nemen, vervolgens schaffen we deze oplossing gedeeltelijk af en houden deze gedeeltelijk in stand. Door de wijze waarop dit gebeurt, resulteert een gemankeerde regeling. Door deze vorm van symptoombestrijding en door het stapelen van regelingen ontstaat een wankel geheel.

Kort samengevat: ondanks dat ik van mening ben dat de oplossing ter neutralisatie van de effecten van *TP-mismatches* die ik in dit onderzoek aandraag binnen het huidige fiscale bestel de best haalbare is, verdient het aanbeveling meer fundamenteel fiscaal-economisch onderzoek te doen teneinde op de lange termijn problemen bij de kern aan te kunnen pakken in plaats van de symptomen te bestrijden.

LIJST VAN TABELLEN EN FIGUREN

Tabellen

Tabel 1: objectieve versus subjectieve winstbepaling	13
Tabel 2: Rechtvaardigheid en efficiëntie art. 10b Wet VPB 1969	79
Tabel 3: Rechtvaardigheid, efficiëntie en effectiviteit	82

Figuren

Figuur 1: Juridisch dubbele belasting op intra-concern dividenden	87
Figuur 2: Effect van (absolute) <i>TP-mismatch</i>	95
Figuur 3: Oplossing van (absolute) <i>TP-mismatch</i>	95
Figuur 4: Heffingslek/ dubbele non-heffing	99
Figuur 5: Absolute <i>TP-mismatch</i>	101
Figuur 6: Relatieve <i>TP-mismatch</i>	112
Figuur 7: Relatieve <i>TP-mismatch</i> inclusief <i>TP-range</i>	115
Figuur 8: Hybride lening: <i>deduction/no inclusion scheme</i>	133

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Jurisprudentie Hof van Justitie EG

HvJ EU 21 juli 2011, nr. C-397/09, (Scheuten Solar Technology) *FED* 2012/10

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges (incl. conclusies)

Hoge Raad 1 november 1950, nr. [1950-11-01], *BNB* B. 8847

Hoge Raad 4 mei 1955, nr. 12 273, *BNB* 1955/223

Hoge Raad 18 september 1955, nr. 12 495, *BNB* 1955/342

Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, *BNB* 1957/163

Hoge Raad 3 april 1957, nr. 13 084, *BNB* 1957/165

Hoge Raad 12 februari 1958, nr. 13 456, *BNB* 1958/116

Hoge Raad 10 december 1958, nr. 13 791, *BNB* 1959/51

Hoge Raad 22 maart 1961, nr. 14 495, *BNB* 1961/145

Hoge Raad 27 maart 1968, nr. 15 859, *BNB* 1968/112

Hoge Raad 30 oktober 1968, nr. 15 993, *BNB* 1969/5

Hoge Raad 7 januari 1970, nr. 16 279, *BNB* 1970/62

Hoge Raad 20 oktober 1971, nr. 16 580, *BNB* 1971/233

Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, (Zweedse Grootmoeder-arrest) *BNB* 1978/252

Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 315, (Nieuw Kosten-arrest) *BNB* 1986/293

Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 426, (Nieuw Kosten-arrest) *BNB* 1986/294

Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 440, (Nieuw Kosten-arrest) *BNB* 1986/295

Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 441, (Nieuw Kosten-arrest) *BNB* 1986/296

Hoge Raad 8 juli 1986, nr. 23 412, (Nieuw Kosten-arrest) *BNB* 1986/297

Hoge Raad 15 juli 1986, nr. 23 426, (Nieuw Kosten-arrest) *FED* 1986/1122

Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, (Unilever-arrest) *BNB* 1988/217

Hoge Raad 14 maart 1990, nr. 26 043, (Ruilarrest) *BNB* 1990/127

Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208

Hoge Raad 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB* 1999/176

Hoge Raad 3 mei 2002, nr. 36 821, *BNB* 2002/257

Hoge Raad 29 november 2002, nr. C01/011HR, *NJ* 2003/50

Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, (Fictief loon-arrest) *BNB* 2003/379

Hoge Raad 17 december 2004, nr. 40 238, *BNB* 2005/107

Hoge Raad 8 september 2006, nr. 42 015, (Kaspische Zee-arrest) *BNB* 2007/104

Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43 849, (Onzakelijke Lening-arrest) *BNB* 2008/191

Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 701, *BNB* 2009/260

Hoge Raad 19 juni, nr. 43 978, *BNB* 2009/263

Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, *FED* 2012/20, *NTFR* 2011/2722, *V-N* 2011/63.10

Hoge Raad, 24 februari 2012, nr. 10/03465, *BNB* 2012/229

Hoge Raad 9 maart 2012, nr. 10/04488, *BNB* 2012/132

Hoge Raad 15 maart 2013, nr. 11/02248, *BNB* 2013/149

Hof Amsterdam 7 februari 1963, nr. 365/62, *BNB* 1963/204

Rechtbank Haarlem 12 december 2008, nr. 08/01017, *NTFR* 2009/714

Rechtbank Den Haag 18 oktober 2013, nr. 12/9019, *V-N Vandaag* 2013/2598

Conclusie A-G van Soest 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252c

Conclusie A-G Moltmaker 8 juli 1986, nr. 23 412, *BNB* 1986/297c

Conclusie A-G van Kalmthout 3 mei 2002, nr. 36 821, *BNB* 2002/257c

Conclusie A-G Wattel 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379c

Conclusie A-G Wattel 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37c

Conclusie A-G Wattel 21 september 2012, nr. 11/03528, *BNB* 2013/16c

Boeken en losbladigen

D.B. Bijl & J.A.G. van der Geld, '*Overkill in fiscale wet- en regelgeving*', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 237, Deventer: Kluwer 2009

J. Berk & P. DeMarzo, '*Corporate Finance*', Pearson International Edition, Boston: Pearson Education 2007

D. Brüll, '*Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*', Amsterdam: N.V. Uitgeverij FED 1964.

J.N. Bouwman, '*Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*', Wegwijsserie, Den Haag: SDU Uitgevers 2012

R.P.C.W.M. Brandsma, '*Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*' Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003

M. Burda & C. Wyplosz, '*Macroeconomics*' A European Text, Oxford: Oxford University Press 2005

J.T. van Egdom, '*Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*', Fiscale Monografieën nr. 115, Deventer: Kluwer 2011

M. van Geest, J. van Kleef en H.W. Smits, '*Het belastingparadijs. Waarom niemand hier belasting betaalt, behalve u*', Amsterdam: Business Contact 2013

E.C.C.M. Kemmeren, '*Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models*', Dongen: Pijnenburg vormgevers • uitgevers 2001

M.L.M. van Kempen & P.H.J. Essers, '*Inkomstenbelasting*', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012

NDFR deel Formeel belastingrecht

NDFR deel Internationaal belastingrecht

NDFR deel Vennootschapsbelasting

F.G.F. Peters & A. Roelofsen, '*Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions – Netherlands*', IFA Cahiers vol. 95A, Den Haag: SDU Uitgevers 2010

C. van Raad, '*Internationaal belastingrecht*', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012

C. van Raad, '*Teksten internationaal belastingrecht 2013-2014*', Deventer: Kluwer 2013

Redactie, '*De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen*', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 230, Deventer: Kluwer 2007.

A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, '*Internationaal belastingrecht*', FED fiscale studieserie, Deventer: Kluwer 2011

L.G.M. Stevens, *'Elementair Belastingrecht'*, Deventer: Kluwer 2013

J. van Strien, *'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting'*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008

S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *'Vennootschapsbelasting'*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012

Vakstudie Inkomstenbelasting 1964

Vakstudie Inkomstenbelasting 2001

Vakstudie Internationaal belastingrecht

Vakstudie Vennootschapsbelasting 1969

J. Vleggeert, *'Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht'* Fiscale Monografieën 132, Deventer: Kluwer 2009

H. Vermeulen, *'Vennootschapsbelasting'*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2013

J. Vis, *'Ondernemend waarden: waarderend ondernemen: de subjectiviteit van het begrip economische waarde'*, Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2010

K. Vogel & G. Prokisch, *'Interpretation of double taxation conventions – General Report'*, IFA Cahiers vol. 78A, Den Haag: SDU Uitgevers 1993

Tijdschriftartikelen

P.G.H. Albert, *'De kostenarresten en de renteloze lening'*, *WFR* 2001/745

P.G.H. Albert, *'Onzakelijke lening: mag het minder gecompliceerd?'*, *NTFR* 2011/931

E. Aardema, *'Informatie-uitwisseling in EU-verband'*, *FF* 2005/157

R.A. de Boer & M.F. Nouwen, *'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale Planning. Het vizier staat nog niet scherp'*, *WFR* 2013/34

R.P.C. Cornelisse, *'De 'Ruilarresten' revisited'*, *MBB* 2011/12

P.J.M. Bongaarts, *'Kapitaalstortingen en andere negatieve onttrekkingen'*, *WFR* 1984/1033

P.J.M. Bongaarts, *'Nieuwe jurisprudentie over het begrip informeel kapitaal in de vennootschapsbelasting?'*, *WFR* 1978/1305

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *'Belastinglekken: 'Double dippen' in de VPB'*, *FF* 2012/227

R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, *'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek'*, *WFR* 2006/774

R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede Ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek', *WFR* 2006/1064

M.E.P. van der Breggen, 'Transfer-pricingaspecten van leningen verstrekt binnen de groep: een nadere beschouwing', *WFR* 2006/737.

N. Djebali, 'Interstatelijke transfer-pricinggeschillen: Advance Pricing Arrangements', *FED* 2007/19

C.S.W. Douma, 'Questions, questions', *WFR* 2013/842

J.A.R. van Eijdsen, 'Zijn de kostenarresten achterhaald?', *WFR* 2001/237

J.A.R. van Eijdsen, 'De samenhang tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting', *WFR* 2002/442

F. Elswelier & J.A.G. van der Geld, 'Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, tijd voor sanering!', *TFO* 2012/120.1

F. Elswelier & J. van Strien, 'Valutawinsten en renteaftrekbeperkingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012', *WFR* 2012/628

F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158

F.A. Engelen & R. van Scharrenburg, 'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2008/705

F.A. Engelen, H. Vording & S. van Weeghel, 'Wijziging van belastingwetten met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat', *WFR* 2008/891

F.A. Engelen & A.F. Gunn, 'Het BEPS-project, een inleiding', *WFR* 2013/1413

E.F. Faase, 'Wie verrekent zich nu eigenlijk? NTFR 2002/1399

A.C.G.A.G. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', bijdrage in liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Van Arendonk 'k moet eerlijk zeggen', Den Haag: SDU Uitgevers 2013

A.C.G.A.G. de Graaf, 'Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen', *MBB* 2013/1

E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!', *NTFR* 2006/1236

E.J.W. Heithuis, 'Voorstellen Engelen cs voor VPB 2010: ei van Columbus?', *WFR* 2008/1067

M.J.A. van den Honert, 'De zaak-Scheuten Solar Technology, Een analyse en mogelijke strijdigheid van renteaftrekbeperkingen met de EU interest- en royalyrichtlijn', *WFR* 2010/998

F.C. de Hosson, 'Renteaftrekbeperkingen en het Nederlandse verdragsbeleid', *WFR* 2011/1258

P. Kavelaars, 'Verdragsbeleid: algemene aspecten', *TFO* 2012/119.1

J. Kruihof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418

E.C.C.M. Kemmeren, 'Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', *WFR* 2009/401

Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst'', *FED* 2006/88

Q.W.J.C.H. Kok, 'De herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht', *MBB* 2007/3

Q.W.J.C.H. Kok, 'De invloed van de samenhang tussen rente en valutaresultaten op de renteaftrekbeperkingen en de groepsrentebox', *WFR* 2007/253

W.E. Kremer, 'het privé-gebruik van de ondernemer', *WFR* 1971/669

A.O. Lubbers & M. Schaap, 'Wetgevingsdilemma's voor de belastingrechter, geïllustreerd aan de hand van de ruilgedachte' *WFR* 2011/1302

O.C.R. Marres, 'Over coördinatie, concurrentie en consolidatie', *WFR* 2012/324

O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NTFR* 2013/1779

V.L. Meijerman, 'Verslag congres 'Ongewenste belastingontwijking?''', *WFR* 2013/900

P.F.E.M. Merks & G.C.F. van Gelder, 'Het belastinglek en de OESO', *FF* 2012/227

M.L. Molenaars, 'De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst', *WFR* 2006/1071

S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, 'Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen', *FED* 2002/117

R.E.C.M. Niessen, 'Grondslagen voor toepassing van fraus legis door de Nederlandse belastingrechter', Bijdragen aan het op 21 juni 2013 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip ongewenste belastingontwijking, Rotterdam: FEI BV 2013.

M.F. Nouwen, 'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans', *WFR* 2012/1296

M.F. Nouwen, 'Belastingheffing internationale ondernemingen', *NTFR* 2013/159

M.F. Nouwen, 'Standpunt Nederland over EU-actieplan tegen belastingfraude en -ontwijking', *NTFR* 2013/160

- H. Pijl, 'Drie observaties bij thin cap', *WFR* 2006/374
- Redactie V-N, 'Wetsvoorstel "werken aan winst"', *V-N* 2006/30
- Redactie V-N, 'Brief Staatssecretaris van Financiën 14 juni 2007', *V-N* 2007/30.13
- Redactie V-N, 'Europese Commissie wil belastingontduiking en -ontwijking uitroeien', *V-N* 2012/63.3
- Redactie V-N, 'Antwoord op vragen over strijd tegen belastingfraude en belastingontwijking', *V-N* 2013/14.5
- Redactie V-N, 'Beantwoording vragen Notitie Fiscaal Verdragsbeleid en belastingheffing internationale ondernemingen' *V-N* 2013/29.12
- Redactie V-N, 'Oeso-rapport "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting" (BEPS)', *V-N* 2013/35.15
- Redactie V-N, 'Oeso-rapport over voortgang inlichtingenuitwisseling en "Base Erosion and Profit Shifting" (BEPS)', *V-N* 2013/36.7
- Redactie V-N, 'Maatregelen tegen internationale belastingontwijking', *V-N* 2013/47.1
- M.H.C. Ruijschop, 'een zaak van onzakelijkheid', *BB* 2008/10
- H. Reinoud & R. de Wit, '(a)symmetrie bij de behandeling van valutaresultaten op 10a-schulden', *WFR* 2009/110
- B. da Silva, 'Moving to global fiscal consolidation? The OECD BEPS report and the ever-changing world of international taxation', *FF* 2013/233
- C.J. Sleddering, 'Bedrijfsmatig genot van arbeid en kapitaal', *WFR* 1965/557.
- R. Snoeij & G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ('perpetual')', *WFR* 2010/644
- M.L. Schippers, 'Company tax integration in the European Union', *WFR* 2013/1165
- C.J.E.A. Sporken & P.C. den Besten, 'Weg met de wet, transfer pricing is alles? Debt-to-equity ratio's', *WFR* 2010/928
- S.A.W.J. Strik, 'De problematiek van de renteaftrek en de modernisering van de vennootschapsbelasting 2007', *MBB* 2004/306
- B. A. van Tuijl, 'Twintig vingers, dertig gaten, of de toestand van de vennootschapsbelasting', *WFR* 1981/1285
- J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches (sic!)', *WFR* 2013/1426
- K. Vogel, 'New Europe Bids Farewell to Treaty Override', *Bulletin - Tax Treaty Monitor* January 2004.

H. Vording, 'Fiscale beleidsnotities 2014', *WFR* 2013/1112

R.J. de Vries, 'Delerium tremens oftewel fiscale desoriëntatie', *WFR* 2012/1386

C.S. Wetemans & S. Goldewijk, 'Verslag YIN-seminar 'De mismatch voorbij'', *WFR* 2013/59

Kamerstukken en (inter)nationale wet- en regelgeving

Bijlage bij: *Kamerstukken II*, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011)

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 2 (Voorstel van Wet)

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, A (Advies Raad van State en Nader Rapport)

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het Verslag)

Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 14 (Amendement)

Kamerstukken I 2001/2002, 28 034, nr. 123b (Nota naar aanleiding van het Verslag)

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 2 (Voorstel van wet)

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr.4 (Advies Raad van State en nader rapport)

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 6 (Verslag)

Kamerstukken II 2005/2006, 30572, nr. 8 (Nota naar aanleiding van het verslag)

Kamerstukken I 2006/2007, 30 572, B (Voorlopig verslag van de vaste commissie voor financiën)

Kamerstukken I 2006/2007, 30 572, C (Memorie van antwoord)

Kamerstukken I 2006/2007, 30 572, H (Brief van de Staatssecretaris van Financiën)

Kamerstukken II 2012/2013, 33 402, nr. 36 (Motie Klaver)

Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003, (Interest- & Royaltyrichtlijn) *PbEU* 2003 L, 157/49

Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011, (Bijstandsrichtlijn) *PbEU* 2011 L, 64/1

Staatscourant 28 juni 2012, 12 696 (Voorstel van wet)

Mededeling 2009/C van de Raad van 30 december 2009, (Arbitrageverdrag) *PbEU* 2009 C, 322/1

Overige papers & publicaties

Action Plan on Base Erosion and Profit shifting, OECD: juli 2013

An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, Brussel: EC: december 2012

Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD: maart 2013

C. Driessen, 'Plan belastingontwijking raakt fiscale branche niet', *Het Financieele Dagblad* 3 september 2013

H. Huizinga, 'Bedrijven lastig te vangen in net Oeso', *Het Financieele Dagblad* 6 augustus 2013

K.J.C. Broekhuizen, 'Fiscalisten noemen plan OESO 'ambitieuw'', *Het Financieele Dagblad* 22 juli 2013

Commentary on article 3 concerning general definitions, OECD 2010

Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises, OECD 2010

Commentary on article 26 concerning the exchange of information, OECD 2010

G. Cottani, 'Transfer Pricing', Topical Analyses IBFD, IBFD: Oct. 2013.

V. Houlder, 'Taxation, unsafe offshore', *Financial Times* 13 januari 2013

Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, OECD: Maart 2012

A. Nolten & G. Schutz, 'Houd hoofdkantoren van multinationals vast', *Het Financieele Dagblad* 12 juli 2013

P. de Waard, 'G20 klaar voor aanpak belastingontwijking', *De Volkskrant* 4 september 2013

BIJLAGEN

Bijlage 1: gebruikte artikelen uit Nederlandse belastingwetgeving

Art. 3.8 Wet IB 2001

Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.

Art 8b Wet VPB 1969

1. Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.

2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een zelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam.

3. De in het eerste en tweede lid bedoelde lichamen nemen in hun administratie gegevens op waaruit blijkt op welke wijze de in dat lid bedoelde verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt of er met betrekking tot de totstandgekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

Art 10 lid 1 sub d jo. Lid 2,3 en 4 Wet VPB 1969 (tekst tot 2007)

1. Bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek:

d) vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige. Hiervan is sprake indien zich met betrekking tot de geldlening – rechtens dan wel in feite – een omstandigheid voordoet als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, b of c;.

2. De in het eerste lid, onderdeel d, bedoelde omstandigheden zijn:

a) de hoogte van de vergoeding op de geldlening is volledig afhankelijk gesteld van de winst of van de uitdeling van winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid. De lening is achtergesteld en de aflossingsdatum is meer dan 10 jaar gelegen na het tijdstip van het aangaan van de geldlening;

b) de hoogte van de vergoeding op de lening is gedeeltelijk afhankelijk gesteld van de winst of van de uitdeling van winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam als

bedoeld in artikel 10a, vierde lid. Het niet van de winst afhankelijk gedeelte van de vergoeding bedraagt op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen minder dan de helft van de marktrente die geldt voor leningen met eenzelfde looptijd maar waarvan de vergoeding niet winstafhankelijk is. De lening is achtergesteld en de aflossingsdatum is meer dan 10 jaar gelegen na het tijdstip van het aangaan van de geldlening;

c) (...)

3. Op het moment dat er een wijziging wordt overeengekomen in de vergoeding van een geldlening, wordt beoordeeld of gedurende de resterende looptijd het eerste lid, onderdeel d, op de geldlening van toepassing is. Bij een verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip wordt voor de toepassing van het eerste lid, onderdeel d, de geldlening geacht vanaf het tijdstip van totstandkoming van de geldlening die nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad.

4. Ingeval een geldlening is verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar is gelieerd in de zin van artikel 8b, wordt voor de toepassing van het tweede lid geacht sprake te zijn van een van de winstafhankelijke vergoeding, indien rechtens dan wel in feite:

a) geen vergoeding op de geldlening is overeengekomen, of

b) een vergoeding is overeengekomen die in belangrijke mate afwijkt van de vergoeding die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen.⁷

Art. 10b Wet VPB 1969

Indien de belastingplichtige van een lichaam waarmee hij is gelieerd in de zin van artikel 8b een geldlening heeft verkregen welke geen vaste aflossingsdatum heeft of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan daarvan, terwijl rechtens dan wel in feite geen vergoeding op die lening is overeengekomen of een vergoeding die in belangrijke mate lager is dan hetgeen in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen, komen bij het bepalen van de winst vergoedingen op die lening en waardemutaties van die lening niet in aftrek. Bij verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip wordt voor de toepassing van de eerste volzin de geldlening geacht vanaf het tijdstip van totstandkoming die nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad.

Art 47a AWR

1. Met betrekking tot een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal waarin een niet in Nederland gevestigd lichaam of een niet in Nederland wonende natuurlijke persoon een belang heeft van meer dan 50 percent en met betrekking tot een ander lichaam waarover dat niet in Nederland gevestigde lichaam of die natuurlijke persoon de zeggenschap heeft, is artikel 47⁴⁹⁰, eerste lid, van overeenkomstige toepassing ter zake van gegevens en inlichtingen alsmede gegevensdragers die in het bezit zijn van dat niet in Nederland gevestigde lichaam of die natuurlijke persoon. De vorige volzin is van

⁴⁹⁰ Art. 47 AWR bepaalt *grosso modo* dat alle informatie alsmede inlichtingen die potentieel van belang kunnen zijn voor de belastingheffing ten aanzien van de belastingplichtige, door de belastingplichtige verstrekt dienen te worden aan de inspecteur.

overeenkomstige toepassing in gevallen waarin twee of meer lichamen of natuurlijke personen waarvan er ten minste één niet in Nederland is gevestigd of woont, volgens een onderlinge regeling tot samenwerking een belang houden van meer dan 50 percent in een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal dan wel de zeggenschap hebben in een ander lichaam. Ter zake van die gegevensdragers kan worden volstaan met het voor raadpleging beschikbaar stellen van de inhoud daarvan door middel van kopieën, leesbare afdrukken of uittreksels.

2. Met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde vennootschap en het andere lichaam is artikel 47, eerste lid, eveneens van overeenkomstige toepassing ter zake van gegevens en inlichtingen alsmede gegevensdragers die in het bezit zijn van een niet in Nederland gevestigde vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal waarin een in het eerste lid bedoeld niet in Nederland gevestigd lichaam of wonend natuurlijk persoon een belang heeft van meer dan 50 percent of die in het bezit zijn van een ander niet in Nederland gevestigd lichaam waarover dat niet in Nederland gevestigde lichaam of die natuurlijke persoon zeggenschap heeft. Ter zake van die gegevensdragers kan worden volstaan met het voor raadpleging beschikbaar stellen van de inhoud daarvan door middel van kopieën, leesbare afdrukken of uittreksels.

3. Het eerste en het tweede lid zijn niet van toepassing indien het in die leden bedoelde niet in Nederland gevestigde lichaam of de in die leden bedoelde natuurlijke persoon is gevestigd onderscheidenlijk woont in Aruba, Curaçao, Sint Maarten of een staat waarmee in de relatie met Nederland een wederkerige regeling bestaat die voorziet in inlichtingenuitwisseling met betrekking tot de belasting voor de heffing waarvan de inspecteur de gegevens, inlichtingen of gegevensdragers nodig heeft.

4. In afwijking van het derde lid kan Onze Minister de inspecteur toestaan het eerste en het tweede lid alsnog toe te passen indien is gebleken dat bij toepassing van het derde lid de gevraagde inlichtingen niet kunnen worden verkregen.

5. Voor een weigering om te voldoen aan de in dit artikel omschreven verplichtingen kunnen de vennootschap en het andere lichaam zich niet met vrucht beroepen op een gebrek aan medewerking van het niet in Nederland gevestigde lichaam of de niet in Nederland wonende natuurlijke persoon.

Bijlage 2: gebruikte artikelen uit internationale belastingwetgeving

Art. 3 lid 2 OMV

As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State'

Art. 9 OMV

1. Where

- a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or
- b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,

and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.

2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.

Art. 26 lid 1 en 3 OMV

1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2.

3. In no case shall the provisions of paragraphs 1 and 2 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:

- a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State;
- b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State;
- c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public).

Art. 31 WVV

1. Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag.
2. Voor de uitlegging van een verdrag omvat de context, behalve de tekst, met inbegrip van preambule en bijlagen :
 - a) iedere overeenstemming die betrekking heeft op het verdrag en die bij het sluiten van het verdrag tussen alle partijen is bereikt;
 - b) iedere akte opgesteld door een of meer partijen bij het sluiten van het verdrag en door de andere partijen erkend als betrekking hebbende op het verdrag.
3. Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met :
 - a) iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen;
 - b) ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan;
 - c) iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.
4. Een term dient in een bijzondere betekenis verstaan te worden als vaststaat, dat dit de bedoeling van de partijen is geweest.’

Bijlage 3: Bepalingen in overige Nederlandse wetten

Art. 94 Grondwet

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties

Bijlage 4: Verdragsrelaties Nederland wereldwijd

Land / Belastingjurisdictie	Geen verdrag*	Belastingverdrag**	TIEA**	Art. 9 OMV	Art. 26 OMV	EU
Afghanistan	X					
Albanië		X		X	X	
Algerije	X					
Andorra			X		X (TIEA)	
Angola	X					
Antigua en Barbuda			X		X (TIEA)	
Argentinië		X		X	X	
Armenië		X		X	X	
Aruba		X (BRK)		X	X	
Australië		X		X	X	
Azerbeidjan		X		X	X	
Bahama's			X		X (TIEA)	
Bahrein		X		X	X	
Bangladesh		X		X	X	
Barbados		X		X	X	
Belarus (Wit-Rusland)		X		X	X	
België		X		X	X	X
Belize			X		X (TIEA)	
Benin	X					
Bermuda			X		X (TIEA)	
Bolivia	X					
Bosnië en Herzegovina	X					
Botswana	X					
Brazilië		X		X	X	
Britse Maagdeneilanden			X		X (TIEA)	
Brunei	X					
Bulgarije		X		X	X	X
Burkina Faso	X					
Burundi	X					
Cambodja	X					
Canada		X		X	X	
Cayman Islands			X		X (TIEA)	
Centraal-Afrikaanse Republiek	X					
Chili	X					
China		X		X	X	
Cookeilanden			X		X (TIEA)	
Colombia	X					
Comoren	X					
Congo-Brazzaville	X					
Congo-Kinshasa	X					

Costa Rica			X		X (TIEA)	
Cuba	X					
Curaçao		X (BRK)		X	X	
Cyprus	X					X
Denemarken		X		X	X	X
Djibouti	X					
Dominica			X		X (TIEA)	
Dominicaanse Republiek	X					
Duitsland		X		X	X	X
Ecuador	X					
Egypte		X		X	X	
El Salvador	X					
Equatoriaal-Guinea	X					
Eritrea	X					
Estland		X		X	X	X
Ethiopië		X		X	X****	
Fiji	X					
Filipijnen		X		X	X	
Finland		X		X	X	X
Frankrijk		X		X	X	X
Gabon	X					
Gambia	X					
Georgië		X		X	X	
Ghana		X		X	X	
Gibraltar			X		X (TIEA)	
Grenada			X		X (TIEA)	
Griekenland		X		X	X	X
Guatemala	X					
Guernsey			X	X (TP)***		
Guinee	X					
Guinee-Bissau	X					
Guyana	X					
Haïti	X					
Honduras	X					
Hong Kong		X		X	X	
Hongarije		X		X	X	X
Ierland		X		X	X	X
IJsland		X				
India		X		X	X	
Indonesië		X		X	X	
Irak	X					
Iran	X					
Isle of Man			X	X (TP)***	X (TIEA)	
Israël		X		X	X	
Italië		X		X	X	X

Ivoorkust	X					
Jamaica	X					
Japan		X		X	X	
Jemen	X					
Jersey			X	X (TP)***	X (TIEA)	
Joegoslavië		X		X	X	
Jordanië		X		X	X	
Kaapverdië	X					
Kameroen	X					
Kazachstan		X		X	X	
Kenia	X					
Kirgizië	X					
Kiribati	X					
Koeweit		X		X	X	
Kroatië		X		X	X	X
Laos	X					
Lesotho	X					
Letland		X		X	X	X
Libanon	X					
Liberia			X		X (TIEA)	
Libië	X					
Liechtenstein			X		X (TIEA)	
Litouwen		X		X	X	X
Luxemburg		X		X	X	X
Macedonië		X		X	X	
Madagascar	X					
Malawi		X		?*****	?*****	
Maldiven	X					
Maleisië		X		X	X	
Mali	X					
Malta		X		X	X	X
Marokko		X		X	X	
Marshalleilanden			X		X (TIEA)	
Mauritanië	X					
Mauritius	X					
Mexico		X		X	X	
Micronesia	X					
Moldavië		X		X	X	
Monaco			X		X (TIEA)	
Mongolië	X					
Montenegro	X					
Montserat			X		X (TIEA)	
Mozambique	X					
Myanmar	X					
Namibië	X					

Nauru	X					
Nederland	n.v.t	n.v.t	n.v.t	n.v.t	n.v.t	X
Nepal	X					
Nicaragua	X					
Nieuw-Zeeland		X		X	X	
Niger	X					
Nigeria		X		X	X	
Noord-Korea	X					
Noorwegen		X		X	X	
Oekraïne		X		X	X	
Oezbekistan		X		X	X	
Oman		X		X	X	
Oostenrijk		X		X	X	X
Oost-Timor	X					
Pakistan		X		X	X	
Palau	X					
Palestina	X					
Panama		X		X	X	
Papoea-Nieuw-Guinea	X					
Paraguay	X					
Peru	X					
Polen		X		X	X	X
Portugal		X		X	X	X
Qatar		X		X	X	
Roemenië		X		X	X	X
Rusland		X		X	X	
Rwanda	X					
Saint Kitts en Nevis			X		X (TIEA)	
Sait Lucia			X		X (TIEA)	
Saint Vincent en de Grnadines			X		X (TIEA)	
Salamonseilanden	X					
Samoa			X		X (TIEA)	
San Marino			X		X (TIEA)	
Sao Tomé en Principe	X					
Saoedi-Arabië		X		X	X	
Senegal	X					
Servië	X					
Seychellen			X		X (TIEA)	
Sierra Leone	X					
Singapore		X		X	X	
Sint Maarten		X (BRK)		X	X	
Slovenië		X		X	X	X
Slowakije		X		X	X	X
Soedan	X					
Somalië	X					

Spanje		X		X	X	X
Sri Lanka		X		X	X	
Suriname		X		X	X	
Swaziland	X					
Syrië	X					
Tadzjikistan	X					
Taiwan		X		X	X	
Tanzania	X					
Thailand		X		X	X	
Togo	X					
Ronga	X					
Trinidad en Tobago	X					
Tsjaad	X					
Tsjechië		X		X	X	X
Tunesië		X				
Turkije		X		X	X	
Turks- en Caicoseilanden			X		X (TIEA)	
Turkmenistan	X					
Tuvalu	X					
Uganda		X		X	X	
Uruguay			X		X (TIEA)	
Vanuatu	X					
Vaticaanstad	X					
Venezuela		X		X	X	
Verenigd Koninkrijk		X		X	X	X
Verenigde Arabische Emiraten		X		X	X	
Verenigde Staten		X		X	X	
Vietnam		X		X	X	
Zambia		X		X	X	
Zimbabwe		X		X	X	
Zuid-Afrika		X		X	X	
Zuid-Korea		X		X	X	
Zuid-Soedan	X					
Zweden		X		X	X	X
Zwitserland		X		X	X	
Totaal	91	90	28	94	118	27

* Indien geen verdrag op het gebied van inkomen (en vermogen), geen TIEA en/of geen TP-verdrag is gesloten.

** informatie afkomstig van: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/belastingen-internationaal/documenten-en-publicaties/circulaires/2013/07/01/verdragenoverzicht-per-1-oktober-2013.html>

*** Nederland heeft met deze staten een verdrag specifiek op het gebied van *Transfer Pricing* afgesloten

**** Wel opgenomen, maar nog niet in werking getreden

***** Onduidelijk: bepalingen ingevolge verdrag NL-VK 1948