

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Master thesis

Hybride *mismatches* met de deelnemerschapslening

Waar er twee lenen heeft er niet een schuld?

Naam student:	S. Kroon
Studentnummer:	312203
Begeleider:	R.C. de Smit MSc
Examinator:	M.T.E. Robben
Rotterdam,	18 december 2013

Voorwoord

Beste lezer,

Voor u ligt mijn masterscriptie. Dit is het laatste stukje van mijn opleiding fiscale economie. Het schrijven van een scriptie wordt ook wel een proeve van bekwaamheid genoemd. Een proeve, dat was het zeker. Toch rond ik de scriptie met een tevreden gevoel af.

Hoewel belastingen ons allen raken hebben maar weinig mensen besef van hoe het systeem van belastingheffing in elkaar zit. Ik zie de fiscaliteit als een wereld op zich, waar bijna een fictieve waarheid wordt gecreëerd. Zeer abstract van aard, maar toch heel concreet. Dit maakt het lastig om de vraag: “Waar gaat je scriptie over?” op een begrijpelijke en toch bondige manier uit te leggen. De korte versie was: “Belastingontwijking”. De lange versie laat zich in deze scriptie lezen. Ik heb vooral het schrijven van de laatste hoofdstukken, vanaf hoofdstuk 4, met veel plezier beleefd. Ik hoop dan ook dat dit zich uit in de leesbaarheid.

Een voorwoord is de uitgelezen plek om mensen te bedanken. Er zijn teveel mensen die ik een bedankje schuldig ben, dat laat zich niet in dit voorwoord vatten. Op deze hoofdregel wil ik toch een uitzondering maken, zoals het een fiscaliste (in spé) betaamt. De voornaamste persoon is mijn oma. Lieve oma, bedankt. Dankzij jou heb ik deze scriptie kunnen schrijven. Jij hebt mij de mogelijkheid geboden om in de fiscale economie af te studeren. Hoewel je hierbij niet bepaald een fiscaal gunstige weg hebt gekozen ben je toch in je doel geslaagd. Hiervoor ben ik je uiterst dankbaar!

Bovendien ben ik mijn naaste familie, moeder(s), vader en broer dankbaar. Met weinig besef van waar ik mee bezig ben, waar mogelijk een helpende hand bieden, en ondertussen mij vooral m'n gang laten gaan. Jullie kennen me te goed. Luuk, ook jij hoort onder dit kopje. Naast de nodige liefde voorzie je mij van ambitie. Je stelt mij in staat om meer uit mezelf te halen, net dat stukje harder te lopen.

Hoewel het schrijven van een scriptie een eenzame bedoeling kan zijn, was dit niet het geval dankzij mijn twee UB matties. Vincent en Dries, wat waren jullie een fantastisch gezelschap! Daarnaast wil ik Anouk, Hilbert, José, Lieke, Marilou, Sophie en Vincent ontzettend bedanken. Jullie hebben mij behoed voor taalvoutjes en de scriptie van de nodige kritische blik voorzien.

Het eindresultaat van een mooie periode laat zich vertalen in deze scriptie. Dit resultaat heb ik te danken aan Ruud de Smit. Je hebt me in de eerste plaats beter leren schrijven. Ik moest de lezer bij de hand nemen, waardoor ik vooral zelf de materie beter ging begrijpen. Ik wil je graag bedanken dat je mij te allen tijde met raad en daad hebt bijgestaan. Altijd vol geduld, begrip, en met name altijd positief. Je de beste begeleider bent die ik me heb kunnen wensen!

Veel leesplezier!

Vriendelijke groeten,

Saskia Kroon

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1

Inleiding	1
1.1 De deelnemerschapslening als hybride instrument	1
1.2 Aanleiding voor het onderzoek	2
1.3 Probleemstelling en toetsingskader	3
1.4 Reikwijdte van het onderzoek	5

HOOFDSTUK 2

De deelnemerschapslening	6
2.1 Inleiding	6
2.2 Eigen versus vreemd vermogen	6
2.2.1 Het fiscale behang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen	6
2.2.2 Algemene kenmerken eigen en vreemd vermogen	8
2.3 Fiscaal onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen	9
2.3.1 Civielrechtelijke vorm	9
2.3.1.1 Fiscale wetgeving	9
2.3.1.2 Civiele wetgeving	12
2.3.1.2.1 Vennootschapsrecht	12
2.3.1.2.2 Vermogensrecht	13
2.4 Fiscale kwalificatie van de deelnemerschapslening	15
2.4.1 Van nauwe verbondenheid tot de deelnemerschapslening	15
2.4.2 Winstafhankelijkheid	18
2.4.2.1 Winstafhankelijke vergoeding	19
2.4.2.1.1 Koppeling met dividend	19
2.4.2.1.2 Koppeling met beurskoers	21
2.4.2.1.3 Partiële winstafhankelijkheid	21
2.4.2.2 Winstafhankelijke uitbetaling	22
2.4.2.3 Winstafhankelijkheid, resumé	23
2.4.3 Looptijd	23
2.4.3.1 Meer dan 50 jaar	24
2.4.3.2 Liquidatiemoment staat vast	25
2.4.3.3 Niet opeisbaar, wel aflosbaar	26
2.4.3.4 Onbepaalde looptijd	27
2.4.3.5 Looptijd, resumé	28
2.4.4 Achtergesteldheid	28
2.4.4.1 Risicodelend vermogen	28
2.4.4.2 Concurrente schuldeisers	29
2.4.4.3 Formele of materiële achtergesteldheid	29
2.4.4.3 Achtergesteldheid, resumé	30
2.5 Plaats van de deelnemerschapslening binnen de Wet VPB 1969	30
2.5.1 Samenhang met totaalwinst	30
2.5.1.1 Renteaftrekbepijking of kapitaalverstreking	31
2.5.1.2 Informeel kapitaal	31
2.5.2 Art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969	33
2.5.2.1 Hybride leningwetgeving tussen 2002 en 2007	33
2.5.2.2 Terug naar de situatie van voor 2002	35
2.5.3 Deelnemingsvrijstelling, art. 13 Wet VPB 1969	36
2.5.3.1 Werking en achtergrond van de deelnemingsvrijstelling	36
2.5.3.2 Deelnemingsvrijstelling in geval van een deelnemerschapslening	37
2.5.3.2.1 Direct gelieerde situatie	37
2.5.3.2.2 Indirect gelieerde situatie	38

2.5.3.2.3 Deelnemingsverhouding	39
2.5.3.3 Meesleepregeling	41
2.5.3.4 Meetrekregeling	41
2.5.3.5 Compenserende heffingstoets	41
2.5.4 Samenhang met art. 10b Wet VPB 1969	42
2.6 Conclusie	43

HOOFDSTUK 3

De deelnemerschapslening in internationaal perspectief	45
3.1 Kwalificatie van vermogen in internationaal perspectief	45
3.1.1 De fiscale grens van vermogen in Australië	46
3.1.2 De fiscale grens van vermogen in Denemarken	47
3.1.3 De fiscale grens van vermogen in Spanje	48
3.1.4 De fiscale grens van vermogen in de Verenigde Staten	49
3.1.5 Kwalificatie van vermogen over de grens, resumé	50
3.2 Voorkoming dubbele belasting en non-belasting onder belastingverdragen	51
3.2.1 Het dividendartikel	53
3.2.1.1 Heffingsbevoegdheid over dividenden	53
3.2.1.2 Het dividendbegrip	53
3.2.1.3 Het onderscheid tussen dividend en vermogenswinst	57
3.2.2 Interest artikel	58
3.2.2.1 Heffingsbevoegdheid over interest	58
3.2.2.2 Interestbegrip	58
3.2.2.3 Het onderscheid tussen interest en vermogenswinst	60
3.2.3 Toerekening van de deelnemerschapslening	61
3.2.3.1 Gelijklopende kwalificatie bron- en ontvangstaar.	61
3.2.3.2 Ongelijke kwalificatie, bronstaat hanteert eigen vermogen	61
3.2.3.3 Ongelijke kwalificatie, bronstaat hanteert vreemd vermogen	62
3.3 Europeesrechtelijke bepalingen	63
3.3.1 Moeder-dochterrichtlijn	63
3.3.2 Interest- en royaltyrichtlijn	65
3.3.3 De grens tussen de IR-Richtlijn en de MD-Richtlijn	66
3.3.3.1 Dubbele (non-)heffing door kwalificatieverschillen	66
3.3.3.2 Ontwikkeling van de richtlijnen	67
3.3.3.3 De deelnemerschapslening in het kader van de richtlijnen	67
3.4 Conclusie	68

HOOFDSTUK 4

De strijd tegen belastingontwijking	70
4.1 Inleiding	70
4.2 De OESO en G20	70
4.2.1 Van voorkoming van dubbele heffing naar BEPS	70
4.2.2 BEPS en Action Plan on BEPS	71
4.2.3 Oplossingsrichtingen in de OESO-rapporten	73
4.2.3.1 Overzicht van oplossingen	73
4.2.3.2 Vormgeving van linking rules	76
4.2.3.3 Tie-breaker voor de coördinatie van linking rules	77
4.2.3.4 Soevereiniteit van landen met toepassing van linking rules	78
4.3 Europese Unie	79
4.3.1 Ontwikkelingen in de Europese Commissie	79
4.3.2 Implicaties voor de deelnemerschapslening	81
4.3.2.1 Gedragscodegroep: twee oplossingen	81
4.3.2.2 Europese Commissie	82
4.3.2.2.1 Toepasbaarheid van de Richtlijn	83

4.3.2.2.2 Antimisbruik bepaling in de Richtlijn	86
4.3.2.3 Non-discriminatoire oplossing binnen de EU	87
4.4 Het Nederlandse perspectief	89
4.4.1 Fiscaal beleid en fiscale systematiek	89
4.4.2 De positie van Nederland ten aanzien van hybride mismatches	90
4.5 Oplossingen in de literatuur	93
4.5.1 Oplossing in het kwalificatiesysteem	93
4.5.2 Oplossingen ten aanzien van de vergoeding	95
4.6 Conclusie	95
HOOFDSTUK 5	
De oplossing voor mismatches met een deelnemerschapslening	98
5.1 Inleiding	98
5.2 Aansluiting bij de kwalificatie van de geldverstrekking	98
5.3 Aansluiting bij de vergoeding op de geldverstrekking	100
5.3.1 Afwijkende grondslag	101
5.3.2 Bronstaat versus ontvangststaat	102
5.3.3 Reikwijdte; vermogenswinsten	104
5.3.4 Informatieasymmetrie	106
5.4 Conclusie: oplossing	106
HOOFDSTUK 6	
Samenvatting en conclusie	108
Literatuuroverzicht	112
Bijlage 1: Kwalificatie van vermogen in jaarrekeningen	116
Bijlage 2: Kwalificatie van de deelnemerschapslening voor verdragstoepassing	117

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
Art.	Artikel
ATO ID	Australian Tax Office Interpretative Decision
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BRR	Benchmark Rate of Return
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgelijk Wetboek
Commissie	Europese Commissie
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal tijdschrift FED
FF	Forfaitair
FM	Fiscale Monografieën
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
HMA	Hybrid Mismatch Arrangements
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IAS	International Accounting Standards
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IFRS	International Financial Reporting Standards
IR-Richtlijn	Interest- en royaltyrichtlijn
ITAA 1997	Income Tax Assessment Act 1997
KEN	Kapitaal export neutraliteit
KIN	Kapitaal import neutraliteit
LLP	Limited liability companies
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MD-Richtlijn	Moeder- dochterrichtlijn
MRPS	Mandatory Redeemable Preference Shares
MvT	Memorie van Toelichting
NFV 2011	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NV	Nota naar aanleiding van het Verslag
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFB	Tijdschrift formeel belastingrecht
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VS	Verenigde Staten
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Inleiding

1.1 De deelnemerschapslening als hybride instrument

Zodra het economisch bezien tegenzit, wordt door overheden naarstig gezocht naar middelen om overheidsbudgetten aan te vullen. Het voornaamste middel hiertoe zijn belastingopbrengsten. De verschillende belastingen worden ten tijde van een economische dip dan ook onder de loep genomen. Daarbij speelt het vermogen dat de landsgrenzen overschrijdt een belangrijke rol. Ieder land wil graag een fair share aan belastingopbrengsten ontvangen van ondernemingen die grensoverschrijdend actief zijn. Vanwege deze grensoverschrijdende beweging moet de winst worden toegerekend aan de verschillende belastingjurisdicties. Naast een juiste toerekening trachten overheden te voorkomen dat een deel van de winst van multinationale ondernemingen in geen enkele belastingjurisdictie in aanmerking wordt genomen. Dit kan voorkomen doordat de belastingregels van landen verschillen en vermogensbestanddelen of samenwerkingsverbanden verschillend worden gekwalificeerd *casu quo* geclassificeerd. Het bestaan van mogelijkheden voor een fiscale *double dip* is tijdens een economische *dip* dan ook een belangrijk punt van aandacht voor landen.

Voor het bepalen van de fiscale winst wordt door nagenoeg alle belastingjurisdicties een systeem gehanteerd waarbij een onderscheid plaatsvindt in de behandeling van eigen en vreemd vermogen. Uitgekeerde vergoedingen op vreemd vermogen worden gezien als een aftrekbare last, ontvangen vergoedingen op vorderingen worden gezien als een belastbare opbrengst. Uitgekeerde vergoedingen op eigen vermogen worden echter gezien als een niet aftrekbare uitdeling van winst, waarbij ontvangen vergoedingen veelal, op grond van de deelnemingsvrijstelling, niet tot de belaste winst worden gerekend. De deelnemingsvrijstelling kan onder voorwaarden worden toegepast op voordelen uit hoofde van een deelneming op grond van art. 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). Een deelnemerschapslening is een lening die een aantal kenmerken vertoont die ook worden toegedicht aan eigen vermogen, waardoor zij feitelijk functioneert als eigen vermogen. Deze geldverstrekking leent zich als een vrij gemakkelijk instrument om *double dips* te creëren tussen verschillende belastingjurisdicties. De oorzaak hiervan is gelegen in de wijze waarop Nederland deze lening fiscaal bezien kwalificeert en in het feit dat de voorwaarden zeer specifiek zijn omschreven door de Hoge Raad. De deelnemerschapslening wordt fiscaal bezien als zijnde eigen vermogen gekwalificeerd terwijl verscheidene landen deze geldverstrekking als vreemd vermogen kwalificeren. Op grond van art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969 kunnen vergoedingen op een deelnemerschapslening door de ontvanger niet in aftrek worden gebracht. Voorts zijn de ontvangsten uit de lening vrijgesteld bij de verstrekker, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling. Deze systematiek zorgt in binnenlandse situaties voor evenwichtigheid,

aangezien tegenover de vrijgestelde bate een uitsluiting van de renteaftrek staat¹. Wanneer echter sprake is van een grensoverschrijdende situatie en het buitenland een afwijkende fiscale kwalificatie van de geldverstrekking hanteert dan ontstaat een onevenwichtige situatie. Deze onevenwichtigheid is het gevolg van een *mismatch*. Het hybride financieringsinstrument stelt een belastingplichtige in staat om meerdere malen een aftrek te creëren zonder een vergoeding tot de belaste winst te rekenen.

Het onderscheid tussen belastingontduiking en belastingontwijking is lastig vast te stellen, er is een fijne grens tussen legale en niet legale activiteiten. Belastingontwijking wordt gezien als een legale maar maatschappelijk ongewenste handeling. Deze handeling is op grond van de wet toegestaan, tenzij sprake is van *fraus legis*². Bij deze wijze van belastingbesparing wordt gebruik gemaakt van de mazen in belastingwetgeving. Belastingontduiking wordt daarentegen gezien als een illegale handeling. Op onrechtmatige wijze wordt een belastingbesparing gerealiseerd. Hierbij kan sprake zijn van frauduleuze handelingen en het niet of onjuist verschaffen van informatie³. Het gebruik van de deelnemerschapslening als instrument is legitiem, aangezien in de verschillende belastingjurisdicties de wet wordt nageleefd.

Waar de economische dip rond het begin van de twintigste eeuw leidde tot strenge wetgeving ter bestrijding van *mismatches*, werden na een aantal jaren de teugels weer enigszins losgelaten⁴. Sinds 2007, met ingang van de Wet Werken aan Winst, zijn de vereisten ten aanzien van het onderworpenheids eis binnen de deelnemingsvrijstelling gewijzigd. Met de invoering van deze wetgeving is het niet meer noodzakelijk dat tegenover een vrijgestelde bate geen aftrek aanwezig is in het buitenland. Hiermee is een deur geopend naar fiscale planning waarbij gebruik gemaakt kan worden van *mismatches* tussen Nederland enerzijds en het buitenland anderzijds.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek

Met een wereldwijde economische recessie zijn *mismatches* anno 2013 een *hot topic*. In verscheidene media is melding gemaakt van agressieve fiscale planning door multinationals. Het bestrijden van *mismatches* staat inmiddels hoog op de diverse politieke agenda's, zowel nationaal als supranationaal. Hoewel het handig gebruik maken van verschillende fiscale regimes is toegestaan, komt er steeds meer druk te staan op belastingjurisdicties om fiscale planningsmogelijkheden in te perken. De Europese Commissie (Hierna: Commissie) heeft een Action Plan⁵ gepresenteerd. In dit plan worden oplossingen aangereikt waardoor de *fair share* aan belastingopbrengsten van de verschillende landen

¹ J.N. Bouwman en M.J. Boer, 'Belastinglekken: 'double dippen' in de VPB 1969', *FF* 2012/227.

² P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/09.

³ P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/09.

⁴ C.S. Wetemans en S. Goldewijk, 'Verslag YIN-seminar 'De mismatch voorbij'', *WFR* 2013/59.

⁵ European Commission, 'An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion', 6 december 2012, COM (2012) 722 final.

beter wordt beschermd. Een van de actiepunten van dit plan is reeds uitgewerkt met een richtlijnvoorstel. Op grond van dit voorstel zou de deelnemingsvrijstelling niet meer onverkort van toepassing zijn. Met ruggesteun van de G20 top⁶ ontwikkelt ook de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) plannen tegen grondslagerosie en winstverschuiving⁷. Op grond van deze plannen moeten de belastingverdragen worden aangescherpt en dienen antimisbruik maatregelen te worden aangescherpt. Bovendien dient non-heffing te worden voorkomen door in de nationale heffingsgrondslag een bepaling op te nemen die de behandeling van een vergoeding afhankelijk stelt van de wijze waarop het buitenland de vergoeding behandelt. Deze oplossingen dienen ter versterking van het *level playing field*⁸. Daarmee wordt schadelijke belastingconcurrentie tussen landen teruggedrongen.

Naar mening van de Staatssecretaris van Financiën is voor een *level playing field* vereist dat zoveel mogelijk staten worden gebonden aan een oplossing. Indien de aangedragen oplossingen zich kenmerken door een onverbindend karakter dan wordt gesproken over *soft law*. Hierdoor zijn de landen niet gebonden aan de aangedragen oplossingen. Bijgevolg ontstaat geen langdurige gezamenlijke en consistente oplossing⁹. Voor het creëren van een *level playing field* is het volgens de staatssecretaris echter van belang dat oplossingen van mismatches door middel van *hard law* wordt geïmplementeerd.

Binnen het kader van deze internationale ontwikkelingen wint de fiscale behandeling van de deelnemerschapslening aan relevantie. Vanwege het gebrek aan toepassing en vanwege de complexiteit zijn in 2007 de regels omtrent de compenserende heffing van de deelnemerschapslening geschrapt¹⁰, behoudens de bepalingen in art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969. In het licht van de huidige ontwikkelingen rijst echter de vraag of vrijstelling van de deelnemerschapslening moeten worden ingeperkt.

1.3 Probleemstelling en toetsingskader

Deze scriptie heeft als doel te onderzoeken hoe de deelnemerschapslening past binnen een veranderende internationale context ten aanzien van bestrijding van *mismatches*. Hiertoe wordt de deelnemerschapslening onderzocht in zowel nationaal als internationaal verband. De onderzoeksvraag luidt als volgt:

⁶ Onderdeel 21 van het Communiqué van de G20 van Ministers van Financiën, Mexico-stad, 4-5 november 2012.

⁷ In deze zin zijn recentelijk verschenen: OESO, Adressing Base Erosion and Profit Shifting, Parijs, 2 februari 2013 en OESO, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Parijs, 19 juli 2013.

⁸ OESO, 'Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field 2007 Assessment by the Global Forum on Taxation,' 2007.

⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 17 januari 2013 IFZ/2013/25 U.

¹⁰ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, aant. 26 Lid 1(d). Aftrekbeperking hybride geldleningen (art. 10, eerste lid, onderdeel d) bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10.

In hoeverre dienen de wettelijke bepalingen in de vennootschapsbelasting die zien op de deelnemerschapslening te worden aangepast om (internationale) mismatches te voorkomen?

Teneinde op een beantwoording van de hoofdvraag te komen wordt deze hoofdvraag onderverdeeld in een aantal deelvragen. Aan de hand van deze deelvragen wordt beoogd op een logische en coherente wijze de hoofdvraag te toetsen en tot een conclusie te komen.

De eerste vraag die opkomt is wat een deelnemerschapslening is en hoe deze deelnemerschapslening past in Wet VPB 1969. Ter beantwoording van deze vraag ga ik in op de jurisprudentie van de Hoge Raad en de ontstaansgeschiedenis van de huidige fiscale behandeling. Hierbij bespreek ik eerst een algemeen onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. Voor dit onderdeel is de fiscale behandeling en het civielrechtelijk onderscheid van primair belang. Vervolgens ga ik in op de wijze waarop de geldverstrekking fiscaal moet worden gekwalificeerd. Daarna bespreek ik de wijze waarop de deelnemerschapslening dient te worden behandeld in de context van de wet VPB 1969.

De tweede vraag is hoe de deelnemerschapslening grensoverschrijdend wordt behandeld. Hierbij is van belang of en in hoeverre *mismatches* kunnen worden gecreëerd. Om de problematiek duidelijk weer te geven ga ik kort in op de behandeling van deelnemerschapsleningen in andere belastingjurisdicties. Daarnaast bespreek ik in dit onderdeel op de wijze waarop de deelnemerschapslening wordt behandeld onder de belastingverdragen. Hierbij bespreek ik het OESO-modelverdrag en de Nederlandse bilaterale belastingverdragen. Ten slotte bespreek ik de deelnemerschapslening in Europees kader.

Ten derde komt de vraag op hoe de problematiek omtrent *mismatches* zich internationaal bezien ontwikkelt. De ontwikkelingen leiden mogelijk tot een aanpassing van het Nederlandse systeem van belastingheffing. In dit hoofdstuk wordt besproken hoe de beleidsmatige standpunten zich ontwikkelen in de G20, de OESO, de EC, en – niet onbelangrijk – Nederland. Daarbij richt ik mij op de implicaties die dit heeft op *mismatches* met hybride geldverstrekkingen.

De vierde vraag is hoe de *mismatches* opgelost dienen worden. Aan de hand van de criteria voor een goed belastingstelsel bespreek ik op welke wijze een oplossing kan worden bewerkstelligd.

Het toetsingskader dat ik hanteer bij de beantwoording van de probleemstelling is afgeleid van de drie voornaamste criteria voor een goed belastingstelsel¹¹. Dit zijn rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Onder rechtvaardigheid wordt verstaan dat de belasting dient te worden gedragen door de rechtvaardigheidsopvattingen van de maatschappij. Non-heffing die ontstaat al gevolg van een

¹¹ L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 9.

mismatch wordt niet rechtvaardig geacht. Dit heeft betrekking op de uniformiteit van de behandeling. Wanneer de behandeling, zowel in binnenlandse situaties als grensoverschrijdend, uniform is kan een *level playing field* worden bewerkstelligd. De effectiviteit heeft betrekking op de mate waarin de doelstellingen van de wetgever worden bereikt. In het kader van non-heffing ziet dit op de mate waarin deze non-heffing daadwerkelijk wordt voorkomen. Met efficiëntie omvat ik de mate waarin de doelstellingen gericht wordt opgelost. De daadwerkelijke uitvoering moet niet uiterst moeilijk of onmogelijk zijn.

1.4 Reikwijdte van het onderzoek

Binnen het kader van dit onderzoek zal niet uitputtend worden ingegaan op de verschillende fiscale benaderingen van hybride financieringsinstrumenten. Er zijn legio voorbeelden te bedenken waarop een *mismatch* kan worden toegepast. Een enkel voorbeeld zal worden geschetst om een beter inzicht te verschaffen in de materie, er wordt echter niet verder ingegaan op de verschillende wijze van kwalificatie die plaatsvindt buiten Nederland.

Voorts ziet deze scriptie specifiek op de *mismatch* die ontstaat als gevolg van de Wet VPB 1969. Bij de bespreking van deze problematiek ga ik in op de wijze waarop de deelnemerschapslening dient te worden behandeld in de Wet VPB 1969. Daarbij ga ik echter niet in op alle mogelijke bepalingen die de deelnemerschapslening betrekken. De bespreking van de fiscale eenheid en de fusie laat ik buiten beschouwing. Bovendien laat ik de mogelijke complicaties die deze problematiek heeft voor de dividendbelasting of de inkomstenbelasting buiten beschouwing.

Hierbij zij aangetekend dat de scriptie is afgesloten op 18 december 2013. Met ontwikkelingen nadien is dan ook geen rekening gehouden.

De deelnemerschapslening

2.1 Inleiding

Voordat ik bespreek hoe de deelnemerschapslening past in de internationale context, dient te worden ingegaan op de deelnemerschapslening *an sich*. In dit hoofdstuk ga ik in op de eerste deelvraag: *Wat is een deelnemerschapslening en welke plaats heeft de deelnemerschapslening in de Wet VPB 1969?* De deelnemerschapslening bevindt zich op het grensvlak tussen eigen en vreemd vermogen. Derhalve bespreek ik zowel het algemene onderscheid alsmede het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. Bij de bespreking van het fiscale onderscheid start ik met het fundament, bij jurisprudentie die gewezen is in fiscale wetgeving uit het eind van de 19^e eeuw. Centraal staat de wijze waarop de wetgeving ten aanzien van de deelnemerschapslening in de tijd is ontwikkeld. Waar ik me bij de bespreking van deze oude jurisprudentie richt op een generiek onderscheid, richt ik mij bij de bespreking van recentere jurisprudentie meer op een specifiek onderscheid van de deelnemerschapslening. In deze meer recente ontwikkelingen is met name de verfijning en de fiscaalrechtelijke kwalificatie van belang. Voorts ga ik in op de samenhang en mogelijke samenloop met andere bepalingen die de Wet VPB 1969 kent. De nadruk van dit hoofdstuk ligt bij de ontwikkeling van een kader omtrent de deelnemerschapslening.

2.2 Eigen versus vreemd vermogen

Een onderneming kan worden gefinancierd door middel van vreemd vermogen en door middel van eigen vermogen. Wanneer sprake is van financiering met vreemd vermogen treedt de verschaffer van het vermogen op als een derde partij. Financiering met eigen vermogen wordt door aandeelhouders verstrekt, een partij die veelal een nauwere band heeft met de onderneming. Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is echter niet strikt. Een partij die als derde optreedt, kan een financiering verstrekken die kenmerken vertoont welke ook worden toegedicht aan eigen vermogen. Een voorbeeld van een dergelijke financiering is de winstafhankelijke lening. Een partij die optreedt als aandeelhouder kan een financiering verstrekken met kenmerken welke worden toegedicht aan vreemd vermogen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij cumulatief preferente aandelen met een vaste vergoeding en een vaste looptijd.

2.2.1 Het fiscale behang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

De belastingheffing van lichamen wordt geregeld in de vennootschapsbelasting¹². Binnen het systeem van de vennootschapsbelasting wordt de winst bepaald op basis van het winstbegrip dat in de

¹² Belastingplichtige lichamen zoals vermeld in art. 2 en 3 Wet VPB 1969. De tot art. 2 en 3 Wet VPB 1969 behorende lichamen zijn zowel binnenlands als buitenlands belastingplichtigen. Ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen

inkomstenbelasting is geformuleerd. Deze winst bestaat uit het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming^{13,14}. Deze winst wordt bepaald door middel van vermogensvergelijking en dient te worden gezuiverd voor de aandeelhoudersrelatie. Dit is het totaalwinstbegrip¹⁵. Om deze aandeelhoudersrelatie te kunnen onderscheiden is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen van groot belang. In de meeste belastingjurisdicties wordt eigen en vreemd vermogen verschillend behandeld. Nederland hanteert van oudsher een klassiek stelsel. In een zuiver klassiek stelsel worden lichamen belast als zelfstandige entiteiten. Deze belasting wordt geheven direct bij het lichaam, ongeacht de onderliggende of bovenliggende aandeelhouders. Bij deze belastingheffing wordt geen rekening gehouden met uitkeringen aan aandeelhouders. De verschillende behandeling van eigen en vreemd vermogen komt in dit systeem tot uiting in de vergoedingen op het vermogen en in de waardeveranderingen die het vermogen ondergaat. Een gevolg van het klassieke stelsel is dat sprake is van een economisch dubbele belasting, namelijk heffing over dezelfde winst wanneer deze winst wordt uitgekeerd in concernverband¹⁶. Om deze dubbele belasting te voorkomen, is de deelnemingsvrijstelling in het leven geroepen in art. 13 Wet VPB 1969¹⁷. Een ontvangen vergoeding kan worden gekwalificeerd als belaste renteopbrengst of als vrijgesteld deelnemingsdividend ex art. 13 Wet VPB 1969. Een verschuldigde vergoeding kan worden gekwalificeerd als een aftrekbare rentelast¹⁸ of als een niet aftrekbare winstuitdeling. Waardeveranderingen op verschaft vermogen beïnvloeden de winst slechts indien sprake is van vreemd vermogen. Waardeveranderingen op eigen vermogen zijn daarentegen veelal vrijgesteld ex art. 13 Wet VPB 1969.

Een ander denkbaar systeem, naast het klassieke stelsel, is het verrekeningsstelsel¹⁹. Binnen dit stelsel vindt belastingheffing plaats op het niveau van de zelfstandige entiteit met dien verstande dat de belasting die reeds op een ander niveau in het concern is geheven wordt verrekend met de te betalen belasting. In dit stelsel vindt bij de aandeelhouder verrekening plaats over de belastingheffing die plaatsvindt bij onderliggende vennootschappen, er is sprake van een soort van verrekenbare voorheffing. Een variant op dit verrekeningstelsel is het beperkte verrekeningstelsel. In dit stelsel is de

alsmede buitenlands belastingplichtigen worden in deze scriptie buiten beschouwing gelaten. In deze scriptie richt ik mij op volledig belastingplichtige lichamen, belastingplichtigen die op basis van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 worden geacht hun onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen.

¹³ Art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001.

¹⁴ Onder de onderneming wordt voor toepassing van de vennootschapsbelasting verstaan de belastingplichtige lichamen die op grond van hun subject zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting.

¹⁵ Dit gebeurt door middel van de volgende berekening: Totale winst = eindvermogen - beginvermogen + onttrekkingen - stortingen.

¹⁶ Er is sprake van economische dubbele belasting, hetzelfde object wordt bij diverse subjecten in de belastingheffing betrokken.

¹⁷ Hierop is in Nederland sprake van een gematigd klassiek stelsel, door middel van deze vrijstelling wordt rekening gehouden met belastingheffing die op een ander niveau wordt geheven.

¹⁸ Mits deze rentelast niet in aftrek wordt beperkt door een van de aftrekbeperkingen van de Wet VPB 1969.

¹⁹ Een voorbeeld hiervan betreft de Verenigde Staten, waarbij een beperkt verrekeningsstelsel wordt gehanteerd.

belasting slechts verrekenbaar met de belasting die in het land van ontvangst moet worden betaald. De differentiële behandeling van eigen en vreemd vermogen kan in het verrekeningsstelsel leiden tot een timingverschil²⁰. Bij een renteopbrengst door de crediteur is direct sprake van een belaste bate, de ontvangst van dividend kan worden uitgesteld waarop de belastingheffing over de bate kan worden uitgesteld. Bij de debiteur is geen sprake van een timingverschil. Ten aanzien van de rente-uitkering is sprake van een aftrekbare last in het jaar waarop de last drukt, over de uitkering van dividend heeft reeds belastingheffing plaatsgevonden.

2.2.2 Algemene kenmerken eigen en vreemd vermogen

Van Strien formuleert vier verschillen waarmee een algemeen onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen kan worden gemaakt²¹. De onderscheidende kenmerken zijn: de looptijd, de vergoeding, het risico, en de zeggenschap en eigendom. Deze kenmerken onderscheiden eigen en vreemd vermogen in hun zuiverste vorm, dat wil zeggen dat dit geen wetmatigheid is ten aanzien van alle leningen of aandelen.

Ten eerste wordt eigen vermogen geacht geen vaste looptijd te hebben, of slechts opeisbaar te zijn indien sprake is van een faillissement. Het vermogen wordt permanent ter beschikking gesteld aan een onderneming. Indien sprake is van een vaste looptijd of wanneer het verstrekte vermogen op den duur terug wordt betaald aan de verstrekker, wordt geacht sprake te zijn van vreemd vermogen. Het vermogen wordt slechts voor een bepaalde tijd ter beschikking gesteld, het eigendom blijft echter rusten bij de verstrekker.

Voorts is de vergoeding op het verstrekte vermogen in het geval van eigen vermogen afhankelijk van de winst van de onderneming. Slechts indien binnen de winst van de onderneming ruimte is voor een verstrekking in contanten of in aandelen vindt een dividenduitkering plaats. Daarentegen zijn rentevergoedingen onafhankelijk van de winst. Hiermee heeft de rente niet zozeer een winstbepalend maar een winstuitdelend karakter.

Ten derde wordt de verschaffer van vreemd vermogen geacht beperkt risico te lopen over het vermogen dat hij ter beschikking stelt. In geval van liquidatie van de onderneming is de hoogte van het verstrekte vermogen bepalend voor de hoogte van het liquidatiesaldo. De verschaffer van eigen vermogen loopt echter meer risico op het vermogen. Ingeval sprake is van liquidatie van de onderneming is de verschaffer slechts gerechtigd tot het vermogen indien en voor zover sprake is van een batig liquidatiesaldo. Ten aanzien van verliezen die in een onderneming worden gelopen is

²⁰ Dit timingverschil treedt echter slechts op indien sprake is van een verschil in belastingdruk tussen de ontvangende en uitkerende vennootschap. Afhankelijk van de vraag of bij de bovenliggende of de onderliggende vennootschap een hogere belastingdruk is, vindt een timingsvoordeel respectievelijk een timingsnadeel plaats bij uitstel van dividenduitkering.

²¹ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 17.

afboeking mogelijk. Deze worden afgeboekt van het eigen vermogen. Dit is niet mogelijk ten aanzien van eigen vermogen.

Ten slotte is de zeggenschap en eigendom van onderscheidend belang bij de kwalificatie van vermogen. Tegenover het verschaffen van eigen vermogen staat deelgerechtigdheid in de onderneming. De verstrekker krijgt beschikkingsbevoegdheid over een deel van de onderneming in ruil voor beschikkingsbevoegdheid over het vermogen. Vreemd vermogen verschaffers zullen daarentegen geen of beperkte beschikkingsbevoegdheid krijgen over de wijze waarop het kapitaal wordt aangewend. Deze kapitaalverstrekker behoudt het eigendom over het verstrekte vermogen.

2.3 Fiscaal onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

Volgens *Brandsma* zijn een tweetal aspecten van belang in het fiscale onderscheid tussen de vergoeding op eigen en vreemd vermogen, enerzijds de winstafhankelijkheid van de vergoeding en anderzijds de verhouding tussen de onderneming en de deelgerechtigde²². *Sommerhalder en Engelen* onderscheiden vier aspecten, te weten de civielrechtelijke vorm, risicodragendheid, nauwe verbondenheid en in zekere mate deelhebben²³. De Hoge Raad heeft geoordeeld hoe de verschillende aspecten een rol spelen in de kwalificatie van een geldverstrekking. In de kern is de civielrechtelijke vorm beslissend voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking. De deelnemerschapslening, de bodemloze putlening en de schijnlening zijn uitzonderingen op deze regel. Deze leningen worden fiscaalrechtelijk zelfstandig gekwalificeerd. In deze drie uitzonderingssituaties is fiscaal bezien sprake van eigen vermogen. Met de hoofdregel en de drie uitzonderingssituaties heeft de Hoge Raad zelf de onderscheidende aspecten vastgesteld die van belang zijn bij de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de ontwikkeling van hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie. Hierbij bespreek ik eerst de fiscale arresten waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de civielrechtelijke vorm beslissend is. Vervolgens diep ik de civielrechtelijke wetgeving verder uit om te beschrijven wat de civielrechtelijke vorm inhoudt.

2.3.1 Civielrechtelijke vorm

2.3.1.1 Fiscale wetgeving

In HR 18 mei 1949, B.8648, werd voor het eerst de civielrechtelijke vorm van onderscheidend belang geacht²⁴. In dit arrest speelt de vraag hoe een obligatielening dient te kwalificeren voor de toepassing

²² R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, (FM nr. 106), Deventer: Kluwer 2003, p. 32-33.

²³ R.A. Sommerhalder en F.A. Engelen, *Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen*, *WFR* 1999/470.

²⁴ In HR 18 mei 1949, B.8648 speelt de vraag hoe een obligatielening diende te kwalificeren voor de toepassing van Besluit Vermogensbelasting 1942.

van het Besluit op de Vermogensbelasting 1942²⁵. Dit arrest wordt in de literatuur ook wel het ‘stamkapitaal’-arrest genoemd^{26,27}. In dit arrest is als volgt geoordeeld:

“(…) staat eenmaal vast dat een n.v. een obligatielening heeft aangenomen, zulks medebrengt, dat tot het beloop van die lening voor de n.v. een schuld bestaat; dat hierin geen verandering komt doordien de lening verstrekt door den enig aandeelhouder, noch doordien de obligatieschuld het aandelenkapitaal vele malen overtreft, noch doordien de obligatiehouders het geleende bedrag op andere wijze dan door storting van geld hebben verschaft, noch indien de obligatiehouders het geleende bedrag op andere wijze dan door storting van geld hebben verschaft, noch indien de obligatiehouders berusten in het niet uitbetaald worden van de verschuldigde rente, noch door enige andere bijzondere omstandigheid; (…)” [onderstreping: SK]

Hoewel in dit arrest niet expliciet naar voren komt dat de civielrechtelijke vorm leidend is, kan er vanuit de bewoordingen in de eerste zin worden afgeleid dat de civielrechtelijke vorm leidend is²⁸. Pas in 1988 heeft de Hoge Raad zich expliciet uitgelaten over de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking. Hiermee heeft hij bevestigd wat hem in 1949 reeds voorstond. Met de komst van het bodemloze-put arrest, *BNB* 1988/217, heeft de Hoge Raad een onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen gemaakt²⁹. In casu speelde de vraag of een geldverstrekking als lening of als informeel kapitaal moest worden beschouwd, de lening was verstrekt aan een noodlijdende dochter. Hierbij overwoog de Hoge Raad als volgt:

“(…) ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen; dat deze regel slechts uitzondering lijdt ingeval, (…),4.3. Deze regel lijdt naar 's Hof's 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, [SK: een 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 [SK: een deelnemerschapslening] (…)*

²⁵ Door middel van dit besluit werd belasting geheven van lichamen.

²⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, (FM nr. 106), Deventer: Kluwer 2003, p. 52 - 53 en A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993, p. 164-166.

²⁷ Binnen deze theorie wordt voor de kwalificatie van vermogen aangesloten bij vermogensverhoudingen die gangbaar zijn in de financieringspraktijk.

²⁸ Door aan te geven dat de lening niet anders wordt gekwalificeerd indien deze lening het aandelenkapitaal in een bepaald mate wordt overtroffen, heeft de Hoge Raad de stamkapitaaltheorie verworpen. Deze theorie wordt door *Haberham* omschreven als ‘Een theorie waarbij op grond van objectieve, al dan niet aan de bedrijfseconomische financieringstheorie ontleende, gronden een lening als kapitaalverstrekking c.q. een rentebetaling als dividenduitkering wordt aangemerkt’. In A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993, p. 165.

²⁹ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217.

Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap (...) 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 volle zal kunnen worden terugbetaald” [SK: een bodemloze-put lening] [Onderstreping SK]³⁰

Slechts in het geval van een schijnlening, deelnemerschapslening of een bodemloze-put lening is de civielrechtelijke vorm niet beslissend. In deze drie uitzonderingssituaties is sprake van een geldverstrekking die weliswaar civielrechtelijk kan kwalificeren als vreemd vermogen, maar fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als eigen vermogen.

In het Kaspische zeeboringen-arrest is een nadere bevestiging en invulling gegeven van het oordeel dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen. In dit arrest stond een lening ter sprake waarvan de terugbetalingsverplichting, naar de mening van het Hof, reële betekenis ontbrak en waarbij niet zeker was of ooit aan de verplichting zou worden voldaan. De Hoge Raad acht de terugbetalingsverplichting het kenmerk waarop sprake is van een geldlening maar is van mening dat op basis van de door het Hof genoemde gronden niet kan worden geoordeeld dat de verplichting ontbreekt. In dit arrest wordt nader inhoud gegeven aan de terugbetalingsverplichting. De Hoge Raad overweegt over de terugbetalingsverplichting als volgt:

“Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, 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.”³¹

Volgens de Hoge Raad ontbreekt de terugbetalingsverplichting niet wanneer deze is gebaseerd op onzakelijke voorwaarden, zonder dat hiervoor zekerheid is gesteld of wanneer de verplichting niet onvoorwaardelijk is. Geldverstrekkingsaanvragen op deze gronden kunnen derhalve alsnog gekwalificeerd worden als lening. In dit arrest komt duidelijk naar voren hoe de Hoge Raad de civielrechtelijke kwalificatie van een lening invult. Hierbij wordt veel waarde gehecht aan de terugbetalingsverplichting. Omdat terugbetalingsverplichting van de geldlening volgt uit de civiele

³⁰ Dit is bevestigd in onder meer HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208; HR 24 mei 2002, nr. 37 071, *BNB* 2002/231 en meer recent in HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37.

³¹ HR 8 september 2006, *BNB* 2007/104.

wetgeving, bespreek ik eerst deze wetgeving. Vervolgens ga ik nader in op de fiscale ontwikkeling van de deelnemerschapslening.

*2.3.1.2 Civiele wetgeving*³²

Het verschil tussen eigen en vreemd vermogen is binnen de civiele wetgeving voor een tweetal aspecten van belang. Het eerste aspect betreft de rechten die de houders van het vermogen toekomen. Het tweede aspect betreft de kwalificatie binnen financiële verslaggeving, waarmee derde partijen inzicht in de vermogenspositie van een onderneming verwerven. In het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) worden in het vermogensrecht en in het vennootschapsrecht aanduidingen van aandelenkapitaal en van geldleningen teruggevonden³³. Een aanduiding van andere vermogensvarianten dan aandelenkapitaal is in het vennootschapsrecht niet te vinden. De aanduiding van geldleningen en afgeleide rechten worden in het vermogensrecht gegeven. In deze paragraaf bespreek ik de civielrechtelijke kwalificatie van eigen en vreemd vermogen binnen het vennootschapsrecht en het vermogensrecht³⁴.

2.3.1.2.1 Vennootschapsrecht

De minimumeisen waaraan aandelen dienen te voldoen komen naar voren in art. 2:190 BW. Hierin is de definitie van aandelen opgenomen door middel van een negatieve formulering. Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten worden niet als aandeel aangemerkt. Uit de parlementaire behandeling van dit wetsartikel volgt dat voor de kwalificatie van aandelen moet worden voldaan aan minimaal twee voorwaarden³⁵. Ten eerste moet worden voldaan aan het vormvereiste dat uitgifte als aandeel is geschied. Ten tweede moet aan het aandeel ten minste stemrecht of aanspraken op uitkeringen uit winst of reserves worden verbonden.

Aan de hand van de wijze waarop de vennootschapsrechtelijke balans dient te worden ingericht komt een duiding van zowel aandelenkapitaal als vreemd vermogen naar voren. In het vennootschapsrecht wordt echter alleen het aandelenkapitaal direct geduid³⁶. De duiding van vreemd vermogen kan slechts indirect worden afgeleid. Op grond van art. 2:373 lid 1 BW valt onder het eigen vermogen:

- a. het geplaatste kapitaal;*
- b. agio;*
- c. herwaarderingsreserves;*
- d. andere wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard;*
- e. statutaire reserves;*

³² Daar de verplichtingen van de uitlener tegenover de verplichtingen van de lener staan worden deze niet separaat behandeld. Zie in dezelfde wijze J. G. Gräler, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening* (Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2012, p. 86.

³³ Zie A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993, p. 84-85.

³⁴ Daarbij ga ik er vanuit dat onder aandelenkapitaal eigen vermogen wordt verstaan en dat onder geldlening vreemd vermogen wordt verstaan.

³⁵ NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 46-47.

³⁶ Joris G.A. Struycken, *Ranking the debt*, *Ondernemingsrecht* 2013/13.

f. overige reserves;

g. niet verdeelde winsten, met afzonderlijke vermelding van het resultaat na belastingen van het boekjaar, voor zover de bestemming daarvan niet in de balans is verwerkt.

Wanneer het geplaatste aandelenkapitaal niet is volgestort dan wordt onder dit punt het gestorte en/of geplaatste kapitaal vermeld ex. art. 2:373 lid 2 BW. De duiding van vreemd vermogen in het vennootschapsrecht volgt slechts indirect uit de regelgeving voor de inrichting van de balans. Een ieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent heeft een boekhoudplicht³⁷. Op grond van deze boekhoudplicht zijn privaatrechtelijke rechtspersonen naar Nederlands recht gehouden een jaarrekening op te stellen. De inhoud van de jaarrekening dient te worden opgesteld aan de hand van een aantal wettelijke vereisten. De balans is een onderdeel van de jaarrekening³⁸. De indeling van de balans dient te voldoen aan vastgestelde modellen³⁹. Deze modellen zijn gepubliceerd in het Besluit van 23 december 1983 tot vaststelling van modelschema's voor de inrichting van jaarrekeningen. Op grond van dit besluit zijn naamloze en besloten vennootschappen verplicht hun balans in te richten aan de hand van specifieke modellen, model B geeft de meest specifieke regelgeving voor de inrichting⁴⁰. Aan de hand van het model van deze balans wordt het onderscheid in de vennootschapsrechtelijke wetgeving duidelijk weergegeven⁴¹. Hierbij wordt een onderverdeling gemaakt in eigen vermogen, voorzieningen, langlopende en kortlopende schulden. Converteerbare obligaties en leningen vallen op grond van dit model onder de schulden, net als de schulden aan participanten en maatschappijen waarin wordt deelgenomen. Het vennootschapsrecht geeft geen duidelijk onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen, slechts de onderdelen van het eigen vermogen worden uiteengezet.

2.3.1.2.2 Vermogensrecht

De verschillende kenmerken waarop sprake kan zijn van vreemd vermogen komen expliciet naar voren in het vermogensrecht. De lening en de voorwaarden waaraan dient te worden voldaan is opgenomen in Titel 14, Boek 7A BW. In art. 7A: 1791 is de verbruiklening als volgt aangeduid:

Verbruiklening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.

³⁷ Art. 3:15i lid 1 BW.

³⁸ Art. 2: 361 lid 1 BW.

³⁹ Art. 2: 363 lid 6 BW.

⁴⁰ Zie bijlage 1.

⁴¹ Het is mogelijk dat in de jaarverslaggeving hiervan wordt afgeweken als gevolg van de regelgeving binnen de International Financial Reporting Standards (IFRS) en de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving. Deze verslaggevingstandaarden hanteren het criterium substance over form, waardoor bijvoorbeeld cumulatief preferente aandelen onder vreemd vermogen worden gekwalificeerd indien sprake is van een financiële verplichting. Het specifieke onderscheid tussen het civielrechtelijke onderscheid en de verslaggevingsstandaarden valt buiten het bereik van deze scriptie, dit zal ik niet nader toelichten.

Een geldschuld is een specifieke variant van een overeenkomst tot verbruiklening. In art. 7A:1793 BW is de geldlening als volgt aangeduid:

De schuld, uit leening van geld voortspruitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt.

Het kader waarin op grond van Titel 14, Boek 7A, BW sprake is van een geldlening is zeer ruim neergelegd. Zo kan de lening niet worden teruggeëist voordat de overeengekomen looptijd is verstreken⁴². De uitlener mag echter wel uitstel van terugbetaling verlenen⁴³. Het is niet verplicht een rente af te spreken op de geldlening, wanneer geen specifieke rente is afgesproken bedraagt de rente ten minste de wettelijke rente⁴⁴. In beginsel dient de nominale waarde van de geldlening te worden terugbetaald⁴⁵. Het is echter mogelijk om overeen te komen dat meer of minder terug hoeft te worden betaald⁴⁶.

Een essentieel element van de geldlening is de verplichting tot terugbetaling. In een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad is naar voren gekomen dat de verplichting tot terugbetaling reeds kan bestaan indien uit een afspraak volgt dat meer of minder terug hoeft te worden betaald dan hetgeen is geleend⁴⁷. Art. 7A:1797 BW biedt veel ruimte voor de invulling van de looptijd van de verplichting:

Geene tijdsbepaling gemaakt zijnde, kan de regter, wanneer de uitlener de teruggave vordert, naar gelang der omstandigheden, aan dengenen die het goed ter leen ontvangen heeft, eenig uitstel toestaan.

Wanneer geen exacte looptijd wordt afgesproken, de lening is aangegaan voor onbepaalde tijd, is op grond van deze bepaling alsnog sprake van een terugbetalingsverplichting. De Civiele Kamer van de Hoge Raad heeft zich uitgelaten inzake een overeenkomst tot geldlening waarbij de verplichting tot terugbetaling afhankelijk was gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Hierbij oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van een terugbetalingsverplichting indien de verplichting slechts voorwaardelijk is aangegaan⁴⁸. Naar het mij voorkomt volgt hieruit dat de terugbetalingsverplichting zeer ruim dient te worden opgevat. Niettemin dient de verplichting wel degelijk aanwezig te zijn, zonder aanwezigheid van deze verplichting zou sprake kunnen zijn van een schenking van het bedrag door de eiser⁴⁹.

⁴² Art. 7A:1793 BW.

⁴³ Art. 7A:1797 BW.

⁴⁴ Art. 7A:1804 BW en art. 7A:1805 BW.

⁴⁵ In art. 6:111 BW is als volgt bepaald: Een verbintenis tot betaling van een geldsom moet naar haar nominale bedrag worden voldaan, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeit.

⁴⁶ Bijvoorbeeld in het geval van converteerbare obligatieleningen. Deze leningen kunnen afwijkend van de nominale waarde worden afgelost: boven, a, of beneden pari.

⁴⁷ HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJN AE7005, zie concl. A-G Bakels, voetnoot 16.

⁴⁸ HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJN AE7005 met concl. A-G Bakels, r.o. 3.4.5.

⁴⁹ De eiser dient de verplichting tot teruggave te bewijzen ex. Art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De terugbetalingsverplichting ziet met name op een verplichting van de debiteur. Dezelfde debiteur heeft naast deze plicht ook een aflossingsrecht. Dit recht wordt veelal in de leningsvoorwaarden overeengekomen⁵⁰. Tegenover deze vroegtijdige aflossing staat vaak een vergoeding, er is sprake van een boeteregeling⁵¹.

Naast een terugbetalingsverplichting en een aflossingsrecht is het ook mogelijk dat de overeenkomst tot geldlening verjaart. Indien niet binnen vijf jaar na het opeisbaar worden van een geldlening, aangegaan voor bepaalde tijd, tot opeising is overgegaan dan verjaart de vordering⁵². Hoewel de geldlening die is aangegaan voor onbepaalde tijd niet snel verjaart, kan deze eveneens verjaren indien niet binnen twintig jaar na opeisbaar worden van de vordering tot opeising is overgegaan⁵³.

2.4 Fiscale kwalificatie van de deelnemerschapslening

In de vorige paragraaf is reeds naar voren gekomen dat de deelnemerschapslening een uitzondering is op het uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm leidend is voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking. In deze paragraaf ga ik nader in op de kwalificatie van de deelnemerschapslening. Kenmerkend voor de deelnemerschapslening is de winstafhankelijkheid, de achtergesteldheid en de looptijd⁵⁴. Nadat ik de voornaamste arresten heb besproken waarin de kwalificatie van de deelnemerschapslening expliciet is ontwikkeld, ga ik nader in op de vorming van de onderscheidende aspecten.

2.4.1 Van nauwe verbondenheid tot de deelnemerschapslening

Hoewel pas in het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 het klassieke stelsel is geïntroduceerd, staat het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen reeds centraal bij jurisprudentie die betrekking heeft op vooroorlogse wetgeving. In zowel de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893, de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 als de Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 werden ‘andere deelgerechtigden in de winst’ als object van heffing aangemerkt⁵⁵. Belasting werd geheven naar de uitdelingen die gedaan werden aan deelgerechtigden in de winst. Hoewel deze vooroorlogse wetgeving toezag op een belasting die werd geheven bij de achterliggende participanten - en niet bij de lichamen zelf - zijn hieronder uitspraken geweest die relevant zijn voor de fiscale kwalificatie van vermogen. Bij deze wetgeving is het onderscheid tussen een winstbepalende en een winstuitdelende vergoeding reeds van belang. Indien de uitdelingen namelijk niet konden worden gezien als

⁵⁰ J. G. Gräler, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening* (Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2012, p. 100.

⁵¹ Voor een nadere invulling omtrent de boeteregeling verwijs ik naar Hof Arnhem 19 mei 2009, LJN: BJ2973.

⁵² Art. 3:307 lid 1 BW.

⁵³ Art. 3:307 lid 2 BW.

⁵⁴ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208, dit arrest wordt hierna nader besproken.

⁵⁵ Art. 5 par.1 Wet op de Bedrijfsbelasting 1893, art. 20 Wet IB 1914, art. 2 Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting.

uitdelingen aan deelgerechtigden in de winst dan konden de uitdelingen worden gezien als aftrekbare bedrijfslast.

In HR 7 februari 1951, B. 8939 was sprake van een lening met een winstafhankelijke rentevergoeding, geen aflossingsverplichting en een achtergesteldheid ten opzichte van reguliere crediteuren. Dit is een van de eerste arresten waarin de voorwaarden waarop sprake is van een deelnemerschapslening naar voren komen. Hierbij ging de Hoge Raad nader in op de omstandigheid waarop de verschillende vermogensverschaffers fiscaal gezien verschillend worden behandeld. In dit arrest werd geoordeeld dat indien participanten nauw zijn verbonden aan een lichaam, zij niet als derde-geldschietters kunnen worden beschouwd. Hierop kunnen de winstuitkeringen niet als bedrijfskosten worden aangemerkt. In de bewoordingen van de Hoge Raad is dit het geval indien de geldschietters zich:

“hetzij uit financiële, hetzij uit andere - ook wel ideële - beweegredenen aan het dividend betalende lichaam zo nauw hebben verbonden, dat zij te zijnen aanzien niet als derden-geldschietters kunnen worden beschouwd”
[onderstreping SK]

Waar de Hoge Raad in B. 8939 aan de nauwe verbondenheid het gevolg koppelde dat de crediteur niet als derde-geldschietter kon worden beschouwd, werd de lijn met aandeelhouders in 1957 scherper getrokken⁵⁶. In dit arrest komen meerdere factoren van voorgenoemde arresten naar voren; hetgeen door de geldverstrekker in de debiteur werd gestort ging tot het in het risico van het bedrijf delende vermogen behoren. Bovendien was de rente winstafhankelijk en werd deze slechts uitbetaald indien ook een uitbetaling werd gedaan aan de aandeelhouders. In dit arrest overwoog de Hoge Raad als volgt:

*“(…) dat echter wanneer het winstaandeel een onderdeel vormt van de regeling ener verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, welke den schuldeiser zo nauw bij het bedrijf van den schuldenaar betreft dat hij daarin in zekere mate deel heeft, de op dat aandeel uitgedeelde winst voor den schuldenaar niet meer als kosten van het bedrijf kan worden beschouwd en dat aandeel niet onder de in art. 13, 1 onder b, genoemde aandelen in de winst kan worden gebracht;(…)”*⁵⁷

Het criterium derde-geldschietter is in dit arrest opgevolgd door het in zekere mate deelhebben. Niettemin geeft de Hoge Raad in dit arrest aan dat zowel de ‘nauwe verbondenheid’ als het ‘in zekere mate deelhebben’ van belang is. Indien de participanten met een lening dermate nauw betrokken zijn bij de onderneming, waardoor zij in zekere mate deel hebben in de onderneming, kunnen de kosten van het winstaandeel niet in aftrek worden gebracht. Dit is een van de eerste arresten waarin de

⁵⁶ HR 5 juni 1957, nr. 13 127, *BNB* 1957/239.

⁵⁷ HR 5 juni 1957, nr. 13 127, *BNB* 1957/239 met noot A.J. van Soest.

deelnemerschapslening expliciet naar voren komt. De Hoge Raad komt hiermee steeds meer tot een criterium waarop het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen kan worden gemaakt.

In HR 4 juni 1975, *BNB* 1975/152, oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de kwalificatie van een terugbetaling van aandelen. De terugbetaling geschiedde in de vorm van een lening waarvan de aflossing kon worden uitgesteld en waarover de schuldeisers niet vrij over konden beschikken. Niettemin was een vaste vergoeding vastgesteld en als uitgangspunt gold een aflossing in vijf vaste termijnen. In dit arrest nam de Hoge Raad als toetscriterium:

*“dat de schuldeisers met het door hen uitgeleende bedrag in zekere mate deel hadden in de onderneming van hun schuldenaar;”*⁵⁸

De wijze waarop de geldlening was vormgegeven leidde in casu niet tot het in zekere mate deelhebben in een onderneming. In dit arrest was de vergoeding niet afhankelijk van de winst. Niettemin was er sprake van achtergesteldheid en was de aflossingsverplichting slechts voorwaardelijk. Ik vind het opvallend dat de Hoge Raad de ‘nauwe verbondenheid’ niet meer heeft genoemd. Mogelijk achtte de Hoge Raad niet zozeer de oorzaak - de nauwe verbondenheid - maar slechts het gevolg van de nauwe verbondenheid van belang.

Sinds met *BNB* 1988/217 is bevestigd dat een deelnemerschapslening fiscaalrechtelijk als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, is in de rechtspraak nader uitgekristalliseerd onder welke voorwaarden daadwerkelijk sprake is van een deelnemerschapslening, en wat voor fiscale behandeling hierop volgt. In een uitspraak van Hof Amsterdam stelde de inspecteur dat sprake was van een deelnemerschapslening⁵⁹. Dit werd door Hof Amsterdam verworpen. Hoewel geen concrete afspraken waren gemaakt over de aflossing van de lening was geen sprake van winstafhankelijkheid of achtergesteldheid. In deze uitspraak komt duidelijk naar voren dat wordt getoetst aan drie elementen; de achtergesteldheid ten opzichte van concurrente schuldeisers, de winstafhankelijkheid van de vergoeding en de looptijd van de lening.

Een opvallend arrest is *BNB* 1993/141⁶⁰. Hier stond een lening ter sprake die, in afwijking van ‘reguliere’ leningen, geen vast aflossingsschema kende en waarover geen zekerheden waren bedongen. Slechts op grond van deze twee kenmerken was het Hof Arnhem van mening er sprake was van in zekere mate deelhebben. Uit de stukken blijkt of niet of de rente vast of winstafhankelijk was. Naar de mening van de Hoge Raad gaf het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, er was sprake van een deelnemerschapslening. *Brandsma* geeft over dit arrest aan dat de conclusie van

⁵⁸ HR 4 juni 1975, nr. 17 526, *BNB* 1975/152.

⁵⁹ Hof Amsterdam 15 augustus 1989, nr. 904/88, *FED* 1990/235.

⁶⁰ HR 3 maart 1993, nr. 28 441, *BNB* 1993/141.

deelnemerschapslening werd getrokken omdat er sprake was van in wezen winstafhankelijkheid⁶¹. Was er geen sprake van winstafhankelijkheid, dan had dit arrest een verruiming van reeds bestaande jurisprudentie betekend.

In *BNB 1995/271*, ging de Hoge Raad in op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Indien sprake is van een deelnemerschapslening⁶². Hierbij werd geoordeeld dat de deelnemerschapslening *an sich* niet kan leiden tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling indien naast de deelnemerschapslening geen deelneming wordt gehouden. Een deelnemerschapslening kan op zichzelf er niet toe leiden dat sprake is van aandeelhouderschap. In de noot van Redactie van Vakstudie Nieuws wordt opgemerkt dat toepassing van de deelnemingsvrijstelling vanuit de ratio van de bepaling passend zou zijn⁶³. Hoewel er in casu geen sprake is van een deelneming kan, door de deelnemerschapslening, een direct verband worden gelegd met aandeelhouderschap.

In 1998 werden de voorwaarden voor de deelnemerschapslening zeer duidelijk geformuleerd. In casu stond ter discussie of achtergestelde winstdelende obligaties als eigen of als vreemd vermogen diende te worden gekwalificeerd. De Hoge Raad oordeelde dat er sprake is van in zekere mate deelhebben:

*“(…) indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie (..)”*⁶⁴

De drie criteria lijken in het eerste opzicht te zorgen voor duidelijkheid, slechts indien wordt voldaan aan de drie onderdelen is sprake van een deelnemerschapslening. Dit leidt in de praktijk tot grensverkenning omdat de voorwaarden zeer scherp gesteld zijn⁶⁵. Om duidelijk te kunnen aangeven wanneer sprake is van een deelnemerschapslening worden hierna de voorwaarden verder uitgediept.

2.4.2 Winstafhankelijkheid

Wanneer de vergoeding op een geldverstrekking formeel afhankelijk is van de winst is duidelijk sprake van een winstafhankelijke vergoeding. Ook in gevallen waarbij geen afspraken zijn gemaakt over de vergoeding, maar de vergoeding in feite afhankelijk blijkt te zijn van de winst is duidelijk sprake van een winstafhankelijke vergoeding⁶⁶. Echter, wanneer formeel bezien sprake is van een afgesproken vaste vergoeding kan in feite alsnog sprake zijn van een winstafhankelijke vergoeding. In

⁶¹ R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, (FM nr. 106), Deventer: Kluwer 2003, p. 48.

⁶² HR 28 juni 1995, nr. 30 439, *BNB 1995/271*.

⁶³ *V-N 1995/2394*.

⁶⁴ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*.

⁶⁵ Besluit van 25 februari 2004, nr. DGB2003/6662M, *Stcrt. 2004, 50*, en rectificatie *Stcrt. 2004, 54*, (*BNB 2004/194; V-N 2004/16.5*).

⁶⁶ A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993, p. 144.

deze situatie kan winstafhankelijkheid enerzijds zien op een vergoeding op een geldverstrekking die afhankelijk is van de grootte van de winst, anderzijds kan winstafhankelijkheid zien op de daadwerkelijke uitbetaling van de geldverstrekking die winstafhankelijk zijn. Ik bespreek hierna beide varianten van winstafhankelijkheid.

2.4.2.1 Winstafhankelijke vergoeding

Ook ten aanzien van de winstafhankelijke vergoeding zijn meerdere varianten denkbaar. Een winstafhankelijke vergoeding kan zien op een vergoeding die is gekoppeld aan de hoogte van het dividend of een vergoeding die afhankelijk is van de beurskoers. Daarnaast kan de vergoeding slechts deels winstafhankelijk zijn. De fiscale uitwerking van deze varianten wordt hierna verder besproken.

2.4.2.1.1 Koppeling met dividend

In HR 27 mei 1918, *B. 2007*, is inhoud gegeven aan de deelgerechtigden in de winst als zijnde een heffingsobject. *B. 2007* is het eerste arrest waarin naar voren komt dat ook schuldeisers, met slechts een gerechtigdheid tot de winsten van de onderneming, gelijkgetrokken kunnen worden met aandeelhouders. In casu was sprake van een vooraf gesproken vast rentepercentage, welke hoger kon zijn indien de dividenduitkering dit vaste rentepercentage oversteeg. Hierbij werd geoordeeld dat sprake was van deelgerechtigdheid in de winst voor zover de vergoeding het vaste percentage overschreed. Als gevolg van dit arrest werden ook uitkeringen aan schuldeisers belastbaar gesteld indien de rente winstafhankelijk was. Hierdoor kunnen schuldeisers ten aanzien van een winstafhankelijke vergoeding in de belastingheffing worden betrokken.

Twee jaar later is de Hoge Raad ingegaan op rente van inkomstenobligaties. In casu was sprake van een rente die was gekoppeld aan de dividenduitbetaling en aan de hoogte van het dividend. Hierbij is geoordeeld dat onder de naamgeving van deze rente in feite een winstdeel wordt toegekend, waarop de aandeelhouders ten aanzien van de 'rentebetalingen' op een dergelijke geldverstrekking deelgerechtigd zijn in de winst⁶⁷. In dit arrest zien we dat de Hoge Raad niet alleen kijkt naar de naamgeving, ook inhoudelijk dient de geldverstrekking te worden bekeken. Wanneer zowel de hoogte als de uitbetaling van de vergoeding gekoppeld is aan de winstuitkering, dan is sprake van winstafhankelijkheid.

In HR 30 mei 1923, *B. 3252*, werd de winstafhankelijkheid van de vergoeding genuanceerd. Hierbij achtte de Hoge Raad ook de hoedanigheid van de geldverstrekker van belang. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat een winstafhankelijke vergoeding niet per definitie als een uitdeling in de winst kan worden gezien. Indien sprake is van een winstafhankelijke vergoeding aan een schuldeiser

⁶⁷ HR 16 juni 1920, *B. 2473*.

en deze schuldeiser ontvangt deze vergoeding strikt genomen in de hoedanigheid van schuldeiser dan is geen sprake van een uitdeling van de winst.

Dat de Hoge Raad de winstafhankelijkheid niet zozeer formeel maar materieel bekijkt, blijkt eveneens uit HR 4 juni 1928, *B.* 4212. In casu was de verhouding van de lening ten opzichte van het aandelenkapitaal 98,4%. Daarbij heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, wanneer de passiva van de debiteur voor slechts een klein deel bestaan uit eigen vermogen en nagenoeg geheel uit vreemd vermogen, ten aanzien van een vaste rente *de facto* ook sprake is van winstafhankelijkheid⁶⁸. Hoewel deze stamkapitaaltheorie in het reeds besproken arrest uit 1949 expliciet is verworpen, is de materiële visie op winstafhankelijkheid niet geheel overboord gegooid⁶⁹.

In HR 13 november 1929, *B.* 4603, werd de verhouding tussen de schuldeiser en de debiteur nader toegelicht. Hierbij ging de Hoge Raad in op de positie van de schuldeiser ten opzichte van de onderneming. De schuldeiser dient de uitkering te ontvangen uit hoedanigheid van winstgerechtigde, niet slechts uit de hoedanigheid van schuldeiser.

Met de invoering van het Besluit op de Winstbelasting in 1940 is het heffingsobject veranderd. Hierdoor worden niet zozeer de uitdelingen van de winst maar de winst van het lichaam *an sich* als heffingsobject aangemerkt. Op basis van dit Besluit wordt de winst bepaald op basis van vermogensvergelijking, waarbij de winst wordt gezuiverd voor onttrekkingen en stortingen. Het onderscheid tussen een zuivere lening en een winstafhankelijke vergoeding die functioneert als eigen vermogen blijft echter onverminderd van belang. Bij invoering van dit Besluit is dan ook bepaald dat de jurisprudentie ten aanzien van winstafhankelijke leningen van kracht bleef⁷⁰. Het Besluit op de Winstbelasting 1940 werd opgevolgd door het Besluit Vennootschapsbelasting 1942. Hoewel de wetgever in laatstgenoemd Besluit de bepalingen aangaande de aftrekbaarheid van rentebetalingen op obligaties anders formuleerde, en - in tegenstelling tot Leidraad Winstbelasting 1940 - in de Leidraad VPB 1942 niet is opgenomen dat de jurisprudentie gewezen voor de invoering van het Besluit zijn geldigheid zou behouden, worden de hiervoor genoemde arresten niettemin van belang geacht. De winstdelende obligatie van art. 13 lid 1 ond. b Besluit VPB 1942 moet blijkens HR 1 november 1950, *B.* 8847 dan ook ruim worden uitgelegd. In dit arrest staan leningen ter sprake waarbij de rentevergoeding twee jaren is uitgesteld en waarbij de uitbetaling van rentevergoeding van de winst afhankelijk was. In geding was of deze leningen ook onder de reikwijdte van de bepaling in art. 13 lid 1 ond. b Besluit VPB 1942 kunnen worden geplaatst en daarmee kunnen worden beschouwd als winstafhankelijke bedrijfskosten, respectievelijk of deze leningen moeten worden gezien als

⁶⁸ In HR 27 januari 1932, *B.* 5159, was deze verhouding 96,9% en in HR 28 juni 1933, *B.* 5441, was de verhouding 96,9%.

⁶⁹ HR 18 mei 1949, *B.* 8648. Voor een korte toelichting van deze theorie verwijs ik naar par. 2.3.1.1.

⁷⁰ Zie hierover Leidraad Winstbelasting, resolutie van 5 augustus 1940, nr. 94.

winstuitdelingen. De Hoge Raad is van mening dat laatstgenoemde bepaling ten doel heeft een variabele rente gelijk te behandelen met een vaste rente, waarop alle winstafhankelijke rentevergoedingen dienen te worden beschouwd als winstdelende obligaties. Dit is slechts anders indien de rentevergoedingen op winstdelende obligaties worden toegekend aan participanten in de hoedanigheid van oprichter, stichter, aandeelhouder, lid of deelnemer.

Volgens *Brandsma* acht de Hoge Raad nog steeds van belang dat de crediteur van een winstafhankelijke vergoeding zekere overeenkomsten vertoont met een aandeelhouder⁷¹. Op grond van art. 13 lid 1 ond. b Besluit VPB 1942 zijn winstdelende obligaties de enige winstafhankelijke vergoeding die kunnen worden beschouwd als bedrijfskosten, mits deze niet worden genoten in de hoedanigheid van oprichter, stichter, aandeelhouder, lid of deelnemer⁷². De niet tot art. 13 Besluit VPB 1942 behorende uitdelingen in de winst worden op grond van art. 14 lid 1 Besluit VPB 1942 niet aftrekbaar gesteld. Er wordt in deze bepalingen een onderscheid gemaakt tussen winstafhankelijke vergoedingen en uitdelingen van de winst. In dit onderscheid zien we dat naast de rechtspraak ook de wetgeving, met de invoering van Besluit VPB 1942, ruimte heeft geboden voor vermogensverstrekkingen met een hybride karakter; hoewel sprake is van winstafhankelijkheid zijn de kosten aftrekbaar.

2.4.2.1.2 *Koppeling met beurskoers*

Een andere denkbare optie van winstafhankelijkheid is de situatie waarbij de vergoeding afhankelijk is gesteld van de beurskoers. *Van Strien* geeft aan dat de Hoge Raad een dergelijke vergoeding mogelijk ook winstafhankelijk zal achten⁷³. Hierbij dient naar zijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen afhankelijkheid van solide aandelen en volatiele aandelen. In het laatste geval hangt de waardeontwikkeling namelijk ook grotendeels af van exogene factoren. Deze factoren maken de vergoeding niet zozeer winstafhankelijk maar koersafhankelijk. Niettemin werken die exogene factoren door op de resultaten van een belastingplichtige, zij hebben eveneens invloed op de winst. Naar het mij voorkomt is in het geval van volatiele aandelen dan ook eveneens sprake van een winstafhankelijke vergoeding.

2.4.2.1.3 *Partiële winstafhankelijkheid*

Een variant op de geheel winstafhankelijke vergoeding is de vergoeding die gedeeltelijk winstafhankelijk is. Hoewel bij de formulering van de drie cumulatieve criteria niet is aangegeven of de vergoeding geheel, nagenoeg geheel of grotendeels winstafhankelijk moet zijn, is hier in HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82, nader op ingegaan. In dit arrest werd geoordeeld over de kwalificatie

⁷¹ R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, (FM nr. 106), Deventer: Kluwer 2003, p. 42.

⁷² Art. 14 Besluit VPB 1942.

⁷³ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 90-91.

van een prêt participatif, een winstafhankelijke achtergestelde lening met een looptijd van 95 jaar. De lening werd door een Nederlandse BV aan een Franse SA ter beschikking gesteld. In casu was de vergoeding op de geldverstrekking niet volledig winstafhankelijk, er werd ook een vaste vergoeding van 1% per jaar verstrekt. De Hoge Raad oordeelde dat hiermee alsnog sprake was van winstafhankelijkheid:

“Het rendement op de langstlopende staatsleningen beliep ten tijde van het afsluiten van de onderhavige lening ruim 8 percent per jaar. Daarvan uitgaande en voorts van de veronderstelling dat partijen, zo zij niet zouden hebben beoogd dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar, een aan dat rendement tenminste gelijkwaardige vergoeding voor de lening zouden zijn overeengekomen, moet worden geconcludeerd dat de vergoeding voor de onderhavige lening, zulks conform het kennelijke oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst, vrijwel geheel winstafhankelijk is en daarmee voldoet aan de desbetreffende eis.”⁷⁴ [onderstreping SK]

Wanneer niet zou zijn beoogd om in zekere mate deel te hebben in de onderneming dan was een normale rente van minimaal 8% - de marktrente - overeengekomen. In dat jaar was een 7/8 gedeelte van de vergoeding winstafhankelijk. Dit is net iets minder dan nagenoeg uitsluitend, waartoe een 9/10 gedeelte behoort. Een harde grens valt hier echter niet uit te destilleren. Overigens volgt uit deze rechtsoverweging dat het moment van afsluiten van de lening leidend is voor de winstafhankelijkheid. Indien in nadere jaren de marktrente daalt is alsnog sprake van winstafhankelijkheid.

2.4.2.2 Winstafhankelijke uitbetaling

Naast de hoogte van de vergoeding kan ook de daadwerkelijke uitbetaling van de vergoeding winstafhankelijk zijn. Laatstgenoemde winstafhankelijkheid is reeds onder de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 nader gepreciseerd. In HR 7 mei 1930, *B.* 4731 was sprake van een lening met een vast rentepercentage, waarbij de rentebetaling slechts werd uitgekeerd bij voldoende winsten. De rentebetalingen waren cumulatief, slechts bij voldoende winst werd de rente van het betreffende jaar en voorgaande jaren uitbetaald. Hierbij werd geoordeeld dat in zulke gevallen sprake is van deelgerechtigdheid in de winst. Dit oordeel werd in 1955 bevestigd, zij het dat de casus een klein nuanceverschil kende⁷⁵. In casu was namelijk geen sprake van een cumulatieve vergoeding. Indien in latere jaren voldoende winsten werden behaald dan werd geen vergoeding uitbetaald. Hierbij was eveneens het oordeel dat sprake was van een winstuitdeling.

Pas na een lange periode stond de winstafhankelijke uitbetaling van de vergoeding weer ter sprake, en wel in HR 17 februari 1999, *BNB* 1999/176. In casu was sprake van vaste een vergoeding die werd

⁷⁴ HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

⁷⁵ HR 29 juni 1955, nr. 12 404, *BNB* 1955/302

opgeschort indien in een jaar geen dividend werd vastgesteld of betaalbaar werd gesteld⁷⁶. De vergoeding werd opgeschort en de betaling werd gesteld op een later tijdstip. De timing van de uitbetaling was winstafhankelijk, de verschuldigheid *an sich* was echter niet winstafhankelijk. Omdat in casu een vaste vergoeding was afgesproken en slechts de uitbetaling afhankelijk werd gesteld van de uitbetaling van het dividend oordeelde het Hof, hetgeen in cassatie niet werd bestreden, dat de vergoeding niet winstafhankelijk was. Met andere woorden, indien slechts het moment van uitbetalen afhankelijk is van de winst is geen sprake van winstafhankelijkheid.

Omtrent de winstafhankelijkheid van de uitbetaling kunnen zich twee situaties voordoen. Enerzijds is het mogelijk dat het moment van uitbetaling afhankelijk wordt gesteld van de winst, hetgeen naar voren komt in *BNB* 1999/176. Anderzijds kan het voorkomen dat niet zozeer het moment van uitbetaling dan wel de daadwerkelijke uitbetaling *an sich* winstafhankelijk is, hiervan was sprake in *BNB* 1955/302. Naar het mij voorkomt kan slechts in laatstgenoemd geval sprake zijn van een winstafhankelijke vergoeding⁷⁷. Indien derhalve een vaste vergoeding is afgesproken die slechts in het jaar van verschuldigheid van de vergoeding wordt uitbetaald onder voorwaarde dat voldoende winst beschikbaar is, dan is *de facto* sprake van een winstuitdeling. Het verschil met *BNB* 1999/176 is gelegen in het cumulatieve karakter van die vergoeding, de betaling van de vergoeding werd *in casu* opgeschort en op een later tijdstip betaalbaar gesteld.

2.4.2.3 Winstafhankelijkheid, resumé

In het onderstaande overzicht wordt weergegeven onder welke omstandigheden sprake is van winstafhankelijkheid voor toepassing van de deelnemerschapslening. Slechts indien wordt voldaan aan een van de drie onderstaande varianten van de winstafhankelijkheid dan kan de lening kwalificeren voor toepassing van de deelnemerschapslening.

Winstafhankelijke vergoeding	Afhankelijk van de hoogte van het dividend Vrijwel geheel winstafhankelijkheid is voldoende, beoordeling op het moment van aangaan van de lening
	Afhankelijk van de ontwikkeling van de beurskoers Zowel bij volatiele als solide aandelen
	Vaste vergoeding, uitbetaling afhankelijk van winstuitkering Slechts indien de vergoeding niet cumulatief is

Tabel 1: overzicht van de winstafhankelijke vergoeding.

2.4.3 Looptijd

De volgende eigenschap van de deelnemerschapslening is de looptijd. Deze looptijdeis is geformuleerd in *BNB* 1998/208:

⁷⁶ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB* 1999/176. De vergoeding zag op perpetuele cumulatieve achtergestelde obligaties, in par. 2.4.3 ga ik nader in op de fiscale kwalificatie van deze eeuwigdurende lening.

⁷⁷ Overigens ben ik van mening dat deze verschuldigheid reeds dient te worden beoordeeld op het moment van aangaan van de lening.

*(...) en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.*⁷⁸

Een deelnemerschapslening heeft geen vaste looptijd en mag slechts in drie gevallen worden opgeëist. In deze looptijdeis zitten twee voorwaarden verwerkt, enerzijds mag er geen sprake zijn van een vaste looptijd, anderzijds mag slechts sprake zijn van een opeisbaarheid ingeval van faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Deze twee voorwaarden lijken elkaar tegen te spreken, *Van Strien* geeft aan dat de eerste voorwaarde dan ook niet de gestelde eis is. *Sommerhalder en Engelen* destilleren uit de conclusie van de advocaat-generaal bij dit arrest dat de eis ziet op de situatie waarbij de gelden aan de vennootschap ter beschikking kunnen worden gesteld voor de periode dat de activiteiten onder normale omstandigheden voortgang vinden⁷⁹.

Reeds in HR 7 februari 1950, *B. 8773*, werd ingegaan op de wijze waarop een inleg in een onderlinge waarborgmaatschappij dient te worden gekwalificeerd. In casu kon het ingelegde vermogen niet worden terugverlangd, tenzij sprake was van een beëindiging van deelgenootschap. Daarnaast werd de rente die uit de inleg voortkwam gestort in een reserve van de waarborgmaatschappij, de inleg was variabel per deelgenoot. Hierop was volgens de Hoge Raad sprake van een eigen vermogen.

Binnen de looptijdeis zijn een aantal varianten denkbaar waarop een vaste looptijd twijfelachtig is. Hierbij valt te denken aan een lening die wordt verstrekt aan een vennootschap die op een vastgestelde datum wordt geliquideerd en aan een lening die niet opeisbaar maar wel aflosbaar is. Nadat ik ben ingegaan op de periode van de looptijd bespreek ik deze varianten.

2.4.3.1 Meer dan 50 jaar

De formulering van de looptijdeis in *BNB 1998/208* had betrekking op winstdelende obligaties met een looptijd 50 jaar. De looptijdeis is in dit arrest onderdeel van drie cumulatieve criteria. Uit de bewoordingen van de Hoge Raad volgt dat de criteria niet los van elkaar kunnen worden gezien. Omdat obligaties in casu een vaste looptijd hadden werd niet aan de looptijdeis voldaan. Hierdoor was sprake van een deelnemerschapslening. Na dit arrest bestond de vraag waar de grens lag van de looptijdeis. Een looptijd van 5000 jaar is immers nog steeds een vaste looptijd. Elke afspraak aangaande de looptijd zou dan kunnen worden gezien als een *safe harbour*⁸⁰. Deze grens werd in *BNB 2006/82* nader ingevuld. In dit arrest overwoog de Hoge Raad omtrent de looptijd van de prêt participatif als volgt:

⁷⁸ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*.

⁷⁹ R.A. Sommerhalder en F.A. Engelen, Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, *WFR 1999/470*.

⁸⁰ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *FED 1998/272*, met noot van R.P.C.W.M. Brandsma.

“(…) Voorts is de looptijd van de lening zodanig lang - meer dan 50 jaar - dat aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft van 95 jaar zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. (...) Het moet er derhalve voor worden gehouden dat aan de eis dat de lening geen vaste looptijd heeft, is voldaan.”⁸¹

Hoewel de Hoge Raad niet expliciet is omgegaan, is in dit arrest wel degelijk een andere invulling aan de eis gegeven. In geval van een looptijd van meer dan 50 jaar is de looptijd dusdanig lang dat deze looptijdeis geen zelfstandige betekenis meer toekomt. Een lening met een looptijd van 50 jaar of meer kwalificeert als deelnemerschapslening mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden.

Waar de Hoge Raad in *BNB* 1998/208 aan een looptijd van 50 jaar nog waarde hechtte, werd deze waarde in *BNB* 2006/82 ontzegd. De Hoge Raad sluit hiermee aan bij een grens uit de interest- en royaltyrichtlijn⁸². Kortgezegd worden in deze richtlijn onder voorwaarden interest of royalty's vrijgesteld van belastingheffing in de bronstaat⁸³. De voordelen van deze richtlijn worden niet toegekend aan uitkeringen waarvan de terugbetaling van de hoofdsom meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is⁸⁴.

2.4.3.2 Liquidatiemoment staat vast

Wanneer de eis wordt gesteld dat de geldverstrekking slechts opeisbaar is ingeval van faillissement, surséance van betaling of liquidatie, komt de vraag op hoe het oordeel van de Hoge Raad zou luiden indien de looptijd van de debiteur in de duur beperkt zou zijn. In de literatuur wordt een situatie onderkend waarbij de lening slechts in bovengenoemde gevallen opeisbaar is maar waarbij tevens sprake is van een vaste looptijd van de debiteur⁸⁵. Dit is het geval indien de debiteur op een vooraf vaststaand moment zal worden geliquideerd, het moment van liquidatie staat reeds vast bij aangaan van de lening. In deze situatie wordt voldaan aan de eis dat de lening slechts opeisbaar is in geval van surseance van betaling of liquidatie, de looptijd van de geldverstrekking is echter in duur beperkt. Vanuit materieel oogpunt is sprake van een vaste looptijd.

De vraag is dan of de mening van *Van Strien* en van *Sommerhalder en Engelen* juist is; dat ten aanzien van de looptijdeis wordt bedoeld dat de geldverstrekking ter beschikking kan worden gesteld voor de periode dat de activiteiten onder normale omstandigheden voortgang vinden. In dit geval zou vooraf kunnen worden afgesproken dat een geldverstrekking wordt verstrekt aan een vennootschap die na een korte periode, bijvoorbeeld na vijf jaar, wordt geliquideerd. In de lijn van *Van Strien* en

⁸¹ HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82.

⁸² HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82, r.o. 3.3. Deze richtlijn wordt in het volgende hoofdstuk nader besproken.

⁸³ Art. 1 lid 1 Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van de Europese Unie, zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2006/98/EU van 20 november 2006, *PbEU* 2006 L, 363.

⁸⁴ Art. 4 lid 1 ond. a en d Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van de Europese Unie, zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2006/98/EU van 20 november 2006, *PbEU* 2006 L, 363.

⁸⁵ J. van Strien, *Renteaftrekkbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 95.

van *Sommerhalder en Engelen* zou in deze situatie sprake zijn van een deelnemerschapslening. De looptijd is echter niet dusdanig lang, waarop de vraag is of hieraan zelfstandige betekenis kan worden ontzegd. Wanneer de vergelijking wordt opgemaakt tussen een lening zoals in dit voorbeeld en aandelenkapitaal, welke ook winstafhankelijk is en achtergesteld is met concurrente schuldeisers, dan is nog steeds sprake van in zekere mate deelhebben in de onderneming van de debiteur. De looptijd staat vast maar alsnog gaat de vergelijking met eigen vermogen eerder op. De geldverstrekking wordt immers voor de gehele looptijd van de debiteur ter beschikking gesteld. Naar het mij voorkomt, dient ook in dit geval geen zelfstandige betekenis te worden toegekend aan de eis dat de lening geen vaste looptijd heeft.

2.4.3.3 *Niet opeisbaar, wel aflosbaar*

De looptijdeis is geheel geformuleerd vanuit het perspectief van de crediteur. Indien de crediteur de lening kan opeisen wordt niet aan de voorwaarde van een vaste looptijd voldaan. Er is echter een verschil tussen opeisbaarheid en aflosbaarheid. Indien de crediteur tevens grootaandeelhouder is kan hij via de weg van aandeelhouderschap alsnog zorgen dat sprake is van aflosbaarheid. De *facto* is dan alsnog sprake van opeisbaarheid. Een voorbeeld van een arrest waarin een dergelijke mogelijkheid bestond is BNB 2006/82. In de noot onder dit arrest geeft *Juch* aan dat het opvallend is dat geen aandacht is besteed aan de mogelijkheid van vervroegde aflossing door de debiteur indien de crediteur hiermee akkoord gaat. Een niet opeisbare doch aflosbare geldverstrekking vertoont overeenkomsten met een geldverstrekking waarvan de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is.

Wanneer een onderneming voor het geheel met eigen vermogen wordt gefinancierd dan is het mogelijk dat een vennootschap besluit een terugbetaling op aandelen te doen. De vergelijking met een aflosbare deelnemerschapslening is snel getrokken. Een terugbetaling op aandelen leidt niet tot een fiscale kwalificatie van aandelen als zijnde vreemd vermogen. Naar mijn mening doet een eventuele terugbetaalbaarheid dan ook niet af aan de kwalificatie als deelnemerschapslening. Slechts indien sprake is van een plicht tot terugbetalen kan worden gesproken van vreemd vermogen.

Een bodemloze putlening kwalificeert zich als zodanig indien aanstonds duidelijk is dat deze niet meer terug zal worden betaald. Wanneer echter sprake is van een geldverstrekking zonder opeisbaarheid die wordt verstrekt door een aandeelhouder met overwegende zeggenschap is duidelijk dat de beslissing kan worden genomen om tot aflossing over te gaan. De aflosbaarheid is dan de keerzijde van dezelfde munt, *de facto* is sprake van opeisbaarheid. Overwegende zeggenschap doet slechts af aan de kwalificatie indien reeds bij het aangaan van de overeenkomst duidelijk is dat het

uitgeleende geld opgeëist gaat worden. In laatstgenoemd geval komt echter niet zozeer de vraag naar voren of sprake is van aflosbaarheid dan wel of sprake is van een schijnhandeling⁸⁶.

2.4.3.4 Onbeperkte looptijd

Een bijzondere variant op een lening zonder vaste looptijd is de perpetual, de gevestigde of altijddurende rente. Een vraag die hierbij naar voren komt is in hoeverre sprake is van een geldlening indien de terugbetalingsverplichting ontbreekt. In dat geval is sprake van een oneindige looptijd. Hierop ontbreekt echter het wezenskenmerk van een geldlening, namelijk de terugbetalingsverplichting⁸⁷. Niettemin wordt de perpetuele lening aangeduid als eeuwigdurende lening. In 1999⁸⁸ heeft de Hoge Raad zich in een (proef)procedure uitgelaten over de fiscale kwalificatie van perpetuele cumulatieve achtergestelde obligaties. In dit proces is voorbij gegaan aan de civielrechtelijke kenmerken van de geldverstrekking, iets wat betreurd wordt in de fiscale literatuur⁸⁹. De perpetual is een specifieke vermogensrechtelijke verkrijging. De vestiging van eeuwigdurende rente wordt besproken in Titel 15, Boek 7A BW, art. 7A:1807 BW tot en met 7A:1810 BW. In art. 7A:1870 BW is de vestiging van een altijddurende rente als volgt geformuleerd:

'Het vestigen eener altijddurende rente is eene overeenkomst, waarbij de uitleener interessen bedingt, tegen betaling eener hoofdsom welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen.'

Met *Fibbe* en *Snoei*⁹⁰ ben ik van mening dat bij een overeenkomst van gevestigde of eeuwigdurende rente sprake is van een (rente)koop. De overeenkomst is een vorm van een koopovereenkomst van rente tegen een betaling van een hoofdsom ex art. 7:1 jo. 7:47 BW. De voornaamste motivatie die *Fibbe* en *Snoei* hiervoor hebben is het wezenlijke onderscheid tussen de perpetual en de geldlening en de afzonderlijke behandeling van de overeenkomst in het BW. Bij de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de vestiging van deze eeuwigdurende rente speelt daarom het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen geen rol, reeds bij de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking is duidelijk dat het gaat om een rentekoop. Uitgaven gedaan in het kader van perpetuals vallen onder de kosten, ontvangen betalingen in het kader van perpetuals dienen te worden behandeld als baten.

⁸⁶ Naar buiten wordt de schijn gewekt dat een bepaalde overeenkomst is aangegaan, in realiteit is overeengekomen dat een andere afspraak zal gelden.

⁸⁷ Slechts in drie gevallen kan sprake zijn van een terugbetalingsverplichting, hetgeen is bepaald in art. 7A:1809 BW. De perpetuele lening dient gedwongen te worden afgelost indien de renteplichtige twee jaar op rij verzuimd heeft in de betaling van de verschuldigde renten; indien de renteplichtige heeft verzuimd om de bij de overeenkomst beloofde zekerheid te bezorgen; en indien hij in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard.

⁸⁸ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB* 1999/176.

⁸⁹ R.Snoei en G.K. Fibbe, De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ("perpetual"), *WFR* 2010/644 en R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*, (FM nr. 106), Deventer: Kluwer 2003, p. 92.

⁹⁰ Zie hierover uitgebreid R.Snoei en G.K. Fibbe, De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ("perpetual"), *WFR* 2010/644.

2.4.3.5 Looptijd, resumé

In het onderstaande overzicht wordt weergegeven onder welke omstandigheden wordt voldaan aan het looptijdvereiste. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt naar de situatie bij de debiteur en bij de crediteur.

Geen vaste looptijd	Hoofdregeel: looptijd meer dan 50 jaar Slechts opeisbaar in geval van faillissement, surséance van betaling of liquidatie
	Niet opeisbaar door de crediteur Ook indien het liquidatiemoment vaststaat
	Wel aflosbaar door debiteur Voldoet, eveneens indien sprake is van 100% zeggenschap en de facto opeisbaar

Tabel 2: overzicht van de looptijd.

2.4.4 Achtergesteldheid

Een deelnemerschapslening is slechts aanwezig indien, naast de hiervoor vermelde voorwaarden, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers. Hoewel deze eis in de praktijk niet tot veel problemen leidt⁹¹ en de Hoge Raad zich nog niet over de inhoudelijke kwesties van de achtergesteldheid heeft uitgelaten kunnen er een aantal onduidelijkheden ontstaan. De achtergesteldheid kan zich op twee manieren uiten, zowel formeel als materieel. In deze paragraaf ga ik eerst in op de achtergrond van de achtergesteldheid, waarna ik verder inga op de specifieke eis voor wat betreft de deelnemerschapslening.

2.4.4.1 Risicodelend vermogen

Indien een geldverstrekking achtergesteld is ten opzichte van andere schuldeisers dan wordt over deze geldverstrekking meer risico gelopen, indien de schulden het eigen vermogen van de debiteur overtreffen dan deelt de crediteur van de deelnemerschapslening mee in de verliezen van de debiteur. De Hoge Raad heeft zich meermaals uitgelaten over het risico dat de debiteur loopt ten aanzien van de verstrekte gelden⁹². In HR 18 oktober 1950, B. 8843, ging de Hoge Raad nader in op de kwalificatie van ingelegd vermogen, in casu betrof dit een inleg bij een coöperatieve vereniging⁹³. De geldverstrekking werd als volgt gedefinieerd⁹⁴:

“hetgeen door leden aan de vereniging aldus wordt afgestaan, dat het gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijke en in het risico van het bedrijf der vereniging delende vermogen, zonder dat daartegenover voor het lid aanspraken ontstaan, die het karakter hebben van vorderingen, welke met die van

⁹¹ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 102.

⁹² HR 18 oktober 1950, B. 8843 en HR 4 juli 1961, BNB 1961/285.

⁹³ Dit arrest werd gewezen ten aanzien van art. 14 lid 6 Besluit VPB 1942.

⁹⁴ In vergelijkbare zin overwoog de Hoge Raad in HR 4 juli 1961, nr. 14 566, BNB 1961/285.

*andere schuldeisers op een lijn kunnen worden gesteld en waarvan het bedrag ook door eventuele door het lichaam te lijden verliezen niet wordt aangetast.”*⁹⁵ [onderstreping: SK]

Uit *B. 8843* komt naar voren dat de Hoge Raad ten aanzien van de geldverstrekking veel waarde hecht aan het gegeven dat de verstrekking kan worden aangetast door verliezen die een onderneming lijdt, zonder dat sprake is van opeisbaarheid. Als gevolg van deze risicodragendheid is sprake van een kapitaalverstrekking⁹⁶.

In de noot bij *BNB 1999/176* geeft *Hoogendoorn* aan dat de achtergesteldheid impliceert dat er met de geldverstrekking wordt gedeeld in het risico van een eventueel verlies van de rechtspersoon. Hij is van mening dat in het delen van het risico van het bedrijf het eigenlijke kenmerk van het juridische kapitaalbegrip is gelegen. Bezien vanuit deze optiek ziet de achtergesteldheid met name op een materiële achtergesteldheid van de hoofdsom.

2.4.4.2 Concurrente schuldeisers

Achtergesteldheid impliceert een bepaalde verhouding ten opzichte van andere schuldeisers. De geldverstrekking dient te zijn achtergesteld ten opzichte van alle concurrente schuldeisers. *Michielse* geeft aan dat de crediteur postconcurrent dient te zijn ten opzichte van de overige crediteuren, dat wil zeggen dat de overige crediteuren in ieder geval voorrang hebben boven de verstrekker van de deelnemerschapslening⁹⁷. Daarnaast dient er geen preferentie te bestaan ten opzichte van aandeelhouders.

Volgens *Bouwman* dient sprake te zijn van achtergesteldheid ten opzichte van de bevoorrechte crediteuren als de niet-bevoorrechte crediteuren⁹⁸. Hierbij verstaat hij onder concurrente crediteuren de niet-bevoorrechte crediteuren die ten aanzien van hun geldverstrekking geen wettelijke of contractuele achtergesteldheid zijn overeengekomen.

2.4.4.3 Formele of materiële achtergesteldheid

Contractuele achtergesteldheid is veelal formeel, echter niet iedere achterstelling berust op een contract maar zijn gebaseerd op wettelijke bepalingen⁹⁹. Naast contractuele en niet-contractuele achterstellingen die volgen uit wettelijke bepalingen zijn er ook nog situaties denkbaar waarbij partijen een geldlening behandelen als achtergesteld, hoewel formeel beschouwd geen sprake is van

⁹⁵ HR 18 oktober 1950, *B. 8843*.

⁹⁶ Overigens is het opvallend dat niet wordt ingegaan op de mate van winstafhankelijkheid, in beide gevallen was sprake van een vast interestpercentage. Tevens is niet ingegaan op de mate waarop de participanten zich met het verstrekte vermogen verhouden tot de onderneming, de Hoge Raad gaat niet in op de hoedanigheid van de geldverstrekkers.

⁹⁷ G.M.M.M. Michielse, *‘Thin-capitalisation’ in het fiscale recht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 58.

⁹⁸ J.N. Bouwman, *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting* (Fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2002, p. 34.

⁹⁹ Voor voorbeelden van wettelijke niet-contractuele achtergesteldheid verwijst ik naar A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening* (Serie recht en praktijk nr.51) Deventer: Kluwer 1989, p. 9 e.v.

achtergesteldheid. *Haberham* is van mening dat voor toepassing van deze eis een formele toets moet worden gehanteerd, een geldverstrekking dient naar zijn mening buiten het bereik van de deelnemerschapslening te blijven indien in een overeenkomst geen afspraken zijn opgenomen met betrekking tot de achtergesteldheid¹⁰⁰. *Bouwman* is echter een andere mening toegedaan, hij geeft aan dat ook niet contractuele achterstellingen onder de deelnemerschapslening vallen¹⁰¹. Indien dit volgt uit de wijze waarop partijen de geldlening zien en behandelen.

De deelnemerschapslening wijkt af van hetgeen civielrechtelijk is overeengekomen. Voorts wordt een meer inhoudelijke toets aangelegd voor de fiscale kwalificatie van vermogen. Met *Bouwman* ben ik derhalve van mening dat ten aanzien van de achtergesteldheid een materiële toets dient te worden gehanteerd.

2.4.4.3 Achtergesteldheid, resumé

In het onderstaande overzicht wordt weergegeven onder welke omstandigheden wordt voldaan aan de eis van achtergesteldheid.

Achtergesteldheid	Hoofregel: achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers Overige crediteuren zijn postconcurrent Niet contractuele achterstelling is voldoende
--------------------------	---

Tabel 3: overzicht van de achtergesteldheid.

2.5 Plaats van de deelnemerschapslening binnen de Wet VPB 1969

Wanneer vaststaat dat een lening daadwerkelijk kwalificeert als een deelnemerschapslening, dient te worden bekeken wat de gevolgen zijn van deze kwalificatie binnen het systeem van belastingheffing. Hiertoe bespreek ik in deze paragraaf de wijze waarop de deelnemerschapslening functioneert binnen de Wet VPB 1969.

2.5.1 Samenhang met totaalwinst

Zoals in het begin van dit hoofdstuk is besproken wordt de winst van een belastingplichtige bepaald op basis van het totaalwinstbegrip. Voor een zuivere toepassing van het totaalwinstbegrip dient eigen en vreemd vermogen strikt van elkaar te worden onderscheiden. De deelnemerschapslening is een van de handvaten die de Hoge Raad biedt om het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen te bepalen. Door middel van de uitzonderingssituatie zoals geformuleerd in *BNB 1988/217* geldt de deelnemerschapslening niet als lening maar als kapitaalverstrekking. Vanwege deze

¹⁰⁰ A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993, p. 226.

¹⁰¹ J.N. Bouwman, *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting* (Fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2002, p. 34.

uitzonderingssituatie en door het onderscheid dat hiermee wordt gemaakt wordt de deelnemerschapslening ook wel een ‘totaalwinstbewaker’ genoemd¹⁰².

2.5.1.1 Renteaftrekbepanking of kapitaalverstrekking

Naar aanleiding van de hiervoor besproken jurisprudentie over de deelnemerschapslening is onduidelijkheid ontstaan over de fiscale behandeling van de lening. De vraag is in hoeverre de lening zowel bij de debiteur als bij de crediteur als eigen vermogen dient te worden gekwalificeerd¹⁰³. Indien slechts bij de debiteur sprake is van eigen vermogen, vanuit het perspectief van de crediteur zou de kwalificatie van geldlening blijven bestaan, dan wordt *de facto* een renteaftrekbepanking opgelegd. Naar het mij voorkomt is deze verwarring ontstaan in de jurisprudentie van de periode voor *BNB* 1988/217. Deze jurisprudentie zag slechts toe op de situatie bij de debiteur. De bepalingen waarop de uitspraken zich richtten hadden betrekking op vergoedingen van geldverstrekingen aan aandeelhouders; waarbij de vraag was of deze als bedrijfskosten werden beschouwd. Als gevolg hiervan waren rentekosten op deelnemerschapsleningen in aftrek beperkt. Met de komst van *BNB* 1988/217 maakt de Hoge Raad deze situatie duidelijk. In dit arrest is immers geoordeeld dat de gehele geldverstreking fiscaal moet worden behandeld als eigen vermogen. Hiermee wordt ook de crediteur bij de kwalificatie betrokken. De Hoge Raad laat zich niet zozeer uit over de kwalificatie van de vergoeding bij de debiteur maar neemt de gehele kwalificatie van de geldverstreking in ogenschouw. De behandeling van de deelnemerschapslening, als zijnde eigen vermogen, geldt voor zowel de debiteur als voor de crediteur. Met dit oordeel is de deelnemerschapslening niet een renteaftrekbepanking maar een zelfstandige fiscale kwalificatie van de gehele geldverstreking.

2.5.1.2 Informeel kapitaal

Met het oordeel van de Hoge Raad in *BNB* 1988/217 wordt de deelnemerschapslening bij de debiteur tot de kapitaalsfeer van de onderneming gerekend. Deze kapitaalsfeer bestaat uit zowel formeel als informeel kapitaal. Vermogen dat behoort tot het informeel kapitaal kan worden omschreven als de (bewuste) bevoordeling door de aandeelhouders als zodanig¹⁰⁴. Dit is van belang voor de beantwoording van de vraag of de deelnemerschapslening de fiscale behandeling van aandelen krijgt. Binnen de literatuur wordt door verschillende auteurs gesteld dat de deelnemerschapslening als informeel kapitaal moet worden gekwalificeerd¹⁰⁵. Arts is van mening dat de deelnemerschapslening niet tot het informeel kapitaal behoort, maar dient te worden beschouwd als verkapt kapitaal¹⁰⁶.

¹⁰² J. van Strien, *Renteaftrekbepanking in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 513 - 514.

¹⁰³ In de noot bij HR 24 mei 2002, nr. 37 071, *BNB* 2002/231 schetst *Daniels* de onduidelijkheid die is ontstaan na de uitspraken van de Hoge Raad.

¹⁰⁴ Arts tekent aan dat het bewustheidsvereiste in de kostenarresten is komen te vervallen. Voor verdere informatie omtrent dit vereiste verwijst ik naar J.H.M. Arts, *Kapitaalstorting voor de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Vermande 1997, p. 221.

¹⁰⁵ Onder meer in Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013, VPB 1969.2.4.8.B.b2.

¹⁰⁶ J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, *MBB* 2012/2.

Voorts stelt *Heithuis* zich op het standpunt dat de deelnemerschapslening slechts bij tenietgaan als informeel kapitaal kan worden gezien¹⁰⁷.

Het eerste punt waarop de deelnemerschapslening niet gelijk kan worden getrokken met een informele kapitaalstorting is het gegeven dat de informele kapitaalstorting wordt gedaan vanuit een aandeelhoudersrelatie. Vooraleer sprake kan zijn van een informele kapitaalstorting dient sprake te zijn van deze aandeelhoudersrelatie¹⁰⁸. Bij een deelnemerschapslening is echter mogelijk geen sprake is van een aandeelhoudersrelatie. De deelnemerschapslening vertoont grote gelijkenissen met deze relatie, er is sprake van in zekere mate deelhebben, maar een aandeelhoudersrelatie is niet per definitie aanwezig.

Door een informele kapitaalstorting verliest de aandeelhouder de directe beschikkingsmacht over de verstrekking. Als gevolg van de verstrekking vindt een vermogensdaling plaats bij de aandeelhouder en een vermogensstijging bij de vennootschap¹⁰⁹. Ten aanzien van deze bevoordeling is niet zozeer sprake van een schenking; via het aandeelhouderschap blijft de aandeelhouder indirect een beschikkingsmacht houden. Bij een deelnemerschapslening vindt echter geen verplaatsing van beschikkingsmacht plaats. De beschikkingsmacht blijft in handen van de crediteur, waardoor geen sprake kan zijn van informeel kapitaal.

Arts tekent aan dat voor de aanwezigheid van informeel kapitaal sprake dient te zijn van een bevoordeling¹¹⁰. Dit is het derde punt waarop de deelnemerschapslening zich onderscheidt van informeel kapitaal. Hoewel de lening niet opeisbaar is, blijft naar burgerlijk recht namelijk een schuld bestaan bij de inlenende vennootschap. Derhalve kan geen sprake zijn van een bevoordeling. Daarmee stelt *Heithuis* dan ook terecht dat slechts sprake kan zijn van informeel kapitaal indien sprake is van tenietgaan. Daarmee is de schuld niet meer voor verwezenlijking vatbaar, waardoor de geldverstrekking dient te worden gekwalificeerd als informele kapitaalstorting¹¹¹. Met *Arts* en *Heithuis* ben ik van mening dat de deelnemerschapslening dient te worden geplaatst onder het kapitaalbegrip. In de woorden van *Arts* blijft een zelfstandig vermogensrecht bestaan, de geldverstrekking moet op eigen fiscale merites worden beoordeeld.

¹⁰⁷ E.J.W. Heithuis, 'Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?', *WFR* 2013/998.

¹⁰⁸ J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Vermande 1997, p. 223.

¹⁰⁹ Overigens zal tegenover de vermogensdaling een stijging van de waarde van de deelneming komen te staan, waardoor de vermogensmutatie per saldo afwezig is.

¹¹⁰ J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Vermande 1997, p. 224.

¹¹¹ J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, *MBB* 2012/2.

2.5.2 Art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969

Op grond van art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969 is van aftrek uitgesloten de vergoeding op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen. Met deze bepaling is beoogd de invulling van de deelnemerschapslening, zoals geformuleerd door de Hoge Raad, voort te zetten. Op enkele plaatsen in de Wet VPB 1969 wordt naar deze bepaling terugverwezen. De wijze waarop de bepaling in de huidige wet is opgenomen, is niet zoals de deelnemerschapslening altijd had te gelden. In de periode tussen 2002 en 2007 bestond er de zogenaamde hybride leningwetgeving. Deze wetgeving werd met name in internationaal perspectief van groot belang geacht. Hierna ga ik nader in op de wetgeving zoals deze tussen 2002 en 2007 van kracht was. Daarna bespreek ik de bepaling zoals deze nu in de wetgeving is opgenomen.

2.5.2.1 Hybride leningwetgeving tussen 2002 en 2007

In de periode tussen 2002 en 2007 bestond art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969 (oud) uit een uitgebreidere bepaling. De bepaling zag kortweg op leningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen. De bepaling zag echter niet alleen op de fiscale kwalificatie van vermogen zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, ze bleek uitgebreider. Een van de redenen voor invoering betrof de angst voor de ontwikkeling van fiscaal gedreven financiële producten als gevolg van de invoering van de belastingheffing over inkomsten uit vermogen in de Wet IB 2001¹¹². De tweede reden voor invoering betrof de wens om te voorkomen dat belastingplichtigen gebruik zouden kunnen maken van kwalificatieverschillen. In een aanbeveling van de Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief werd aangegeven dat moest worden voorkomen dat de deelnemerschapslening in het ene land aftrekbaar was en het andere land niet belast door toepassing van de deelnemingsvrijstelling¹¹³.

In artt. 10 lid 2, 3 en 4 Wet VPB 1969 (oud) werden situaties opgesomd waaronder de vergoedingen en waardemutaties van de lening niet aftrekbaar waren van de winst. Naast bepalingen over de looptijd, de winstafhankelijkheid en de achtergesteldheid van de lening werden ook voorwaarden gesteld aan de wijziging van de geldlening en de wijze waarop de vergoeding plaatsvond in gelieerde situaties. Hierdoor zag de bepaling niet alleen op de deelnemerschapslening maar ook op andere tussenvormen van eigen en vreemd vermogen. De toepassingscriteria bleken streng en gecompliceerd en zorgde blijkens de literatuur voor veel onduidelijkheden¹¹⁴. A-G Wattel is van mening aan dat de

¹¹² NV, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 466, nr. 6, p. 42-43.

¹¹³ Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, rapport 'Verbreiding en verlichting', p. 44.

¹¹⁴ Onder meer J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 188-189 en S.F.M. Niekel, H. de Gunst, A.C. van der Linde, 'Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen', *FED* 2002/117.

hybride lening onder deze wetgeving niet kwalificeerde als eigen vermogen¹¹⁵. De hybride lening werd slechts geacht te functioneren als zijnde eigen vermogen.

In art. 13 lid 3 Wet VPB (oud) werd een bepaling opgenomen waarmee de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op de hybride leningen van art. 10 Wet VPB 1969. Door middel van deze bepaling vielen de vergoedingen op en de waardemutaties van de deelnemerschapslening onder het voordeel uit hoofde van een deelneming. Een voorwaarde voor toepassing van de deelnemingvrijstelling is dat belastingplichtige een deelneming had op grond van art. 13 lid 2 Wet VPB 1969¹¹⁶. Om te voorkomen dat kon worden ingegaan op internationale kwalificatieverschillen werd in art. 13 lid 3 ond. b Wet VPB 1969 (oud) de volgende zinssnede opgenomen¹¹⁷:

(...) voorzover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat in het andere land bij de schuldenaar de vergoeding op die schuldvordering bij de belastingheffing over de winst buiten aanmerking blijft.

De deelnemingsvrijstelling was in grensoverschrijdende situaties slechts van toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakte dat de vergoeding op de lening in het buitenland niet kon worden afgetrokken. Daarmee werd een compenserende heffingstoets bewerkstelligd¹¹⁸. Indien de vergoeding op de geldverstrekking in het buitenland slechts deels niet aftrekbaar was kon de vrijstelling ook slechts gedeeltelijk worden toegepast¹¹⁹. Wanneer voorts geen vergoeding was overeengekomen of wanneer sprake was van een vergoeding die tussen onafhankelijke partijen niet zou zijn overeengekomen dan was de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing¹²⁰.

In de praktijk bleek de invulling van het begrip hybride lening weinig toegepast. De wetgever achtte de bepaling nodeloos onduidelijk en gecompliceerd te zijn. De toegevoegde waarde van de wettelijke invulling bleek gering. Hierop is de bepaling afgeschaft met de invoering van Wet Werken aan

¹¹⁵ Conclusie A-G Wattel 24 mei 2011, nr. 10/04770, V-N 2011/40.9, onder 7.18.

¹¹⁶ S.F.M. Nielke, H. de Gunst en A.C. van der Linde, 'Hybride leningen, kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen', *FED* 2002/117.

¹¹⁷ In de volgende hoofdstukken werk ik deze internationale kwalificatieverschillen nader uit.

¹¹⁸ Op meerdere plaatsen in de Wet VPB komt een compenserende heffingstoets naar voren. Met de bepaling in art. 13 lid 6 ond. b Wet VPB 1969 wordt met een onderworpenheidseis aftrek van bovenmatige deelnemingsrente voorkomen. Dit specifieke artikel ziet op de situatie waarbij sprake is van *double dip*. Deze situatie doet zich voor indien belastingplichtige een deelnemerschapslening verstrekt aan een lichaam in het buitenland en deze lening financiert met een lening bij een derde partij. Art. 13 lid 6 Wet VPB ziet op de situatie waarbij zowel in het buitenland - vanwege een kwalificatie-*mismatch* - als ter zake van de inlening een renteaftrek plaatsvindt. De renteaftrek ter zake van de inlening kan in aftrek worden beperkt op grond van deze bepaling. Voorts kent art. 10a Wet VPB 1969 kent een onderworpenheidseis. In deze bepaling wordt eveneens rekening gehouden met *mismatches*. Op grond van deze bepaling kunnen - kort gezegd - renten niet in aftrek worden gebracht indien deze verband houden met de uitdeling van winst, met een kapitaalstorting of met de verwerving of uitbreiding van een belang. De onderworpenheidseis is - naast de zakelijkheidstoets - een tegenbewijsregeling waarop de rente alsnog in aftrek kan worden gebracht. Een verschil met art. 13 lid ond. b Wet VPB 1969 (oud) is dat laatstgenoemde bepaling ziet op de bescherming van de buitenlandse heffingsgrondslag.

¹¹⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 487, nr. 3, p. 41.

¹²⁰ MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 487, nr. 3, p. 41-42.

Winst¹²¹. Naar het mij voorkomt zijn er meerdere verklaringen aan te voeren waarop de bepaling weinig werd toegepast. Ten eerste is dat de onduidelijke bepaling leidt tot een gebrek aan rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Ten tweede werden belastingplichtigen door de bepaling niet meer in staat gesteld om in te spelen op internationale kwalificatieverschillen¹²². Daarmee werd het beoogde doel van de bepaling bereikt. Indachtig dat sprake was van een antimisbruik bepaling die slaagde in haar doel acht ik het opmerkelijk dat de bepaling is komen te vervallen.

2.5.2.2 Terug naar de situatie van voor 2002

Met de afschaffing van de gecompliceerde en strenge bepaling omtrent hybride leningen werd beoogd terug te vallen op de invulling van het vermogensbegrip zoals ontwikkeld in de jurisprudentie¹²³. Hierop is teruggedaan naar de situatie van voor 2002. De wettelijke invulling van de hybride lening verviel. In art. 10 lid 1 ond. d werd slechts opgenomen dat niet aftrekbaar waren 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. Voorts is de compenserende heffingstoets in art. 13 lid 3 Wet VPB 1969 (oud) komen te vervallen. Daarmee kan de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn op de deelnemerschapslening indien de rente bij een buitenlandse debiteur in aftrek is gebracht¹²⁴.

Met het terugvallen op de jurisprudentie wordt eveneens teruggevallen op de kwalificatie onder de jurisprudentie. De minister heeft bevestigd dat na 2007 ten aanzien van deelnemerschapsleningen sprake is van een kwalificatie als eigen vermogen¹²⁵. Daarmee kan de bepaling in art. 10 lid 1 ond. d Wet VPB 1969 kan worden gezien als een ‘dode letter’ omdat de jurisprudentie ten aanzien van de kwalificatie van vermogen van kracht is *Strik* heeft dan ook betoogd dat de bepaling overbodig was¹²⁶. Het opnemen van het artikel dient volgens *Strik* slechts om te kunnen verwijzen naar de deelnemerschapslening vanuit andere wettelijke bepalingen. Hierbij zij aangetekend dat slechts sprake was van functioneren als eigen vermogen. De deelnemerschapslening valt niet onder het eigen vermogen. Zoals de minister aangaf telt een belang in de vorm van een deelnemerschapslening dan ook niet mee voor de 5% toets onder de deelnemingsvrijstelling¹²⁷. Naar het mij voorkomt is dan ook sprake van verkapt kapitaal.

¹²¹ MvT, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 19.

¹²² Voor de vraag of de argumentatie van de wetgever standhoudt in internationaal perspectief verwijs ik naar hoofdstuk vier en vijf.

¹²³ MvT, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 19.

¹²⁴ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 89.

¹²⁵ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 44.

¹²⁶ Zie S.A.W.J. Strik, ‘Stroomlijning antimisbruikbepalingen renteaftrek en de groepsrentebox’, *MBB* 2006/271 en Q.W.J.C.H. Kok, ‘De herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht’, *MBB* 2007/3.

¹²⁷ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 79.

2.5.3 Deelnemingsvrijstelling, art. 13 Wet VPB 1969

Zoals reeds in het begin van dit hoofdstuk naar voren is gekomen, is de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 in het leven geroepen om economisch dubbele belasting in concernverband te voorkomen. Op grond van deze bepaling worden voordelen uit hoofde van een deelneming niet in aanmerking genomen bij de bepaling van de winst. In het kader van de deelnemerschapslening is van belang of, en in hoeverre, deze lening onder de deelnemingsvrijstelling valt. Hiertoe behandel ik eerst de achtergrond van de deelnemingsvrijstelling, waarna ik nader inga op de deelnemerschapslening in het kader van de deelnemingsvrijstelling.

2.5.3.1 Werking en achtergrond van de deelnemingsvrijstelling

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling dient sprake te zijn van een deelneming en dienen uit hoofde van deze deelneming voordelen toe te komen aan belastingplichtige. Van een deelneming is kortweg sprake indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld¹²⁸. De voordelen die aan de belastingplichtige toekomen vallen slechts onder de deelnemingsvrijstelling indien de voordelen zijn ontstaan in de hoedanigheid van aandeelhouder. Het begrip voordelen dient algebraïsch te worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen dat zowel de voor- als nadelen buiten aanmerking blijven bij de winstbepaling¹²⁹.

De heersende visie waarop het bestaansrecht van de deelnemingsvrijstelling rust is het *ne-bis-in-idembeginsel*¹³⁰. In het Falcons-arrest komt de ratio van de deelnemingsvrijstelling zeer duidelijk naar voren¹³¹. In geding was de vraag of de voordelen die werden behaald met opties op aandelen konden worden vrijgesteld met toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling zou slechts van toepassing zijn indien het zou komen tot uitoefening van de opties. De Hoge Raad oordeelde dat de opties moesten worden vrijgesteld op basis van de rechtsgrond van de bepaling, het *ne-bis-in-idembeginsel*:

*“De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken.”*¹³²

Op grond van het *ne-bis-in-idembeginsel* wordt voorkomen dat belastingplichtigen tweemaal belast worden over hetzelfde feit. Hiermee wordt economisch dubbele belastingheffing voorkomen.

¹²⁸ Er vanuit gaande dat geen sprake is van een niet kwalificerende beleggingsdeelneming waarop de deelnemingsverrekening van toepassing is.

¹²⁹ Behoudens de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet VPB 1969.

¹³⁰ Hoewel de verlengstukgedachte (waarbij de dochter als een verlengstuk van de activiteiten van de moeder wordt gezien) ook als rechtsgrond naar voren komt hangt de Hoge Raad blijkens haar uitspraken het *ne-bis-in-idembeginsel* aan.

¹³¹ HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34.

¹³² HR 22 november 2002, nr. 36 *BNB* 272, *BNB* 2003/34.

2.5.3.2 Deelnemingsvrijstelling in geval van een deelnemerschapslening

Met de wetsystematiek en de achtergrond van de deelnemingsvrijstelling in oegenschouw kunnen er twee meningen op worden nagehouden ten aanzien van de deelnemerschapslening. Op basis van de wetsystematiek kan de deelnemerschapslening niet worden geschaard onder de deelnemingsvrijstelling, immers met de deelnemerschapslening wordt niet deelgenomen in het nominaal gestorte aandelenkapitaal. Op basis van de ratio van de deelnemingsvrijstelling kan echter tot de conclusie worden gekomen dat de lening wel onder de vrijstelling valt. Laatsgenoemde conclusie wordt verklaard vanuit de rechtsgrond van de deelnemingsvrijstelling. Wanneer namelijk de vergoedingen bij de debiteur niet in aftrek worden toegestaan en bij de crediteur in de winst worden betrokken is immers sprake van economisch dubbele belasting, dezelfde winst wordt tweemaal in een belasting naar de winst betrokken, hetgeen door de deelnemingsvrijstelling wordt voorkomen.

2.5.3.2.1 Direct gelieerde situatie

Voor de beantwoording van de vraag hoe de deelnemerschapslening functioneert in samenspel met de deelnemingsvrijstelling, dient ten eerste te worden gekeken naar direct gelieerde situaties. Daarbij vat ik onder een direct gelieerde situatie waarbij een moederentiteit een aandelenbelang heeft in een dochterentiteit¹³³. Vanuit het *ne-bis-in-idembeginsel* en vanuit de bewoordingen van de Hoge Raad in *BNB* 1988/217 kan worden gesteld dat de vergoedingen op een deelnemerschapslening onder de deelnemingsvrijstelling moeten vallen. Immers indien de deelnemerschapslening bij de debiteur wordt gekwalificeerd als zijnde eigen vermogen dan heeft dat tot gevolg dat de vergoedingen worden behandeld als uitdeling van winst. De keerzijde van de medaille zou zijn dat de ontvangst van deze vergoeding moet worden behandeld als (vrijgestelde) ontvangst van winst.

De Hoge Raad heeft zich in *BNB* 2006/82 uitgelaten over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in gelieerde situaties. In casu was sprake van een lening die werd verstrekt door een Nederlandse BV met een aandelenbelang van 99,99% in een Franse SA. De Hoge Raad liet zich echter niet slechts uit over de kwalificatie van de geldlening¹³⁴, maar ook over de toepassing van de lening binnen de deelnemingsvrijstelling:

*“Onder de voordelen uit hoofde van een deelneming in de zin van artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 vallen ook voordelen als de onderhavige.”*¹³⁵

Zonder nadere overwegingen geeft de Hoge Raad aan dat de deelnemerschapslening van toepassing is op de deelnemingsvrijstelling. Het is echter niet duidelijk of dit het gevolg is van de toepassing van

¹³³ Daarbij blijft buiten beschouwing in welke mate sprake moet zijn van verbondenheid en in hoeverre mogelijke afgeleide rechten op aandelen leiden tot een aandelenbelang.

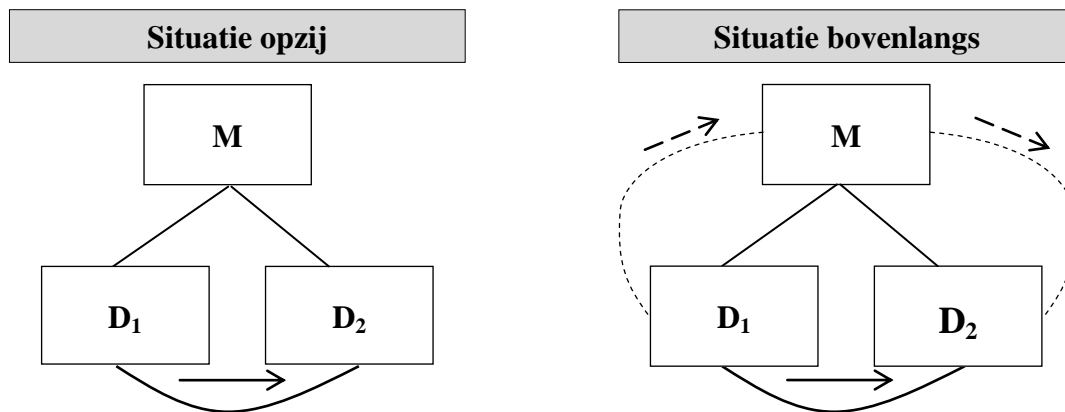
¹³⁴ Uit voorgaande paragraaf volgt dat de Hoge Raad oordeelde dat ter zake van deze prêt participatif sprake van een deelnemerschapslening.

¹³⁵ HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82, r.o. 3.3.

het *ne-bis-in-idem* beginsel of dat de toepassing volgt uit het systeem van de zelfstandige fiscale kwalificatie van de deelnemerschapslening. De ene redenering sluit de andere ook niet uit. Dit wordt duidelijk wanneer we de deelnemerschapslening en de deelnemingsvrijstelling tezamen bezien vanuit een indirect gelieerde situatie.

2.5.3.2.2 Indirect gelieerde situatie

Ten aanzien van indirect gelieerde situaties zou de deelnemerschapslening op twee manieren kunnen worden beschouwd. De figuur van indirect gelieerde situatie is als volgt geïllustreerd:



Figuur 1: Grafische weergave van een indirect gelieerde situatie

In bovenstaande figuur heeft M twee 100% dochters, D₁ en D₂. D₁ heeft een deelnemerschapslening verstrekt aan D₂. Hierbij is de vraag in hoeverre de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op een deelnemerschapslening tussen de ‘zusjes’. Meerdere opties kunnen worden onderscheiden. De eerste optie is dat de deelnemerschapslening zelfstandig moet worden gezien. Bijgevolg kunnen de vergoedingen op een deelnemerschapslening, vanwege de afwezigheid van een deelnemingsverhouding tussen D₁ en D₂, niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. In de tweede optie leidt de indirect gelieerde verhouding ertoe dat sprake is van een vrijgesteld voordeel uit hoofde van een deelneming, zij het indirect. De eerste twee opties vallen onder de ‘situatie opzij’ in de illustratie. De derde optie wordt geïllustreerd aan de figuur van ‘situatie bovenlangs’. Aan de hand van deze optie wordt geacht eerst een dividenduitdeling te zijn gedaan door D₁ aan M. Vervolgens wordt M geacht deze gelden te storten als kapitaalstorting D₂. In *BNB 1995/271* heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van een deelnemerschapslening bij indirect gelieerde situaties¹³⁶. In casu was sprake van een deelnemerschapslening tussen ‘zusjes’, waarbij de deelnemerschapslening werd verstrekt aan een lichaam waarin de bovenliggende vennootschap een aandelenbelang had van 25%. De Hoge Raad overwoog hierbij als volgt:

¹³⁶ HR 28 juni 1995, nr. 30 439, *BNB 1995/271*.

*“Ook al zou belanghebbende in zekere mate deelhebben in B, dan nog brengt deze omstandigheid op zichzelf niet mee dat belanghebbende, zoals voor de toepassing van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vereist, aandeelhouder is in de desbetreffende vennootschap, zodat de deelnemingsvrijstelling als bedoeld in die bepaling, niet van toepassing kan zijn.”*¹³⁷

Indien een geldverstrekker slechts een deelnemerschapslening heeft, waarbij de aandeelhoudersrelatie ontbreekt, is volgens de Hoge Raad de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. De deelnemingsvrijstelling is op grond van dit arrest niet van toepassing op de deelnemerschapslening *an sich*. Hoewel hierdoor sprake kan zijn van economisch dubbele belastingheffing, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat geen sprake is van een deelneming.

2.5.3.2.3 Deelnemingsverhouding

Met het oordeel van de Hoge Raad in *BNB 1995/271* rijst de vraag wanneer sprake is van een deelneming. In *BNB 2003/34* heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de rechtsgrond evenals over de vraag wanneer sprake is van een deelneming. In casu was in geding of het resultaat op met een deelneming verband houdende opties onder de werking van de deelnemingsvrijstelling vallen. Deze uitspraak volgde op een tweetal uitspraken waarbij het houden van opties gelijk werd gesteld met het houden van aandelen¹³⁸. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

*“Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel, (...).”*¹³⁹

Met dit oordeel sluit de Hoge Raad aan bij de strekking van de deelnemingsvrijstelling. Ter voorkoming van mogelijk economisch dubbele heffing valt zowel de houder als de schrijver van de opties onder het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling. In deze uitspraak gaat de Hoge Raad echter niet in op de gelijkstelling van opties met aandelen. Deze gelijkstelling zou dit ruime toepassingsbereik kunnen verklaren. De uitspraak in *BNB 2003/34* is mogelijk van belang voor de reikwijdte van de deelnemerschapslening. Vooralsnog kan de deelnemerschapslening *an sich* niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Het is echter niet ondenkbaar dat de Hoge Raad tot het oordeel komt dat dit wel het geval zou moeten zijn. Dit volgt vanuit de rechtsgrond van de deelnemingsvrijstelling. Immers is in deze situatie eveneens sprake van economisch dubbele heffing. Niettemin laat de letterlijke wettekst van de deelnemingsvrijstelling deze situatie niet toe. Dit is

¹³⁷ HR 28 juni 1995, nr. 30 439, *BNB 1995/271*, r.o. 3.3.

¹³⁸ HR 21 februari 2001, nr. 35 074, *BNB 2001/160* en HR 21 februari 2001, nr. 35 639, *BNB 2001/161*.

¹³⁹ HR 22 november 2002, nr. 36 *BNB 272*, *BNB 2003/34*.

overigens eveneens het geval ten aanzien van opties. Vanuit deze materiële benadering die de Hoge Raad hanteert in de bepaling van het deelnemingsbegrip acht *Van Strien* het dan ook niet uitgesloten dat de deelnemerschapslening valt onder het toepassingsbereik van art. 13 Wet VPB 1969¹⁴⁰. In de conclusie bij *BNB 2006/82* maakt A-G Overgaauw echter een onderscheid met de situatie van *BNB 2003/34*. De vergoeding op de deelnemerschapslening is niet gerelateerd aan de (waardeverandering van) aandelen. Op dit punt verschilt de deelnemerschapslening van opties. Derhalve is het oordeel uit *BNB 2003/34* niet onverkort toepasbaar op de deelnemerschapslening. *De Jager* poneert de vraag in hoeverre van belang is dat bij uitoefening van opties aandelen worden verkregen dan wel of de optie ook kan worden afgewikkeld in contanten¹⁴¹. Hierbij bespreekt hij een oordeel van de Hoge Raad waarbij een houder van een converteerbare obligatielening wordt gelijkgesteld met een aandeelhouder. De afwikkeling van de lening kon in contanten dan wel in aandelen. Wanneer de conversie in contanten zou worden uitgeoefend zou een geldbedrag ter grootte van de koers worden ontvangen¹⁴². In laatstgenoemd geval wordt geen deelneming verkregen. Echter, een mogelijk voordeel zou strekken ter grootte van de waardemutatie van de deelneming. *De Jager* veronderstelt dat een verplichte conversie in contanten niet leidt tot een deelneming. Ik ben echter van mening dat ook een verplichte conversie die afhankelijk wordt gesteld van de waardeontwikkeling van de koers eveneens onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen. Indien na conversie in aandelen meteen een doorverkoop plaatsvindt, dan is *de facto* sprake van eenzelfde uitkomst. Daarmee acht ik deze situaties een-op-een toepasbaar. Naar het mij voorkomt is het oordeel van de Hoge Raad in *BNB 2003/34* niet onverkort toepasbaar op de situatie van de deelnemerschapslening. Waar opties direct gerelateerd zijn aan de waardeverandering van de deelneming is dat bij een deelnemerschapslening niet het geval.

Overigens laat A-G Overgaauw in zijn conclusie bij *BNB 2003/34* aantekenen dat het bereik van de deelnemingsvrijstelling ruimer wordt met de uitspraken van de Hoge Raad. Slechts naar de stand van de jurisprudentie ten tijde van de conclusie was deze situatie dan ook niet mogelijk. De daaropvolgende uitspraak strekt eveneens niet zover. De Hoge Raad biedt geen mogelijkheid om de deelnemerschapslening onder het begrip deelneming te vatten, de mogelijkheid wordt echter ook niet uitgesloten.

¹⁴⁰ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007, p. 210.

¹⁴¹ M.P.A. de Jager, 'De Wet werken aan winst en opties in verband met een deelneming', *WFR* 2007/1016.

¹⁴² In de bewoording van de Hoge Raad: '(...) Daaraan staat niet in de weg dat het conversierecht niet afzonderlijk verhandelbaar is, en evenbedoelde overeenkomst gaat ook niet verloren indien de vennootschap het keuzerecht heeft om de conversie af te wikkelen in hetzij aandelen hetzij een geldbedrag dat gelijk is aan de waarde van de aandelen op het moment van uitoefening van het conversierecht.' In HR 20 mei 2005, nr. 40 038, *BNB 2005/260*, r.o. 3.4.2.

Met ingang van 2007 is in art. 13 Wet VPB 1969 – met een meesleep- en meetrekregeling – vastgelegd hoe de deelnemerschapslening dient te worden gekwalificeerd indien sprake is van (in-)direct gelieerde situaties.

2.5.3.3 Meesleepregeling

De Hoge Raad heeft in *BNB* 2006/82 geoordeeld dat de deelnemerschapslening – in het geval van direct gelieerde situaties – behoort tot de voordelen uit hoofde van een deelneming. *Arts* tekent hierbij aan dat de deelnemerschapslening in deze situatie een bestanddeel van de deelneming is¹⁴³. Dit is gecodificeerd in art. 13 lid 4 ond. b Wet VPB 1969 met de meesleepregeling. Deze regeling houdt in dat de voordelen uit hoofde van een deelnemerschapslening ook onder de deelnemingsvrijstelling worden geschaard, indien reeds sprake is van een deelneming. Door middel van deze bepaling wordt voorkomen dat de vergoeding op de deelnemerschapslening niet aftrekbaar is bij de debiteur, maar wel belast bij de crediteur.

2.5.3.4 Meetrekregeling

De situatie van *BNB* 1995/271, waarbij onder indirect gelieerde situaties tussen ‘zusjes’ de deelnemerschapslening niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, is achterhaald door de meetrekregeling. Indien een belastingplichtige een deelnemerschapslening heeft in een lichaam maar tussen de geldverstrekkers geen deelnemingsrelatie bestaat, kan een lening alsnog kwalificeren als een deelneming. In art. 13 lid 5 ond. b Wet VPB 1969 is bepaald dat deelnemerschapsleningen van een lichaam eveneens onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien de belastingplichtige daarin geen, maar een met de belastingplichtige verbonden lichaam wel een deelneming heeft, of indien dat lichaam met de belastingplichtige is verbonden. Van verbondenheid is sprake indien de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in een lichaam, een lichaam voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in belastingplichtige of een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in een lichaam terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde belang heeft in de belastingplichtige¹⁴⁴. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn op de deelnemerschapslening zowel in de verhouding van moeder naar dochter, dochter naar moeder en tussen ‘zusjes’. Vanuit de rechtsgrond van de deelnemerschapslening is de meetrekregeling een logische stap.

2.5.3.5 Compenserende heffingstoets

Indien de deelnemerschapslening wordt verstrekt aan een beleggingsdeelneming dan is de het mogelijk dat de voordelen uit hoofde van de lening alsnog niet worden vrijgesteld. De deelnemingsvrijstelling is ex art. 13 lid 9 Wet VPB 1969 niet van toepassing op als belegging

¹⁴³ J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, *MBB* 2012/2.

¹⁴⁴ Art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

gehouden deelnemingen. Het is evenwel mogelijk dat sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. De beantwoording van deze vraag wordt gedaan aan de hand van een drietal toetsen; de oogmerktoets, de onderworpenheidstoets en de bezittingentoets. Indien de deelneming niet ter belegging wordt gehouden dan wordt niet voldaan aan de oogmerktoets¹⁴⁵. Bijgevolg is de deelnemingsvrijstelling van toepassing, mits wordt voldaan aan de bezittingentoets of de onderworpenheidstoets. Indien de deelneming voldoende is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing dan wordt voldaan aan de onderworpenheidstoets. Dit heeft tot gevolg dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Indien voorts sprake is van voldoende goede bezittingen dan wordt voldaan aan de bezittingentoets waardoor de deelnemingsvrijstelling alsnog van toepassing is. Wordt aan deze toets niet voldaan dan is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. Het effect hiervan is dat in beginsel de deelnemingsverrekening van toepassing is¹⁴⁶.

Bij de toetsing of sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming kan de deelnemerschapslening ervoor zorgen dat niet wordt voldaan aan de onderworpenheidstoets. Voor deze toets moet het direct gehouden lichaam zijn onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Daarbij wordt gekeken naar de belastingheffing in het land van het lichaam. Bij de beoordeling of sprake is van een redelijke heffing wordt gekeken naar het tarief, de grondslag en naar eventuele *rulings* in de uitvoeringspraktijk. Het tarief dient ten minste 10% te bedragen. Wanneer echter sprake is van een stelselafwijking op grond waarvan de belastinggrondslag kleiner is dan heeft dit mogelijk tot gevolg dat het tarief *de facto* lager komt te liggen dan 10%. De deelnemerschapslening kan ervoor zorgen dat sprake is van een dergelijke stelselafwijking. Indien de geldverstrekking in het buitenland kwalificeert als vreemd vermogen met een renteaftrek tot gevolg dan verlaagt dit de belastinggrondslag. Indien, als gevolg van de aftrekbaarheid van de vergoeding op de deelnemerschapslening, in het buitenland de winst naar Nederlandse maatstaven wordt belast met een effectieve belastingdruk van minder dan 10% dan wordt niet voldaan aan de onderworpenheidstoets. Daarmee kan de deelnemerschapslening tot gevolg hebben dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.

2.5.4 Samenhang met art. 10b Wet VPB 1969

Met ingang van de Wet Werken aan Winst is teruggevallen op de invulling van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen op grond van jurisprudentie. In de wetgeving is echter een klein stuk van de oude wetgeving blijven bestaan. Dit stuk betreft art. 10b Wet VPB 1969, inzake renteloze of

¹⁴⁵ Een deelneming wordt geacht als belegging te zijn gehouden indien hiermee sprake is van normaal vermogensbeheer. Voorts dient de deelneming inhoudelijk te worden beoordeeld indien de deelneming zowel beleggingsactiviteiten als ondernemingsactiviteiten ontplooit. Bij dit gemengde oogmerk wordt beoordeeld waar het zwaartepunt ligt; beleggen of ondernemen.

¹⁴⁶ Mits wordt voldaan aan de bepalingen in art. 13aa Wet VPB 1969.

langlopende leningen tussen gelieerde partijen¹⁴⁷. Op grond van deze bepalingen komen vergoedingen op en waardemutaties van renteloze of langlopende leningen verstrekt aan gelieerde partijen niet in aftrek. De bepaling ziet op leningen zonder vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum van meer dan tien jaar na het aangaan van de lening. Met art. 10b Wet VPB 1969 wordt beoogd een *mismatch* in internationaal verband te voorkomen. Deze *mismatch* doet zich voor indien een buitenlandse gelieerde onderneming een renteloze of laagrentende lening uitgeeft aan een in Nederland gelegen onderneming, waarbij de Nederlandse onderneming een zakelijk rentepercentage als fictieve kostenaf trek toestaat terwijl bij de in het buitenland gelegen gelieerde onderneming geen bijtelling plaatsvindt¹⁴⁸.

Hoewel de deelnemerschapslening zoals ontwikkeld in de jurisprudentie veelal ziet op een lening tussen gelieerde partijen, is dat niet strikt noodzakelijk. Daarbij is de deelnemerschapslening winstafhankelijk, en hierdoor niet per definitie laagrentend of renteloos. Nota bene ziet art. 10b Wet VPB 1969 op leningen met een looptijd van minimaal tien jaar of zonder vaste aflossingsdatum, de deelnemerschapslening heeft een looptijd van deelnemerschapslening minimaal 50 jaar. Indien een lening niet kwalificeert als een deelnemerschapslening is het mogelijk dat de lening voldoet aan de voorwaarden van art. 10b Wet VPB 1969.

2.6 Conclusie

De deelvraag die in hoofdstuk centraal stond luidt als volgt: *Wat is een deelnemerschapslening en welke plaats heeft de deelnemerschapslening in de Wet VPB 1969?* Voor de beantwoording van deze vraag is ingegaan op het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen, waarna meer specifiek is ingegaan op het fiscale onderscheid. Daarbij stond de ontwikkeling van de deelnemerschapslening centraal. Er bestaat een veelheid aan tussenvormen van eigen en vreemd vermogen. Voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking wordt in eerste instantie de civielrechtelijke vorm aangehouden. Bij deze civielrechtelijke vorm is de terugbetalingsverplichting een essentieel element in het onderscheid tussen de vermogensvormen. Hoewel de deelnemerschapslening civielrechtelijk bezien kwalificeert als een lening, wordt hier voor het fiscale onderscheid een uitzondering op gemaakt.

Indien een lening voldoet aan drie voorwaarden is sprake van een deelnemerschapslening. Deze voorwaarden betreffen de winstafhankelijkheid, de (in beginsel onbeperkte) looptijd en de achtergesteldheid. Indien de lening, vrijwel geheel, afhankelijk is van de hoogte van het dividend is sprake van winstafhankelijkheid. Voorts een deelnemerschapslening winstafhankelijk indien de

¹⁴⁷ Met deze paragraaf tracht ik niet de volledige werking van deze bepaling te bespreken. Deze paragraaf strekt zich slechts tot de bespreking van het onderscheid met de deelnemerschapslening.

¹⁴⁸ Met de invoering van deze wettelijke bepaling is nogal wat kritiek gemoeid, onder andere door E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe art.10b VPB 1969? Weg ermee!!!', *NtFR* 2006/1236. Deze scriptie leent zich niet tot bespreking van de kritiek op deze bepaling.

vergoeding gekoppeld is aan de ontwikkeling van de beurskoers. Bovendien wordt de lening geacht winstafhankelijk te zijn wanneer sprake is van een vaste vergoeding maar waarbij de uitbetaling afhankelijk is gesteld van de aanwezigheid van een (niet cumulatieve) winstuitkering. De lening wordt geacht geen vaste looptijd te hebben. Echter wanneer de looptijd langer dan 50 jaar omvat dan komt aan deze eis geen zelfstandige betekenis meer toe. De lening dient niet opeisbaar te zijn door de crediteur. Indien de lening aflosbaar is door de debiteur dan is alsnog sprake van een eeuwigdurende looptijd. De laatste eis ziet op de achtergesteldheid. Hierbij wordt een materiële toets gehanteerd. Indien de overige crediteuren postconcurrent zijn dan wordt voldaan aan deze voorwaarde. Daarbij is niet vereist dat deze achtergesteldheid voortvloeit uit contractuele bepalingen.

Hoewel de deelnemerschapslening wordt geacht te functioneren als zijnde eigen vermogen wordt de lening niet gezien als aandelenkapitaal. De lening dient te worden gezien als verkapt kapitaal. Vanwege deze kwalificatie is de deelnemingsvrijstelling niet onverkort toepasbaar. Slechts indien reeds sprake is van een deelneming worden (de voordelen uit hoofde van) de deelnemerschapslening vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling.

De criteria van de deelnemerschapslening zijn zeer concreet geformuleerd. Dit schept rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Hierdoor kunnen belastingplichtigen echter ook inspelen op de internationale kwalificatieverschillen. De wijze waarop dit gebeurt is onderwerp van het volgende hoofdstuk.

De deelnemerschapslening in internationaal perspectief

Indien binnen een concern een deelnemerschapslening wordt uitgegeven en de betrokken (civielrechtelijke) groepsdebiteur en -crediteur zijn gevestigd in Nederland dan is sprake van een sluitend systeem. De vergoedingen en de waardemutaties zijn enerzijds bij de debiteur niet aftrekbaar en anderzijds bij de crediteur vrijgesteld. Wanneer een deelnemerschapslening wordt uitgegeven, waarbij een binnenlandse crediteur en een buitenlandse debiteur zijn betrokken (of vice versa), dan is het echter mogelijk dat het systeem niet geheel sluitend is. In internationaal perspectief functioneert de deelnemerschapslening anders dan in nationaal perspectief. In dit hoofdstuk ga ik in op de tweede deelvraag: *Hoe wordt de deelnemerschapslening in grensoverschrijdende situaties fiscaal behandeld?* Om aan te geven waar de knelpunten zitten in de grensoverschrijdende behandeling bespreek hierbij ik enkele voorbeelden van landen die een andersluidende kwalificatie van de deelnemerschapslening hebben. Daarna bespreek ik de wijze waarop de deelnemerschapslening moet worden behandeld in het kader van het OESO-modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting en non-belasting (hierna: OESO-modelverdrag). Ten slotte bespreek ik het Europees kader waarin de deelnemerschapslening dient te worden geplaatst.

3.1 Kwalificatie van vermogen in internationaal perspectief

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is ingebed in het fiscale systeem. Op basis van de fiscale behandeling van het vermogen is een grens getrokken tussen eigen en vreemd vermogen. Het onderscheid dat Nederland hanteert, is niet onverkort toepasbaar in buitenlandse situaties. Andere landen hebben het systeem van belastingheffing op een andere wijze ingericht. Daarmee verschillen deze landen ook in de wijze waarop ze een onderscheid maken tussen eigen en vreemd vermogen. Als gevolg van de concrete formulering van de voorwaarden van de deelnemerschapslening door de Hoge Raad en een mogelijk andersluidende kwalificatie in het buitenland kunnen leningen dusdanig worden vormgegeven dat een *mismatch* wordt bewerkstelligd. Om te illustreren dat verschillende staten op andere wijze een onderscheid bepalen, ga ik in deze paragraaf in op de wijze waarop de kwalificatie in het buitenland geschiedt. Hoewel veel landen het adagium *substance over form* hanteren, waarbij de economische realiteit voorop staat, blijkt de nadere invulling van dit adagium te verschillen¹⁴⁹. Ik bespreek de kwalificatie in Australië, Denemarken, Spanje en de Verenigde Staten. Deze landen zijn geselecteerd op grond van een kenmerkende wijze waarop het onderscheid wordt bepaald ofwel vanwege een kenmerkende behandeling van het vermogen. Nadat ik deze opvallende kenmerken heb uiteengezet, markeer ik het onderscheid met Nederland.

¹⁴⁹ IFA Cahier 97b (2012) *The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 32.

3.1.1 De fiscale grens van vermogen in Australië

Australië is opgenomen in de vergelijking vanwege het gegeven dat Australië een opvallend soort aandelen hanteert. Deze aandelen, (*mandatory redeemable preference shares* (hierna: MRPS), zijn preferent en (verplicht) aflosbaar. Daarnaast kan worden overeengekomen dat de vergoeding op de aandelen cumulatief is. Vanwege deze, al dan niet verplichte, aflosbaarheid en de cumulatieve vergoeding vertonen deze aandelen belangrijke kenmerken die ook aan vreemd vermogen worden toegedicht. Daarbij dragen deze MRPS het naamkaartje: aandeel. Onder voorwaarden kwalificeert de vergoeding op deze aandelen in Australië echter als aftrekbare last. Deze kwalificatie maakt dat het Australische systeem interessant is om nader te belichten.

In Australië wordt met de Australische *Income Tax Assessment Act 1997* (Hierna: ITAA 1997) een belasting geheven van natuurlijke personen en lichamen. Voor toepassing van de ITAA 1997 wordt het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor fiscale doeleinden gebaseerd op Division 974, de *debt/equity*-regelgeving¹⁵⁰. De fiscale kwalificatie van vermogen is een zelfstandige kwalificatie, hetgeen inhoudt dat het systeem niet is gebaseerd op concepten uit *financial accounting* of uit de civiele wetgeving. In de *debt/equity*-regelgeving wordt gekeken naar de materiële invulling van de aanspraak op vergoedingen, het onderscheid wordt gemaakt op basis van de economische realiteit. De invulling van rente is echter breder dan die van dividenden. Wanneer volgens de systematiek sprake is van zowel eigen en als vreemd vermogen dan prevaleert de kwalificatie van vreemd vermogen.

Australië heeft een systeem van winstbepaling waaronder vergoedingen van zowel eigen als vreemd vermogen aftrekbaar zijn. Indien vreemd vermogen voldoet aan de Australische wettelijke criteria kunnen de rentelasten worden afgetrokken^{151,152}. Vergoedingen op hybride vermogen, gekenmerkt door een winstafhankelijk component, zijn hierbij slechts aftrekbaar indien het jaarlijks rendement op dit vermogen niet hoger is dan de *benchmark rate of return* (Hierna: BRR) vermeerderd met een vaste marge¹⁵³. Deze BRR is het *gebenchmarkte* rendement behaald op vermogen dat is uitgegeven met vergelijkbare kenmerken, uit een vergelijkbare sector en uit een vergelijkbare regio. De marge waarmee de BRR wordt verhoogd, dient ter correctie voor de risicopremie die in de vergoeding is opgenomen¹⁵⁴. Wanneer een financieringscomponent voor toepassing van de Australische civiele wetgeving wordt gezien als eigen vermogen is het mogelijk dat de vergoedingen worden behandeld als vreemd vermogen voor toepassing van de fiscale wetgeving. Hiervan is sprake bij non-equity

¹⁵⁰ Naast de ITAA 1997 kent het Australische systeem ook de Taxation of Financial Arrangement Rules (TOFA). Laatstgenoemde regelgeving ziet met name op de grotere belastingplichtigen die zich - kortweg- kenmerken door omzet of bezittingen van meer dan \$100 miljoen dollar. Omdat TOFA slechts in een beperkt aantal gevallen wordt toegepast, valt de bespreking van deze regelgeving buiten bereik van deze scriptie.

¹⁵¹ Een voorwaarde hierbij is dat de lasten moeten zien op inkomensgenererende activiteiten. Wanneer vreemd vermogen wordt aangetrokken voor niet inkomensgenererende bezittingen of activiteiten dan zijn de vergoedingen op het vermogen niet aftrekbaar.

¹⁵² *IFA Cahier 97b (2012) The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 75.

¹⁵³ Australian Tax Office Interpretative Decision, 24 september 2009, ATO ID 2009/152.

¹⁵⁴ Deze marge bedraagt 150 basispunten.

shares; aandelen die formeel gezien kwalificeren als dividend maar materieel worden beschouwd als vreemd vermogen. De vergoeding op deze financieringscomponent wordt dan aftrekbaar indien deze niet hoger is dan de BRR vermeerderd met de marge.

3.1.2 De fiscale grens van vermogen in Denemarken

Met ingang van 2007 is de compenserende heffingstoets in de deelnemingsvrijstelling in Nederland komen te vervallen. In het wetgevingsproces is de vraag naar voren gekomen of Nederland ten aanzien van de internationale kwalificatieverschillen een systeem zou gaan hanteren vergelijkbaar met het systeem in Denemarken. Naar Deens voorbeeld zou de Nederlandse fiscale kwalificatie van het vermogen kunnen worden aangepast aan de wijze waarop het vermogen in het buitenland kwalificeert¹⁵⁵. Het gegeven dat Denemarken de kwalificatie van het vermogen kan laten afhangen van de buitenlandse kwalificatie maakt het Deense systeem interessant om op te nemen in de vergelijking.

Vermogensmutaties op eigen vermogen zijn onderworpen aan de Deense *Law on Taxation of Gains on Shares*. Onder de *Law on Taxation of Gains and Losses on Debt Claims, Debts and Financial Instruments* wordt de belastingheffing geregeld van vreemd vermogen. De kwalificatie van vermogen in Denemarken is onafhankelijk van de civiele wetgeving. In de belastingwetgeving wordt echter geen generieke definitie van eigen en vreemd vermogen gegeven. Het onderscheid is gebaseerd op algemene principes van de Deense belastingwetgeving. Bij deze algemene principes is het fundamentele onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen, zoals besproken in het voorgaande hoofdstuk, van belang¹⁵⁶.

Vergoedingen van- en vermogensmutaties op vreemd vermogen worden betrokken in het belastbare inkomen, behoudens gevallen waarin sprake is van onzakelijk handelen¹⁵⁷ of indien het verlies op een intercompany lening niet aftrekbaar is bij een crediteur terwijl de corresponderende vermogensvermeerdering bij de debiteur niet wordt belast¹⁵⁸. Indien het vreemd vermogen wordt gekenmerkt door een winstafhankelijke vergoeding dan leidt dit *an sich* niet tot een fiscale behandeling als zijnde eigen vermogen¹⁵⁹. Ten aanzien van leningen met een zeer lange of oneindige looptijd is de heersende leer dat deze dienen te worden beschouwd als vreemd vermogen. Hier heeft de wetgever zich echter niet concreet over uitgesproken. Afgeleide financiële instrumenten behoren tot het belastbaar inkomen en worden belast op vergelijkbare wijze als vreemd vermogen. Afgeleide

¹⁵⁵ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 41.

¹⁵⁶ Dit fundamentele onderscheid is gebaseerd op kenmerkende eigenschappen zoals geschetst in paragraaf 2.2.2.

¹⁵⁷ Deze uitzondering ziet op vermogensvermeerderingen die bij aangaan van de lening onder marktwaarde zijn. Deze mutaties worden buiten beschouwing gelaten bij het bepalen van de winst. Bron: Denmark, Corporation tax Country Surveys, IBFD database.

¹⁵⁸ Denmark, Corporation tax Country Surveys, IBFD database

¹⁵⁹ *IFA Cahier 97b (2012) The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 241.

vermogensrechten zoals opties en warrants zijn vrijgesteld van dit belastbaar inkomen. Converteerbare obligatieleningen vallen onder het eigen vermogen.

Wanneer sprake is van hybride financieringsinstrumenten die niet bekend zijn onder Deense wetgeving en niet kunnen worden uitgegeven door een Deense LLP¹⁶⁰ leidt dit tot interpretatieproblemen¹⁶¹. Hierdoor zijn maatregelen getroffen gericht tegen ontwijking van belasting door middel van hybride financieringsinstrumenten. Indien sprake is van een *mismatch* in de kwalificatie van het vermogen en een buitenlandse entiteit een controlerende functie¹⁶² heeft over de Deense entiteit vindt herkwalificatie plaats naar het recht van de buitenlandse entiteit¹⁶³. Van een controlerende entiteit is sprake indien de entiteit meer dan 50% van de stemrechten bezit. Bijgevolg zijn vergoedingen op, naar Deens perspectief, vreemd vermogen niet aftrekbaar als gevolg van een andersluidende kwalificatie in de staat van de entiteit met controlerende functie.

Door aan te sluiten bij de buitenlandse kwalificatie kan de, naar mijn mening vreemde, situatie ontstaan waarbij twee exact dezelfde leningen bij dezelfde debiteur verschillend worden behandeld. Hiervan is sprake indien een Deense en een Nederlandse aandeelhouder beide eenzelfde hybride lening verstrekken in een Deense vennootschap. De Nederlandse aandeelhouder heeft de controlerende functie in de dochtervennootschap. Hierdoor wordt de geldverstrekking van deze aandeelhouder in Denemarken gekwalificeerd als eigen vermogen. De Deense aandeelhouder heeft echter eenzelfde lening verstrekt die dient te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen.

3.1.3 De fiscale grens van vermogen in Spanje

De kwalificatie van vermogen in Spanje is eveneens kenmerkend te noemen. De reden hiervoor is dat Spanje als maatstaf voor het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen de vennootschapsrechtelijke boekhoudnormen hanteert. Zij hanteert de *International Financial Reporting Standards* (Hierna: IFRS) en de Spaanse *Generally Accepted Accounting Principles* (Hierna: GAAP) als uitgangspunt. Op grond van deze boekhoudnormen wordt de balans veelal op actuele waarde gewaardeerd. Hierdoor ligt het moment van winstneming eerder dan bij waardering op historische kostprijs¹⁶⁴.

Op grond van International Accounting Standard (Hierna: IAS) 32 wordt een onderscheid aangelegd tussen eigen en vreemd vermogen. Financieringsinstrumenten met een contractuele verplichting om vergoedingen of vermogen te leveren, dienen te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen.

¹⁶⁰ In Denemarken wordt een onderscheid gemaakt tussen partnerships en limited liability companies (LLP). De LLP zijn de aandeelhouders slechts aansprakelijk tot de hoogte van hun inbreng. Partnerships hebben ten minste een deelgenoot die rechtstreeks verbonden is voor de verbintenissen die de onderneming aangaat.

¹⁶¹ *IFA Cahier 97b (2012) The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 242-243.

¹⁶² Hiervan is sprake bij meer dan 50% van de stemrechten.

¹⁶³ *IFA Cahier 97b (2012) The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 247.

¹⁶⁴ Dit timingsverschil is met name van belang voor de jaarwinstbepaling, bij de bepaling van de totale winst leidt waardering op actuele waarde niet tot een timingsverschil.

Afgeleide vermogensrechten zoals de verplichting om niet zozeer geld maar aandelen te leveren, vallen ook onder het vreemd vermogen. MRPS dienen op grond van deze regelgeving te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen. Indien sprake is van preferente aandelen die niet verplicht aflosbaar zijn, dient het kapitaal als eigen vermogen te worden gekwalificeerd. Het onderscheid is gelegen in de contractuele verplichting om vermogen af te staan, deze ontbreekt in laatstgenoemd geval.

Hoewel de Spaanse wetgeving als uitgangspunt voor de fiscale behandeling de kwalificatie onder IFRS hanteert, is het mogelijk dat de fiscale behandeling afwijkt van hetgeen onder IFRS wordt bepaald. Deze afwijkende behandeling gebeurt op grond van een anti-misbruikmaatregel. De Spaanse belastingautoriteit weigert de aftrek van rente indien sprake is van een financiering die in het buitenland kwalificeert als eigen vermogen^{165,166}. In dit geval wordt het vermogen in Spanje behandeld als eigen vermogen en daarmee worden de vergoedingen op dit vermogen gezien als dividenden. Naar mijn mening zou toepassing van de deelnemerschapslening om een *mismatch* te bewerkstelligen op grond van deze anti-misbruikmaatregel weinig kans van slagen hebben.

3.1.4 De fiscale grens van vermogen in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten (hierna: VS) wordt door middel van een beperkt verrekeningsstelsel voorkoming van dubbele belasting verleend. Belasting die reeds in het buitenland is geheven, wordt in aftrek gebracht op de belasting die in de VS wordt geheven, met dien verstande dat de verrekening slechts strekt voor zover in de VS belasting wordt geheven. Bij de uiteindelijke berekening van de winstbelasting bij de moedervennootschap wordt de belastingdruk van de dochtervennootschap meegenomen. Hierdoor lijkt het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor grensoverschrijdende situaties van ondergeschikt belang. Dit gegeven maakt dat het interessant is om te onderzoeken of in de VS evenzeer een scherp onderscheid wordt gehanteerd tussen eigen en vreemd vermogen, en of de problematiek omtrent *mismatches* in de VS een rol speelt.

De VS hanteert een onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen op basis van een aantal onderscheidende factoren. In de hoofdlijn wordt het onderscheid gemaakt op basis van *substance over form*, waarbij niet zozeer de formele maar de materiële werkelijkheid voorop staat. Deze werkelijkheid wordt ingevuld aan de hand van de volgende factoren¹⁶⁷:

- Of de verstrekking een vaste looptijd kent ofwel of een bepaalde geldsom dient te worden terugbetaald in de voorzienbare toekomst.

¹⁶⁵ IFA Cahier 97b (2012) *The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 657.

¹⁶⁶ Hierbij zij aangetekend dat deze antimisbruikbepaling niet onder alle omstandigheden zal uitwerken. Een voorbeeld hiervan betreft de situatie waarbij de Moeder-dochterrichtlijn van toepassing is. Deze situatie wordt in zowel dit hoofdstuk als het volgende hoofdstuk nader toegelicht.

¹⁶⁷ United States, Corporation tax Country Surveys, IBFD database.

- Of de houders van het instrument het recht hebben om een hoofdsom en interestbetalingen op te leggen.
- Of de instrumenten achtergesteld zijn van algemene schuldeisers.
- Of de instrumenten zeggenschap geven in de onderneming.
- Of de onderneming verhoudingsgewijs sterk is gefinancierd met vreemd vermogen.
- Of er een verband is tussen de houder van het instrument en de onderneming.
- Het naamkaartje dat aan het instrument is gekoppeld.
- De wijze waarop de instrumenten worden gebruikt voor niet-fiscale doeleinden.

Geen enkele factor is doorslaggevend in de beslissing of sprake is van eigen of vreemd vermogen. De kwalificatie is afhankelijk van alle feiten en omstandigheden waarop de geldverstrekking tot stand komt. De belastingautoriteiten geven geen zekerheid vooraf¹⁶⁸.

3.1.5 Kwalificatie van vermogen over de grens, resumé

Er wordt vanuit gegaan dat de ons omringende landen veelal een formeelrechtelijk kader hanteren in het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen¹⁶⁹. Voornoemde voorbeelden tonen echter aan dat ook in andere landen veel waarde wordt gehecht aan de materiële werkelijkheid waaronder een geldverstrekking wordt aangegaan. In tabel 4 wordt een overzicht gegeven van wanneer een *mismatch* kan worden toegepast om tot non-heffing te komen.

	Bijzonderheden in de kwalificatie	Formeel/ materieel uitgangspunt	Mismatch toepasbaar	
			Bronstaat ziet vreemd vermogen, Nederland ziet eigen vermogen	Bronstaat ziet eigen vermogen, Nederland ziet vreemd vermogen
Australië	Inkomen van eigen vermogen is slechts aftrekbaar indien deze de BRR niet overstijgt.	Materieel uitgangspunt	Ja	Ja
Denemarken	Kwalificatie van de hybride geldverstrekking wordt aangepast aan de ontvangststaat indien de controlerende entiteit een andere kwalificatie hanteert.	Materieel uitgangspunt	Nee	Ja
Spanje	Hanteert IFRS als uitgangspunt. Antimisbruik bepaling waardoor recht op aftrek wordt geweigerd indien wordt ingespeeld op een <i>mismatch</i> .	Materieel uitgangspunt	Ja	Nee
Verenigde Staten	Kwalificatie is gebaseerd op <i>substance over form</i> aan de hand van een lijst met kenmerken.	Materieel uitgangspunt	Ja	Ja

Tabel 4: Overzicht van de mogelijke toepassing van mismatches.

Veel landen, waaronder Nederland, trachten een materiële benadering te hanteren in het kwalificatievraagstuk. Hierdoor lijken de verschillen minimaal en lijkt het op het eerste gezicht niet

¹⁶⁸ IFA Cahier 97b (2012) *The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012, p. 33.

¹⁶⁹ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2011, nr. 10/05394, V-N 2011/41.15, onder 1.7.

mogelijk om in te spelen op kwalificatieverschillen. Wanneer echter wordt ingespeeld op het grijze gebied kan dit wel. In de situatie van geldverstrekkingen waarbij Nederland een rol speelt, is dit het gevolg van de wijze waarop de kenmerken van de deelnemerschapslening zijn omschreven. Het kader waarin de deelnemerschapslening wordt gekwalificeerd, is in Nederland concreet geformuleerd door de Hoge Raad. In het buitenland is de kwalificatie echter minder concreet, waardoor meer sprake is van een grijs gebied. Wanneer in dit grijze gebied uitgerekend in Nederland al dan niet sprake is van eigen vermogen, en de kwalificatie bevindt zich in het buitenland eveneens in het grijze gebied, dan kan op geraffineerde wijze worden ingespeeld in het kwalificatieverschil. Een voorbeeld hiervan is de kwalificatie van Spanje, waarbij op grond van het IFRS uitgangspunt een deelnemerschapslening als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd indien er sprake is van een vaste aflossingsdatum doch wanneer de looptijd langer is dan vijftig jaar. Dezelfde situatie kan zich voordoen in de Verenigde Staten, waar, net als onder IFRS, *substance over form* de basis is waarop het onderscheid wordt gehanteerd. Niettemin kan op grond van de nationale wetgeving worden voorkomen dat gebruik wordt gemaakt van de kwalificatieverschillen. Hiervan is sprake bij Spanje en Denemarken. Deze landen passen zich aan door implementatie van anti-misbruikmaatregelen, waarbij onder voorwaarden de kwalificatie van het buitenland leidend is.

3.2 Voorkoming dubbele belasting en non-belasting onder belastingverdragen

Indien meerdere landen betrokken zijn bij de belastingheffing over hetzelfde inkomensbestanddeel dan kan sprake zijn van meervoudige belastingheffing. Wanneer daarbij hetzelfde subject meerdere malen in de belastingheffing wordt betrokken ten aanzien van inkomensbestanddelen dan is sprake van juridisch dubbele belastingheffing. Voorkoming van juridisch dubbele belastingheffing wordt geregeld door middel van bilaterale belastingverdragen. Indien hetzelfde object bij verschillende subjecten meerdere malen in de heffing wordt betrokken is sprake van economisch dubbele belastingheffing. Laatstgenoemde vorm van dubbele belastingheffing wordt niet voorkomen in de bilaterale belastingverdragen¹⁷⁰. De deelnemerschapslening kan leiden tot economisch dubbele belastingheffing indien de uitkering van de vergoeding niet aftrekbaar is en de ontvangst van de vergoeding wel wordt belast. Economisch dubbele belastingheffing wordt op nationaal niveau voorkomen met de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969 en de deelnemingsverrekening ex art. 23c Wet VPB 1969.

Landen kunnen heffingsrecht naar zich toetrekken op basis van het bronlandbeginsel, het nationaliteitbeginsel of het woonlandbeginsel. Heffingsrecht op basis van het bronlandbeginsel knoopt aan bij het land waarin de bron van voordelen is gelegen. Op grond van het

¹⁷⁰ Behoudens wanneer sprake is van een verrekenprijsprobleem, deze correctie wordt verricht met toepassing van art. 9 OESO-modelverdrag. Slechts op dit punt voorziet het OESO-modelverdrag in een voorkoming van economisch dubbele belastingheffing.

nationaliteitsbeginsel worden alle personen en lichamen met de nationaliteit van een bepaald land in de heffing betrokken. Subjecten worden in de belastingheffing betrokken op basis van het woonlandbeginsel indien deze woonachtig dan wel gevestigd zijn in de betreffende staat. Doordat landen verschillende heffingsbeginselen hanteren, is het mogelijk dat ten aanzien van een geldverstrekking meerdere heffingsbeginselen van toepassing zijn. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien zowel de bronstaat als de ontvangstaat het inkomensbestanddeel in de belastingheffing betrekken. In dit geval zijn verschillende landen op grond van nationale regelgeving heffingsbevoegd, met dubbele belastingheffing tot gevolg.

Om deze dubbele belastingheffing te voorkomen hanteert Nederland kortweg vier methoden. Deze methoden zijn een objectieve vrijstelling, een belastingvrijstelling, een belastingverrekening en een kostenaf trek¹⁷¹. Met een objectieve vrijstelling wordt een inkomensbestanddeel geheel buiten aanmerking gelaten, het bestanddeel is kortweg geen onderdeel van de heffingsgrondslag. Hiervan is sprake bij een deelnemingsvrijstelling. Met een objectvrijstelling wordt de heffingsbevoegdheid exclusief toegewezen aan een land. Een belastingvrijstelling gaat minder ver, deze verleent slechts een vermindering van de Nederlandse belasting die verschuldigd is over de wereldwinst. Hierbij wordt de wereldwinst in de Nederlandse heffingsgrondslag getrokken waarna een aftrek wordt verleend voor de belasting die verschuldigd is over de buitenlandse bestanddelen. Een belastingverrekening betreft de wereldwinst in de belastingheffing en verleent daarna eveneens een vermindering. Deze vermindering wordt echter slechts verleend voor zover in het buitenland reeds belasting betaald is (de eerste limiet) dan wel voor zover Nederland over het inkomenscomponent een belasting zou heffen (de tweede limiet) indien laatstgenoemd bedrag lager ligt. Voorts ziet een kostenaf trek op de mogelijkheid om de betaalde buitenlandse belasting als kostenpost op te voeren. In de regel vindt voorkoming van dubbele belastingheffing door Nederland plaats door middel van een vrijstelling voor actieve inkomsten en een verrekening voor passieve inkomsten^{172,173}.

De OESO heeft een modelverdrag opgesteld als richtsnoer voor de verdeling van de heffingsrechten. Dit modelverdrag dient als uitgangspunt voor de bilaterale belastingverdragen die Nederland overeenkomt¹⁷⁴. In het OESO-modelverdrag wordt aan de hand van de artikelen 10 en 11 geregeld

¹⁷¹ Syllabus Vrijstelling, Verrekening, Verliescompensatie Internationaal Belastingrecht, Besluit van 13 april 2004, nr. IFZ 2004/236M.

¹⁷² Onder actieve inkomsten kan worden verstaan ondernemingswinst en arbeidsinkomen. Inkomsten zoals interesten en royalty's worden geschaard onder de passieve inkomsten. Naar het mij voorkomt hebben dividenden hierin een gemene rol. Portfoliodividenden behoren tot de passieve inkomsten maar dividenden vanuit grote aandelenbelangen zouden onder de actieve inkomsten kunnen worden geschaard.

¹⁷³ G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013, IBR 3.3.2.B.d.

¹⁷⁴ Hoewel Nederland bij verdragsonderhandelingen grotendeels het OESO-modelverdrag hanteert, wijken de bilaterale belastingverdragen die Nederland heeft gesloten op enkele punten af van dit modelverdrag. De benadering die Nederland hanteert bij verdragsonderhandelingen is vastgelegd in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (Hierna: NFV 2011). *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 13. Naast deze meest recente notitie kunnen onderdelen uit oude notities uit 1987, 1996 en 1998 relevantie hebben. Respectievelijk *Kamerstukken II* 1987/88, 20 365, nr. 2, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 087, nr. 1 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 087, nr. 4.

welke staten heffingsbevoegd zijn en in hoeverre zij hun heffingsrecht kunnen bekrachtigen over respectievelijk dividend en interest. Indien sprake is van een uitkering van dividend dan trekt de bronstaat heffingsrecht naar zich toe, maar ook de ontvangstaat is in beginsel heffingsbevoegd over het dividend. Om te bepalen hoe de deelnemerschapslening in internationale context wordt behandeld, is het van belang om te onderzoeken tot welke inkomenscategorie de vergoeding op de lening behoort. Ofwel het dividendartikel ofwel het interestartikel is van toepassing op de vergoeding. Wanneer geen dividend of interest wordt uitgekeerd, zou naast deze twee artikelen ook het vermogenswinstartikel, art. 13 OESO-modelverdrag, relevant kunnen zijn. Hierna bespreek ik het dividendartikel en het interestartikel. Bovendien bespreek ik mogelijke overlap met het vermogenswinstartikel. De hoofdlijn in deze bespreking is het OESO-modelverdrag. Indien Nederland op grond van het verdragsbeleid afwijkt van deze hoofdlijn zal ik nader ingaan op deze afwijkingen. Voorts voorziet bijlage 2 in een overzicht van de wijze waarop de deelnemerschapslening dient te worden behandeld onder de diverse bilaterale belastingverdragen.

3.2.1 Het dividendartikel

In art. 10 OESO-modelverdrag wordt de verdeling van de heffingsbevoegdheid geregeld omtrent uitdelingen van dividend. In deze paragraaf ga ik in op de invulling van het dividendbegrip en de verdeling van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van deze inkomenscategorie.

3.2.1.1 Heffingsbevoegdheid over dividenden

Indien twee staten op grond van nationale wetgeving heffingsrecht willen uitoefenen over een vergoeding op eigen vermogen dan kan een bilateraal verdrag of het Nederlandse Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (Hierna: Bvdb 2001)¹⁷⁵ worden toegepast om dubbele belastingheffing te voorkomen. Op grond van art. 10 lid 1 OESO wordt het heffingsrecht volledig toegewezen aan de ontvangstaat. De bronstaat is echter eveneens heffingsbevoegd, op grond van art. 10 lid 2 OESO. De heffingsbevoegdheid van de bronstaat is echter gemaximeerd tot een percentage¹⁷⁶. Indien de aandelen kunnen worden toegerekend aan het ondernemingsvermogen van een in de bronstaat gelegen vaste inrichting dan behoudt de bronstaat het volledige heffingsrecht over de dividenden¹⁷⁷.

3.2.1.2 Het dividendbegrip

In art. 3 OESO-modelverdrag staan de algemene begripsbepalingen. Op deze plaats ontbreekt echter een definitie van dividenden. Daarom moet worden gekeken naar de invulling van het begrip in art. 10 OESO-modelverdrag. De invulling van het begrip dividend is in de eerste plaats geregeld in art. 10 lid 3 OESO-modelverdrag:

¹⁷⁵ Het Bvdb 2001 kan alleen van toepassing zijn indien twee staten heffingsbevoegdheid willen uitoefenen. Indien een andere staat geen heffingsbevoegdheid kan uitoefenen door een objectieve vrijstelling dan kan dit besluit niet van toepassing zijn.

¹⁷⁶ Dit maximum percentage bedraagt 5% indien de participant een belang heeft van ten minste 25% in het kapitaal van de vennootschap en 15% in overige gevallen.

¹⁷⁷ Art. 10 lid 5 OESO-modelverdrag.

The term "dividends" as used in this Article means income from shares, "jouissance" shares or "jouissance" rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.

Op grond van dit artikel dient onder het dividendbegrip te worden verstaan: inkomsten uit aandelen, inkomsten uit andere rechten op een aandeel in de winst, en inkomsten uit andere vennootschappelijke rechten niet zijnde schuldvorderingen. Voorts wordt onder dividend verstaan de inkomsten uit andere vennootschappelijke rechten die door de bronstaat op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen. Deze definitie is niet uitputtend en blijft vrij algemeen van aard. Uit het commentaar op art. 10 OESO-modelverdrag volgt dat de oorzaak hiervan gelegen is in de veelheid aan staten die een verschillende invulling kennen. Hierdoor is het niet mogelijk geweest om een volledige lijst op te nemen van winstuitdelingen die onder dit dividendbegrip vallen¹⁷⁸. Wanneer de invulling van een begrip ontbreekt in zowel art. 3 OESO als in het ter sprake zijnde artikel, dan dient te worden gekeken naar de nationale invulling van het begrip¹⁷⁹. Daarbij wordt ten overvloede in art. 10 lid 3 OESO-modelverdrag verwezen naar de wetgeving van de bronstaat.

Het OESO-commentaar geeft een algemene omschrijving van het kader waarbij sprake is van dividend¹⁸⁰. Onder dividenden moet in elk geval worden verstaan de uitdeling van winst voortvloeiende uit een aandelenbelang in lichamen. Op grond van art. 3 lid 2 ond. b OESO-modelverdrag zijn 'lichamen' entiteiten die voor de belastingheffing als zodanig worden behandeld. Omdat concretisering van 'aandelen' in het modelverdrag ontbreekt, wordt voor de uitwerking van deze term de wetgeving van de bronstaat aangehouden¹⁸¹. Deze term ziet echter wel slechts op rechten op de winst. Het OESO-commentaar sluit winstdelende schuldvorderingen nadrukkelijk uit. Het commentaar vermeldt namelijk expliciet dat interesten uit obligaties niet onder het dividendbegrip vallen. Deze rente kan echter onder voorwaarden alsnog onder het dividendbegrip vallen, indien sprake is van rente op een risicodragende lening¹⁸². Van een risicodragende lening is sprake indien een lening is aangegaan onder zodanige voorwaarden dat de crediteur feitelijk deelneemt in het lichaam. Op grond van dit artikel kan rente die onder nationale wetgeving wordt behandeld als dividend als gevolg van nationale *thin capitalisation* regelingen¹⁸³ in de verdragstoepassing als dividend worden behandeld. Of sprake is van een risicodragende lening dient per individueel geval te

¹⁷⁸ Ex art. 23 OESO-commentaar. Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat hetzelfde probleem geldt bij het interestartikel, welke niettemin limitatief is opgesteld.

¹⁷⁹ Ex art. 3 lid 2 OESO-modelverdrag.

¹⁸⁰ Deze invulling gegeven in de artikelen 23, 24 en 25 uit par. 3 OESO-commentaar.

¹⁸¹ Op grond van art. 3 lid 2 OESO.

¹⁸² Art. 25 OESO-commentaar.

¹⁸³ Onder *thin capitalisation* regelingen kan rente worden gekwalificeerd als dividend indien een onderneming overmatig is gefinancierd met vreemd vermogen.

worden beoordeeld. Het OESO-commentaar acht de volgende factoren van belang bij deze beoordeling¹⁸⁴:

- de lening overtreft het vermogen van het lichaam;
- de crediteur deelt in de winsten van het lichaam;
- de terugbetaling van de lening is achtergesteld ten opzichte van andere crediteuren of van dividendbetalingen;
- de hoogte van de vergoeding is afhankelijk van de winsten van het lichaam;
- de lening kent geen vaste bepaling omtrent de terugbetaling.

Deze punten geven een indicatie in hoeverre de gerechtigde deelneemt in de risico's die worden gelopen door het lichaam. De winstafhankelijkheid ziet zowel op de vergoeding als op de terugbetaling van de geldverstrekking, er is sprake van een winstdelendheid en de hoogte van de vergoeding is afhankelijk van de prestaties van het lichaam. Daarbij is sprake van een risicodragende lening indien de terugbetaling achtergesteld is of wanneer hierover geen vaste afspraken zijn gemaakt. Op grond van deze punten kwalificeert de vergoeding op de deelnemerschapslening als dividend voor verdragstoepassing.

Naast de mogelijkheid om de kwalificatie van de bronstaat aan te houden, wijst het OESO-commentaar op de mogelijkheid om het dividendbegrip in de bilaterale belastingverdragen nader in te vullen. Nederland kan naar mijn mening reeds op grond van art. 25 OESO-commentaar heffingsrecht over de deelnemerschapslening naar zich toe trekken. Niettemin wordt er in veel bilaterale belastingverdragen van Nederland een afwijkende bepaling opgenomen om het heffingsrecht over de dividenden te verzekeren. Deze afwijkende belastingverdragen verschillen met name op het punt van de geldverstrekking met kenmerken die worden toegedicht aan zowel eigen als vreemd vermogen. Hoewel de deelnemerschapslening zowel op grond van art. 25 OESO-commentaar als op grond van de regel dat wordt aangesloten bij de fiscale kwalificatie van bronstaat onder dit dividendbegrip kan worden geschaard, verzoekt Nederland bij verdragsonderhandelingen om dit expliciet op te nemen in de bilaterale belastingverdragen¹⁸⁵. Waar het OESO-modelverdrag aangeeft dat schuldvorderingen niet onder het dividendbegrip moeten worden verstaan, wijken bilaterale belastingverdragen die Nederland heeft gesloten hier van af. Dit uit zich in de afwezigheid van de zinsnede 'niet zijnde schuldvorderingen' of de aanwezigheid van de zinsnede 'alsmede inkomsten uit schuldvorderingen'. In het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten is het dividendbegrip als volgt opgenomen:

De uitdrukking "dividenden", zoals gebezigd in deze Overeenkomst, betekent inkomsten uit aandelen of andere rechten die aanspraak geven op een aandeel in de winst, alsmede inkomsten uit andere vennootschappelijke rechten die door de wetgeving van de Staat waarvan het lichaam dat de uitdeling doet inwoner is, op dezelfde

¹⁸⁴ Art. 25 OESO-commentaar.

¹⁸⁵ Waar uit de MvT bij het verdrag tussen Nederland en China dit verzoek niet expliciet naar voren komt, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 718, nr. 3, blijkt deze positie van Nederland in uit de MvT bij het verdrag tussen NL en VS: *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 632, nr. 3, p. 23-24.

wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen. Voor de toepassing van dit lid omvat "dividenden" wat Nederland betreft tevens inkomsten uit schuldvorderingen die op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen en, wat de Verenigde Staten betreft, inkomsten uit schuldbewijzen die een recht geven op een aandeel in de winst.(onderstreping: SK)

Er zijn echter nog twee andere categorieën te onderkennen, niet elk dividendbegrip is conform OESO of conform bovenstaande tekst. Naast deze belastingverdragen is er ook een groot aantal belastingverdragen waarin ‘inkomsten uit schuldvorderingen’ expliciet zijn uitgesloten onder het dividendbegrip. Een vierde categorie betreft belastingverdragen waarin de toevoeging ‘niet zijnde schuldvorderingen’ ontbreekt. Deze verdragen verwijzen naar het dividendbegrip zoals deze wordt begrepen in bronstaat:

*(...) alsmede inkomsten uit andere vennootschappelijke rechten die door de wetgeving van de staat waarvan het lichaam dat de uitdeling doet inwoner is, op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen (...).*¹⁸⁶

Bovenstaande verdragstekst is illustratief voor de wijze waarop Nederland de behandeling van de deelnemerschapslening poogt op te nemen in belastingverdragen¹⁸⁷. Door deze toevoeging aan de verdragstekst kan de deelnemerschapslening worden behandeld in overeenstemming met de Nederlandse wetgeving. Wanneer sprake is van een kwalificatieverschil met dubbele belastingheffing als gevolg dan dient de ontvangstaat de kwalificatie van de bronstaat te volgen in de verdragstoepassing.

Indien reeds op grond van het dividendartikel sprake is van dividenden dan wordt aan toepassing van het interestartikel niet meer toegekomen. Wanneer twee staten heffingsbevoegdheid willen uitoefenen over het dividend dan wordt de heffingsbevoegdheid verdeeld conform lid 1 art. 10 OESO. Met het ruime toepassingsbereik dat Nederland beoogt te hanteren in het dividendartikel kan worden gesteld dat de deelnemerschapslening in de regel onder het dividendartikel valt. Wanneer echter geen sprake is van dividend op grond van de kwalificatie van de bronstaat dan wel op grond van het dividendbegrip in het belastingverdrag, dan dient te worden gekeken naar het interestartikel.

¹⁸⁶ Belastingverdrag Nederland Duitsland 2012, art. 10 lid 3.

¹⁸⁷ In het Nederlands Standaardverdrag (Hierna: NSV) is aan het dividendartikel toegevoegd dat onder dividenden ook moet worden verstaan de inkomsten uit geldleningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen¹⁸⁷. Daarbij is de zinsnede ‘not-being-debt-claims’ niet opgenomen in het NSV. Hoewel de Nederlandse definitie onder het NSV afwijkt van hetgeen in het OESO modelverdrag is opgenomen, is Vleggeert van mening dat deze afwijking geen praktische betekenis heeft (in: J. Vleggeert, ‘Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht’(FM nr. 132), Deventer: Kluwer 2009, p. 467). Indien een dergelijke toevoeging niet is opgenomen onder een bilateraal verdrag dan is het niet vanzelfsprekend dat Nederland een eventuele heffingsbevoegdheid op dergelijke geldleningen kan bekrachtigen. De Graaf, Kavelaars en Stevens zijn van mening dat dit lijkt te volgen uit par. 25 van het commentaar op art. 10 OESO (in: A.C.G.A.C de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht* (FED Fiscale Studieserie nr. 39), Deventer: Kluwer 2012, p. 260.

3.2.1.3 Het onderscheid tussen dividend en vermogenswinst

Naast het dividend- en interestartikel kan in het kader van de deelnemerschapslening ook het vermogenswinstartikel relevant zijn. Wanneer de winst niet worden uitgekeerd als dividend maar wordt toegevoegd aan het eigen vermogen dan zal deze winst op den duur in de vorm van een vermogenswinst aan de aandeelhouder toekomen. Hierdoor is het mogelijk dat ten aanzien van de deelnemerschapslening, die zich in eerste instantie kenmerkt als een lening zonder vaste vergoeding, geen vergoeding wordt uitgekeerd. Het dividend is dan als het ware omgekat tot vermogenswinst. De voordelen die voortvloeien uit de vervreemding van de deelnemerschapslening kunnen vervolgens worden vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling¹⁸⁸. In dit geval lost overeenstemming van het dividendbegrip het probleem met *mismatches* niet op. Als gevolg van deze exercitie zou alsnog sprake zijn van non-heffing. In art. 13 OESO wordt de verdeling van de heffingsbevoegdheid geregeld omtrent vermogenswinsten. De eerste en tweede volzin van paragraaf 31 van het OESO-commentaar voorzien in een onderscheid tussen dividendartikel enerzijds en vermogenswinstartikel anderzijds:

If shares are sold by a shareholder to the issuing company in connection with the liquidation of such company or the reduction of its paid-up capital, the difference between the selling price and the par value of the shares may be treated in the State of which the company is a resident as a distribution of accumulated profits and not as a capital gain. The Article does not prevent the State of residence of the company from taxing such distributions at the rates provided for in Article 10: such taxation is permitted because such difference is covered by the definition of the term "dividends" contained in paragraph 3 of Article 10 and interpreted in paragraph 28 of the Commentary relating thereto. [onderstreping: SK]

Op grond van het bovenstaande wordt bepaald dat inkoop van eigen aandelen en liquidatie-uitkeringen voor verdragstoepassing dient te worden aangemerkt als dividend. Daarbij wordt verwezen naar paragraaf 28 van het commentaar op art. 10 OESO-modelverdrag. De eerste volzin van deze paragraaf bespreekt de reikwijdte van het dividendbegrip:

Payments regarded as dividends may include not only distributions of profits decided by annual general meetings of shareholders, but also other benefits in money or money's worth, such as bonus shares, bonuses, profits on a liquidation and disguised distributions of profits. [onderstreping: SK]

Naar het mij voorkomt is de reikwijdte van laatstgenoemde paragraaf ruimer geformuleerd dan van de paragraaf behorende bij het vermogenswinstartikel. De bepaling ziet niet alleen op inkoop van eigen aandelen of aandelen in het zicht van liquidatie. Verkapte winstuitdelingen - waaronder het omkatten van dividend in vermogenswinst - worden onder het dividendartikel geschaard. Niet alleen reguliere uitdelingen van winst dienen onder het dividendartikel te worden behandeld. Ook bonusaandelen, bonussen en liquidatie-uitkeringen vallen onder het dividendartikel.

¹⁸⁸ Mits wordt voldaan aan de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling.

3.2.2 Interest artikel

In art. 11 OESO wordt de verdeling van de heffingsbevoegdheid geregeld omtrent interestbetalingen. Een belangrijk verschil met dividenden is dat ten aanzien van interest in de regel geen sprake is van economisch dubbele belasting. Waar dividenden in een klassiek systeem zowel bij de ontvanger als verstrekker worden belast is dat bij interest niet het geval. Niettemin kan er bij interest sprake zijn van juridisch dubbele belastingheffing. Hiervan is sprake indien in het bronland een bronheffing op de interestbetaling plaatsvindt en over de interestontvangsten in de ontvangstaat belasting wordt geheven¹⁸⁹. In deze paragraaf ga ik in op de invulling van het interestbegrip en de verdeling van de heffingsbevoegdheid over interest.

3.2.2.1 Heffingsbevoegdheid over interest

Indien twee staten op grond van nationale wetgeving heffingsrecht willen uitoefenen over een vergoeding op een lening dan kan een bilateraal verdrag of het Bvdb 2001¹⁹⁰ in worden toegepast om dubbele belastingheffing te voorkomen. Evenals in het dividendartikel wordt in het interestartikel de heffingsbevoegdheid verdeeld over de bronstaat en de ontvangstaat. Op grond van het eerste lid van art. 11 OESO, wordt het heffingsrecht volledig toegewezen aan de ontvangstaat van het dividend. De bronstaat is echter eveneens heffingsbevoegd over de interest, op grond van het tweede lid van art. 11 OESO. De heffingsbevoegdheid van de bronstaat is echter gemaximeerd tot 10% voor gevallen waarbij de uiteindelijk gerechtigde gevestigd is in de ontvangstaat. Wanneer de lening kan worden toegerekend aan het ondernemingsvermogen van een in de bronstaat gelegen vaste inrichting dan behoudt de bronstaat het volledige heffingsrecht over de interest¹⁹¹.

Nederland kent geen bronheffing op interest. Dit is te verklaren vanuit het gegeven dat Nederland een klein binnenland en een groot buitenland kent waardoor het een kapitaal exporterend karakter heeft. Hierdoor is het verdragsbeleid erop gericht om uitsluitend woonstaatheffing op te nemen voor interestinkomen¹⁹². Indien de verdragspartner de bronheffing op interest alsnog wil opnemen in de belastingverdragen dan streeft Nederland naar zoveel mogelijk uitzonderingen op deze heffing.

3.2.2.2 Interestbegrip

Ook de invulling het interestbegrip staat niet vermeld in de algemene begripsbepalingen van art. 3 OESO. De begripsbepaling van interest is geregeld in het art. 11 lid 3 OESO:

The term "interest" as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits, and in particular, income

¹⁸⁹ Art. 2 OESO-commentaar op art. 11 OESO-modelverdrag geeft aan dat het in veel landen gebruikelijk is dat een bronbelasting op interestbetalingen worden geheven die als het ware functioneren als verrekenbare voorheffing.

¹⁹⁰ Het BvdB 2001 kan alleen van toepassing zijn indien twee staten heffingsbevoegdheid willen uitoefenen. Indien een andere staat geen heffingsbevoegdheid kan uitoefenen door een objectieve vrijstelling dan kan dit besluit niet van toepassing zijn.

¹⁹¹ Art. 10 lid 5 OESO-modelverdrag.

¹⁹² NFV 2011, p. 22.

from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article.

Op grond van dit artikel dient onder het interestbegrip te worden verstaan inkomsten uit schuldvorderingen van elke soort, ongeacht of de schuldvordering is verzekerd door een hypotheek of dat ze winstdelend is. In het bijzonder behoren tot het interestbegrip inkomsten uit overheidsleningen en inkomsten uit obligaties en schuldbewijzen. Boetes voor te late betaling worden niet gezien als interest. De definitie van interest zoals opgenomen in het artikel is, in tegenstelling tot het dividendartikel, limitatief gesteld.

Indien een vergoeding op een geldverstrekking winstdelend is dan kan deze vergoeding op grond van het interestbegrip onder het interestartikel worden vallen¹⁹³. Hierdoor vindt er een overlap plaats tussen het dividend- en het interestartikel. Het OESO-commentaar voorkomt deze overlap door aan te geven dat de mate waarin risico wordt gelopen van belang is voor het onderscheid tussen het dividend- en interestbegrip. Er is sprake van een dividenuitkering indien de winstafhankelijke vergoeding ziet op een geldverstrekking waarmee wordt gedeeld in het risico dat een lichaam loopt¹⁹⁴. Om overlap met het dividendartikel te voorkomen wordt in de bilaterale belastingverdragen die Nederland overeenkomt de volgende toevoeging opgenomen¹⁹⁵:

Deze uitdrukking omvat echter niet de inkomsten die in artikel 10 zijn behandeld.

In tegenstelling tot het dividendartikel wordt in het interestartikel op grond van het OESO-modelverdrag niet verwezen naar de nationale wetgeving voor de invulling van het interestbegrip. Hiervoor is gekozen omdat het interestbegrip reeds limitatief is opgesteld en hierdoor meer rechtszekerheid wordt geboden¹⁹⁶. Niettemin laat het OESO-commentaar de optie open om specifieke nationale regels op te nemen in de bilaterale belastingverdragen. Veel belastingverdragen die Nederland heeft gesloten zijn afwijkend van het OESO-modelverdrag. Deze belastingverdragen bevatten de volgende zinsnede¹⁹⁷:

*(...) alsmede alle andere inkomsten die door de belastingwetgeving van de Overeenkomstsluitende Staat waaruit de inkomsten afkomstig zijn, met inkomsten uit geldlening worden gelijkgesteld.*¹⁹⁸

¹⁹³ Overigens worden vergoedingen op winstdelende schuldvorderingen niet onder alle belastingverdragen opgenomen onder het interestbegrip. Hiervan is onder meer sprake in de belastingverdragen tussen Nederland en Duitsland (oud), Egypte, Estland, Filipijnen en Finland. In deze gevallen is het dividendartikel van toepassing.

¹⁹⁴ Art. 19 OESO-commentaar bij artikel 11 OESO-modelverdrag.

¹⁹⁵ Deze toevoeging is terug te vinden onder meer in de belastingverdragen tussen Nederland en Australië, Bangladesh, België, Canada, Indonesië, Italië, Japan en Noorwegen.

¹⁹⁶ Art. 21 OESO-commentaar bij artikel 11 OESO-modelverdrag.

¹⁹⁷ Ofwel een andere - inhoudelijk overeenkomende - formulering.

¹⁹⁸ Een dergelijke zinsnede is onder meer in de belastingverdragen tussen Nederland en Australië, Brazilië, Canada en Frankrijk opgenomen.

Op grond van deze aanvulling wordt eveneens onder het interestbegrip geschaard de inkomsten die op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit geldlening. Met deze aanvulling wordt bewerkstelligd dat vergoedingen op geldleningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen ook voor verdragstoepassing worden gezien als dividend, waardoor de nationaalrechtelijke kwalificatie doorwerkt in de verdragstoepassing.

Het OESO-commentaar vermeldt zowel bij het interestartikel als bij het dividendartikel dat van belang is of de geldverstrekker deelt in de risico's van de entiteit. Het interestartikel moet naar mijn mening worden gezien in samenhang met het dividendartikel, de bepalingen omtrent de kwalificatie van interest en dividend zijn de keerzijde van dezelfde medaille. Dit komt voort uit het OESO-commentaar, waarbij het onderscheid tussen de twee vergoedingen wordt gebaseerd op de risicodragendheid als onderscheidend kenmerk.

3.2.2.3 Het onderscheid tussen interest en vermogenswinst

Niet alleen ter zake van dividenden kan een overlap plaatsvinden met het vermogenswinstartikel. Ook interesten kunnen als het ware worden omgekat tot vermogenswinst. Hiervan is sprake indien een lening boven nominale waarde wordt afgelost. De derde volzin van paragraaf 31 van het OESO-commentaar voorziet in een onderscheid tussen interestartikel enerzijds en vermogenswinstartikel anderzijds:

The same interpretation may apply if bonds or debentures are redeemed by the debtor at a price which is higher than the par value or the value at which the bonds or debentures have been issued; in such a case, the difference may represent interest and, therefore, be subjected to a limited tax in the State of source of the interest in accordance with Article 11 (cf. also paragraphs 20 and 21 of the Commentary on Article 11).
[Onderstreping: SK]

De bovenstaande volzin ziet op een aflossing van een geldlening. Indien deze aflossing geschiedt boven nominale waarde dan is in eerste instantie sprake van vermogenswinst. Niettemin moet op basis van dit commentaar deze vermogenswinst worden aangemerkt als interest. Hierbij vindt een verwijzing plaats naar paragraaf 20 en 21 van het commentaar op het interestartikel.

Generally speaking, what constitutes interest yielded by a loan security, and may properly be taxed as such in the State of source, is all that the institution issuing the loan pays over and above the amount paid by the subscriber, that is to say, the interest accruing plus any premium paid at redemption or at issue.
[Onderstreping: SK]

Op grond van het voorgaande zou het omkatten van interest naar vermogenswinst een nutteloze exercitie zijn. De vraag is echter of de reikwijdte van het OESO-commentaar op dit punt dermate ruim is. Op grond van deze bepaling wordt het interestbegrip in verregaande mate uitgebreid ten opzichte van het vermogenswinstbegrip. Voorts volgt uit het commentaar dat de nationale wet

doorslaggevend is. Bovendien is de omschrijving van het interestbegrip limitatief geformuleerd. Naar het mij voorkomt zal dan ook niet snel worden toegekomen aan deze bepaling

3.2.3 Toerekening van de deelnemerschapslening

Hoewel de kwalificatie van de deelnemerschapslening voor toepassing van het verdrag duidelijk is voorzien de belastingverdragen ten aanzien van de deelnemerschapslening slechts in de voorkoming van dubbele heffing. Omdat belastingverdragen geen heffingsbevoegdheid creëren kunnen ze non-heffing niet voorkomen. Indien een staat op basis van nationale wetgeving geen heffingsbevoegdheid heeft dan kan deze heffingsbevoegdheid niet ontstaan wanneer een bilateraal verdrag wordt toegepast. In grensoverschrijdend gebruik van de deelnemerschapslening kunnen zich kortweg drie situaties voordoen. Ten eerste is het mogelijk dat de deelnemerschapslening zowel in de bronstaat als in de ontvangstaat kwalificeert als eigen vermogen¹⁹⁹. Ten tweede is het mogelijk dat de deelnemerschapslening in de bronstaat kwalificeert als eigen vermogen en in de ontvangstaat als vreemd vermogen. De omgekeerde situatie is de derde mogelijkheid, de geldverstrekking kwalificeert in de bronstaat als vreemd vermogen en in de ontvangstaat als eigen vermogen. In de volgende subparagrafen werk ik de gevolgen van deze drie situaties verder uit.

3.2.3.1 Gelijkluidende kwalificatie bron- en ontvangstaat.

Indien zowel de bron- als de ontvangstaat de geldverstrekking gelijkluidend kwalificeren dan ontstaat niet het probleem van dubbele belastingheffing als gevolg van verdragstoepassing. De verdeling van de heffingsbevoegdheid vindt in dit geval plaats aan de hand van de kwalificatie van de bronstaat. Hierbij wordt het dividend- of interestartikel toegepast, afhankelijk van de vraag of de geldverstrekking als eigen of als vreemd vermogen kwalificeert. De heffingsbevoegdheid wordt evenwichtig verdeeld tussen de staten en de juridisch dubbele heffing wordt in zijn geheel of ten dele voorkomen, afhankelijk van de wijze waarop de voorkoming wordt verleend.

Deze situatie kan evenwel leiden tot economisch dubbele belastingheffing. Hiervan is sprake in de volgende situatie. Bij de winstbepaling van de dochter is het dividend niet aftrekbaar waarna een bronheffing wordt opgelegd in de bronstaat. Voorts vindt bij ontvangst van het dividend toepassing van de deelnemingsvrijstelling plaats. Hierbij wordt dezelfde winst tweemaal belast en slechts eenmaal vrijgesteld. Bovendien kan door deze objectieve vrijstelling geen verdragstoepassing plaatsvinden.

3.2.3.2 Ongelijke kwalificatie, bronstaat hanteert eigen vermogen

Indien de ontvangstaat een geldverstrekking kwalificeert als vreemd vermogen en de bronstaat kwalificeert de geldverstrekking als eigen vermogen dan kan hierdoor dubbele heffing ontstaan. Dit is

¹⁹⁹ Overigens dient de geldverstrekking op grond van artt. 10 lid 4 en 11 lid 4 OESO-modelverdrag te worden toegerekend aan een vaste inrichting indien deze is gelegen in de bronstaat en de geldverstrekking toerekenbaar is aan deze vaste inrichting. Als gevolg van deze toerekening kan een verschil in kwalificatie tussen bronstaat en ontvangstaat in eerste instantie niet leiden tot een dubbele (non-)heffing.

het geval indien de vergoeding wordt gezien als een niet aftrekbare dividenduitkering in de bronstaat en de ontvangst in de ontvangststaat als belaste rentebate wordt beschouwd. Beide staten hebben op grond van nationale wetgeving heffingsbevoegdheid. Indien sprake is van een deelnemerschapslening dan wordt op grond van art. 25 OESO-commentaar het dividendbegrip gehanteerd. Als gevolg van deze kwalificatie is het dividendartikel van toepassing, de ontvangststaat is volledig heffingsbevoegd en de bronstaat kan slechts beperkt heffen over de vergoeding.

Wanneer twee staten een niet-OESO conform verdrag hebben gesloten en de deelnemerschapslening, op grond van dit afwijkende verdrag, kwalificeert als vreemd vermogen dan vindt toepassing van het interestartikel plaats. Ook in dit geval is de ontvangststaat volledig heffingsbevoegd en kan de bronstaat slechts beperkt heffen over de vergoeding. In deze situatie leidt het gebruik van de deelnemerschapslening eveneens niet tot dubbele heffing dan wel tot non-heffing. Hoewel sprake is van een *mismatch* vallen de vergoedingen op vermogensbestanddelen niet tussen wal en schip en wordt dubbele heffing voorkomen als gevolg van verdragstoepassing.

Een ongelijke kwalificatie waarbij de bronstaat de geldverstrekking kwalificeert als eigen vermogen kan leiden tot economisch dubbele belastingheffing als gevolg van de andersluidende kwalificatie in de ontvangststaat. Hiervan is sprake in de volgende situatie. Bij de winstbepaling in de bronstaat is het dividend niet aftrekbaar. Voorts is de ontvangst niet vrijgesteld omdat deze ontvangst door de ontvangststaat wordt gezien als belaste interestbate. Deze economisch dubbele belastingheffing wordt ondanks verdragstoepassing niet voorkomen.

3.2.3.3 Ongelijke kwalificatie, bronstaat hanteert vreemd vermogen

Indien Nederland als ontvangststaat een geldverstrekking kwalificeert als eigen vermogen en de bronstaat hanteert een vreemd vermogensbegrip dan kan dit leiden tot non-heffing. In deze situatie vindt in de bronstaat een aftrek van rentekosten plaats, in de ontvangststaat wordt de bate echter niet belast, omdat toepassing van deelnemingsvrijstelling plaatsvindt. De deelnemingsvrijstelling als zijnde objectvrijstelling zorgt er voor dat de ontvangststaat geen gebruik maakt van zijn heffingsbevoegdheid. Omdat op grond van nationale bepalingen van de ontvangststaat geen sprake is van heffingsbevoegdheid, leidt verdragstoepassing niet tot belastingvermindering.

Als gevolg van de combinatie van een kwalificatieverschil en een gebrek aan heffingsbevoegdheid is sprake van een *mismatch* die niet kan worden opgelost in het verdrag. Om dit te voorkomen moeten in de nationale wetgeving bepalingen zijn opgenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de anti-misbruikbepaling van Spanje, waarbij een aftrek wordt geweigerd indien in het buitenland de bate niet is belast. Deze bepaling voorziet in een eenzijdige voorkoming van non-heffing. De systematiek zoals in Nederland werd gehanteerd in de periode 2002-2007, waarbij de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was indien de bate in het buitenland aftrekbaar was, voorziet eveneens in een voorkoming van non-heffing. Het verschil tussen deze twee systemen is de wijze waarop de *mismatch* wordt

voorkomen. In het systeem van Spanje wordt op eenzijdige wijze voorkomen dat non-heffing plaatsvindt door de vergoeding van aftrek uit te sluiten bij de geldnemer. Het voormalige systeem van Nederland werkt echter bij de geldverstrekker, hier wordt heffingsbevoegdheid gecreëerd over de ontvangst van de vergoeding.

Slechts indien sprake is van heffingsbevoegdheid op grond van nationale wetgeving dan kan een verdrag worden toegepast. Indien heffingsbevoegdheid ontbreekt op grond van nationale wetgeving dan kan deze heffingsbevoegdheid niet ontstaan op grond van verdragstoepassing. Belastingverdragen beogen dubbele belasting te vermijden en het ontgaan van belasting te voorkomen. Wanneer echter sprake is van een *mismatch* in de kwalificatie dan slaagt een verdrag slechts in haar eerste doelstelling, dubbele heffing wordt vermeden. De tweede doelstelling, zijnde het voorkomen van ontgaan van belasting, wordt slechts behaald indien in de nationale wetgeving anti-misbruikmaatregelen of anti-ontgaansbepalingen zijn opgenomen. Naar mijn mening kunnen belastingverdragen, zelfstandig bezien, nooit slagen in deze doelstelling wanneer sprake is van een kwalificatie-*mismatch* waarbij zowel de bronstaat als de ontvangstaat geen heffingsbevoegdheid heeft. In navolging van *Marres* acht ik het dan ook terecht dat de effectiviteit van grondslagverschuiving afhankelijk is van de mate waarin bronheffingen kunnen worden vermeden²⁰⁰.

3.3 Europeesrechtelijke bepalingen

In Europees verband zijn er twee richtlijnen die van belang kunnen zijn in de behandeling van de deelnemerschapslening, namelijk de Moeder-dochterrichtlijn²⁰¹ (Hierna: MD-Richtlijn) en de Interest- en royaltyrichtlijn²⁰² (Hierna: IR-Richtlijn). Grensoverschrijdende samenwerking van vennootschappen binnen de grenzen van de Europese Unie dient niet belemmerd te worden. Deze richtlijnen voorzien in een goede werking van de interne markt van de Europese Unie door fiscale belemmeringen op grensoverschrijdende betalingen van dividend, interest en royalty's weg te nemen. Dit gebeurt door, kortweg, geen bronbelasting in te houden in gelieerde verhoudingen. In het kader van de deelnemerschapslening is het van belang op welke wijze de uitdelingen kwalificeren. De vergoeding op de geldverstrekking kwalificeert ofwel als interest met als gevolg dat de IR-Richtlijn van toepassing is, ofwel er is sprake van een dividend waarop de MD-richtlijn moet worden toegepast.

3.3.1 Moeder-dochterrichtlijn

De MD-Richtlijn voorziet in de vrijstelling van bronbelasting van dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen en verzorgt eliminatie van dubbele belastingheffing van

²⁰⁰ O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NtFR* 2013/1779.

²⁰¹ Richtlijn van 30 november 2011, nr. 2011/96/EU, PbEU 2011, nr. L 345. Oorspronkelijk Richtlijn van 23 juli 1990, nr. 90/435/EEG, PbEG 1990, nr. L 225, zoals gewijzigd bij Richtlijn van 22 december 2003, nr. 2003/123/EG, PbEG 2004, nr. L 7.

²⁰² Richtlijn van 3 juni 2003, nr. 2003/49/EG, PbEG 2003, nr. L 157.

zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij. Voor de hoedanigheid van moedermaatschappij is het van belang dat er sprake is van een bezit van ten minste 10% van het kapitaal van een vennootschap, eventueel via een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting.²⁰³ Art. 4 MD-Richtlijn voorziet in een vrijstelling of verrekening van belasting over de winst die is ontvangen op grond van deelgerechtigdheid in een dochteronderneming. Op grond van artikel 5 MD-Richtlijn worden de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst vrijgesteld van bronbelasting. De definitie van bronbelasting moet breed worden geïnterpreteerd.

De MD-Richtlijn ziet op de voorkoming van dubbele belasting op uitkeringen van winst en dividenden. Wat onder uitkeringen van winst dient te worden verstaan, is echter niet gedefinieerd in deze richtlijn. De vraag is dan ook of de vergoeding op de deelnemerschapslening kan worden gezien als een uitdeling van winst, ofwel dat de vergoeding moet worden beschouwd als rentebetaling. In de begripsbepaling van winstuitdelingen kunnen verschillende zienswijze worden gehanteerd. *Kormelink en Smit* onderscheiden een nationale en een communautaire invulling²⁰⁴. Zij zijn van mening dat de communautaire invulling prevaleert omdat hierdoor de werking van de MD-Richtlijn minder gemakkelijk kan worden gefrustreerd. *Terra en Wattel* zijn van mening dat een materiële benadering moet worden gehanteerd, waaronder dient te worden verstaan elke vermogensverschuiving van de moeder naar de dochter die ten koste gaat van het economisch potentieel van de dochter en verband houdt met het aandelenbezit²⁰⁵. Naar het mij voorkomt sluiten de zienswijze van deze auteurs elkaar niet uit en dient een materiële communautaire benadering worden gekozen in de kwalificatie van de vergoeding. Vanuit dit oogpunt dient te vergoeding op een deelnemerschapslening dan ook te worden gezien als een uitdeling van winst. *Vleggeert* is van mening dat het begrip uitdeling van winst moet worden beschouwd aan de hand van de wetgeving van de bronstaat²⁰⁶. Vanuit de omschrijving van het begrip dividenden uit het OESO-modelverdrag volgt dat de omschrijving afhankelijk is van de bronstaat²⁰⁷. Indien de bronstaat de vergoeding op de deelnemerschapslening ziet als vreemd vermogen dan kan naar zijn mening de MD-Richtlijn niet van toepassing zijn. De Commissie stelt zich echter niet op dit standpunt. Zij is van mening dat de MD-Richtlijn ook van toepassing kan zijn indien in de bronstaat de winstuitdeling wordt gekwalificeerd als interest. Naar het mij voorkomt is de materiele communautaire benadering, die volgens *Terra en Wattel* en *Kormelink en Smit* moet worden gehanteerd, leidend voor de toepassing van de MD-Richtlijn.

²⁰³ Ex art. 3 MD-Richtlijn.

²⁰⁴ M.A. Kormelink en D.S. Smit, 'De deelnemerschapslening en de deelnemingsvrijstelling: beschouwing naar aanleiding van HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82 (prêt participatif)', *WFR* 2006/1337.

²⁰⁵ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (FED fiscale studiereserie nr. 29), Deventer: Kluwer 2012, p. 321.

²⁰⁶ J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches[sic]', *WFR* 2013/1426

²⁰⁷ Daarbij tekent hij aan dat de meeste lidstaten van de EU lid zijn van de OESO. Hiermee is de interpretatie van het OESO-modelverdrag van groot belang voor de begripsinterpretatie binnen de EU.

Naast de kwalificatie van de vergoeding speelt ook het aandelenbezit een belangrijke rol. Waar bij de toepassing van de deelnemerschapslening al sprake is van een kwalificerend aandelenbezit bij 5% van het nominaal gestort aandelenkapitaal hanteert de MD-Richtlijn de eis dat het bezit in het kapitaal van de dochter ten minste 10% moet zijn²⁰⁸. Hiermee is de MD-Richtlijn in het bereik beperkter dan de deelnemingsvrijstelling. Hierop komt de vraag op of de deelnemerschapslening kan worden meegesleept onder het aandelenbezit dan wel of de deelnemerschapslening *an sich* onder dit aandelenkapitaal kan worden geschaard. *Kormelink en Smit* geven aan dat er geen duidelijke criteria zijn waarop kan worden bepaald of een winstdelende lening onder het bereik van de MD-Richtlijn valt. De gemeenschapsrechter zal hierover duidelijkheid moeten scheppen. Ik ben echter van mening dat de hiervoor geschetste vragen kunnen worden beantwoord. Op grond van de materiele benadering die *Terra en Wattel* hanteren, zou de eerste vraag bevestigend moeten worden beantwoord. Alle vermogensverschuivingen die verband houden met het aandelenbezit kunnen onder de uitdeling van winst worden betrokken. Hierbij zij aangetekend dat sprake moet zijn van een kwalificerend belang. De tweede vraag zou echter ontkennend moeten worden beantwoord, omdat geen sprake is van aandelenbezit valt de vergoeding op de deelnemerschapslening *an sich* niet onder het bereik van de MD-Richtlijn.

3.3.2 Interest- en royaltyrichtlijn

De IR-Richtlijn voorziet in de voorkoming van dubbele belasting over de grensoverschrijdende betaling van interest. Uitkeringen van interest of royalty's worden op grond van deze richtlijn vrijgesteld van belastingheffing in de bronstaat indien de entiteit in de ontvangende staat middellijk of onmiddellijk een belang heeft van 25% in het kapitaal van de onderneming en uiteindelijk gerechtigde is tot de uitkeringen. In art. 2 onderdeel a IR-Richtlijn is een definitie opgenomen van interest:

"interest": inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard dan ook, al dan niet verzekerd door hypotheek en al dan niet aanspraak gevend op een aandeel in de winst van de schuldenaar, en in het bijzonder inkomsten uit leningen en inkomsten uit obligaties of schuldbewijzen, daaronder begrepen de aan zodanige leningen, obligaties of schuldbewijzen verbonden premies en prijzen. In rekening gebrachte boete voor te late betaling wordt niet als interest aangemerkt;

Op grond van deze definitie kunnen winstdelende schuldvorderingen onder de IR-Richtlijn worden geschaard. De vraag komt op of vergoedingen op de deelnemerschapslening onder het bereik van de IR-Richtlijn vallen. Art. 4 IR-Richtlijn noemt uitzonderingen op grond waarvan de bronstaat de voordelen van de richtlijn niet hoeft toe te kennen. Hiervan is sprake indien (1) de bronstaat de uitkeringen als kapitaal behandelt, (2) de schuldvorderingen recht geven om deel te nemen in de winst, (3) de interestrechten kunnen worden geruild voor winstrechten en (4) de terugbetaling van de

²⁰⁸ Ex art. 3 MD-Richtlijn

hoofdsom meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum ligt. Op grond van art. 4 lid 2 IR-Richtlijn zijn de voordelen van de richtlijn eveneens niet van toepassing indien sprake is van een verrekenprijns probleem. Bovendien ziet deze bepaling op vergoedingen die in aftrek zijn beperkt op grond van nationale *thin capitalisation* bepalingen en op bepalingen waarbij de geldverstrekking fiscaal gezien anders wordt gekwalificeerd dan civielrechtelijk of waarbij een lidstaat herkwalificatie toepast²⁰⁹. Van een verrekenprijnsprobleem is kortweg sprake indien renteaftspraken tussen onafhankelijke partijen niet zouden worden overeengekomen. Van *thin capitalisation* is sprake indien een bovenmatig gedeelte van de rentevergoeding in aftrek wordt beperkt of zelfs wordt geweigerd indien belastingplichtigen zijn gefinancierd met overmatig veel vreemd vermogen. Daarbij ziet art. 4 lid 2 IR-Richtlijn op de inkomsten uit geldverstrekingen die op grond van een andersluidende kwalificatie worden beschouwd als winstuitdeling, hierop dient de MD-richtlijn te worden toegepast.

3.3.3 De grens tussen de IR-Richtlijn en de MD-Richtlijn

3.3.3.1 Dubbele (non-)heffing door kwalificatieverschillen

Indien de bronstaat ten aanzien van de vergoeding op een geldverstrekking de kwalificatie van dividend aanhoudt, op grond van een zelfstandige fiscale kwalificatie of een *thin-capitalisation* bepaling, en de ontvangststaat ziet dezelfde vergoeding als interest dan ontstaat een *mismatch*. Toepassing van de richtlijnen kan in een dergelijke situatie als gevolg hebben dat de uitkering bij de dochtervennootschap niet aftrekbaar is en de ontvangst bij de moedervennootschap wel is belast. In dit geval ontstaat een dubbele heffing. Door de afwijkende kwalificatie in beide lidstaten valt de vergoeding buiten het bereik van de richtlijnen. Een omgekeerde situatie is ook mogelijk. De bronstaat ziet de vergoeding als een interestvergoeding en de ontvangststaat ziet de vergoeding als een dividendontvangst. Hierop zou non-heffing kunnen ontstaan indien de bepalingen van zowel de IR-Richtlijn en de MD-Richtlijn van toepassing zijn.

Het is echter de vraag of een kwalificatieprobleem van lidstaten doorwerkt naar de richtlijnen. Indien de kwalificatie van lidstaten niet doorwerkt dan zou sprake zijn van een kwalificatie die geheel zelfstandig op communautair niveau plaatsvindt. A-G Mischo heeft zich in een conclusie inzake Lankhorst-Hohorst uitgelaten over een Duitse *thin-capitalisation* bepaling²¹⁰. In deze conclusie toetste de advocaat-generaal deze Duitse bepaling aan de MD-Richtlijn, op grond van de bepaling vond namelijk een herkwalificatie naar dividend plaats. Er was echter naar mening van de Duitse regering sprake van een winstbelasting en geen bronbelasting, waardoor geen sprake zou kunnen zijn van een bronbelasting en de richtlijn niet van toepassing kan zijn. Op grond van het uitgangspunt van de advocaat-generaal dat kon worden getoetst aan de MD-Richtlijn zou de Duitse *thin-capitalisation* bepaling strijdig zijn met deze richtlijn. *Weber* geeft aan dat geen sprake is van 'uitkering van winst',

²⁰⁹ Rapport van de Commissie COM (2009) 179.

²¹⁰ Conclusie A-G HvJ Mischo, 26 september 2002.

ongeacht de herkwalificatie op niveau van de lidstaat²¹¹. Naar zijn mening is de MD-Richtlijn niet van toepassing, slechts de IR-Richtlijn kan worden toegepast. Vanuit de benadering dat ‘uitdelingen van winst’ moeten worden gezien op materiële communautaire basis kan een lening die op basis van een materiele benadering wordt gekwalificeerd als eigen vermogen onder toepassing van de MD-Richtlijn vallen. Dit is echter naar mijn mening slechts het geval indien dit volgt uit de communautaire benadering van het begrip en niet zozeer indien dit volgt uit de nationale benadering die de lidstaten hanteren.

3.3.3.2 *Ontwikkeling van de richtlijnen*

De vraag is of de MD-Richtlijn en de IR-Richtlijn wederzijds uitsluitend zijn. Indien op grond van de kwalificatie van de bronstaat de IR-Richtlijn van toepassing is, kan de MD-Richtlijn dan nog van toepassing zijn op de ontvangst van de vergoeding in de ontvangstaat, en vice versa. Met de ontwikkeling van de IR-Richtlijn werd beoogd vergoedingen om op leningen die werden behandeld als eigen vermogen de MD-Richtlijn toe te passen, een dergelijke bepaling was opgenomen in de concept-IR-Richtlijn maar deze bepaling is echter niet meer opgenomen in de uiteindelijke tekst van de IR-Richtlijn²¹². Indien een dergelijke bepaling zou zijn opgenomen dan was de dubbele heffing zoals geschetst in de inleiding van deze paragraaf niet zijn ontstaan, maar heeft wel een wederzijdse erkenning van kwalificatiesystematiek tot gevolg.

De IR-Richtlijn en de MD-Richtlijn kunnen ook gelijktijdig van toepassing zijn op eenzelfde vergoeding. Na invoering van de IR-Richtlijn in 2003 heeft de Europese Commissie een antimisbruik bepaling voorgesteld in de IR-Richtlijn²¹³. Hiermee zou moeten worden gewaarborgd dat uitkeringen van interest op zijn minst eenmaal in de heffing worden betrokken. Op grond van deze bepaling zouden de voordelen van de IR-Richtlijn voorwaardelijk zijn van de fiscale behandeling van de andere lidstaat. Slechts indien in de andere lidstaat geen objectieve vrijstelling wordt verleend kunnen de voordelen van de richtlijn worden toegekend. In deze situatie moet de ontvangst van de vergoeding in de andere lidstaat effectief worden belast. Deze bepaling niet is terug te vinden in de IR-Richtlijn. Een bepaling op grond waarvan de voordelen van de MD-Richtlijn afhankelijk zijn van de behandeling in de bronstaat, is evenwel voorgesteld door de Commissie. Deze bepaling bespreek ik in hoofdstuk 4.

3.3.3.3 *De deelnemerschapslening in het kader van de richtlijnen*

In de ontwikkeling van de deelnemerschapslening is in *BNB* 2006/82 een specifieke looptijd vastgelegd, indien de looptijd meer dan 50 jaar zou omvatten dan komt volgens de Hoge Raad aan deze looptijdeis geen zelfstandige betekenis meer toe. *Kormelink en Smit* zijn van mening aan dat dit

²¹¹ D.M. Weber, ‘Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen?’, *WFR* 2003/315.

²¹² L.A. Geelhoed, F. Vanistendael en P.J. Wattel, *De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap (no. 230), p. 15.

²¹³ COM (2003)841.

oordeel mogelijk volgt uit de IR-Richtlijn. Vanuit deze gedachte heeft de Hoge Raad in de hoedanigheid als medewetgever mogelijk beoogd een overlap tussen de MD-Richtlijn en de IR-Richtlijn te voorkomen. Overlap tussen de MD-Richtlijn en de IR-Richtlijn wordt echter reeds voorkomen door voornoemde uitzonderingen in art. 4 IR-Richtlijn.

Daarbij kan de zienswijze worden gehanteerd dat de IR-Richtlijn niet van toepassing is omdat de nationale regels die aftrek van rente op de deelnemerschapslening beperken voortkomen uit de vennootschapsbelasting, waaronder een belasting wordt geheven ter zake van de winst en niet van de rente.

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de tweede deelvraag van deze scriptie: *Hoe wordt de deelnemerschapslening in grensoverschrijdende situaties fiscaal behandeld?* Daarbij heb ik de wijze waarop de geldverstrekking kwalificeert in Australië, Denemarken, Spanje en de VS geïllustreerd. Voorts ben ik ingegaan op de *mismatches* die ontstaan als gevolg van een andersluidende kwalificatie in deze landen. De *mismatches* ontstaan met name in het grijze gebied. Vanwege de concrete formulering van de voorwaarde waarop sprake is van een deelnemerschapslening hebben belastingplichtigen de mogelijkheid om hierop in te spelen.

Het OESO-modelverdrag voorziet in een begripsomschrijving van dividend en interest. Hiermee wordt voorbij gegaan aan de kwalificatie van vermogen. Voor de vraag of sprake is van dividend of interest is een materiele toets aangelegd. Het dividendbegrip is ruim geformuleerd. Niettemin worden schuldvorderingen expliciet uitgesloten onder dit begrip. Wanneer echter sprake is van rente op een risicodragende lening dan dient deze rente, op grond van het OESO-commentaar, te worden gekwalificeerd onder het dividendartikel. Het OESO-commentaar hanteert een aantal criteria op grond waarvan sprake is van een risicodragende lening. Winstdelendheid, achtergesteldheid en geen vaste looptijd zijn drie van deze criteria. Op grond van deze criteria dient de deelnemerschapslening reeds onder het dividendartikel te worden vallen. Niettemin tracht Nederland in de bilaterale belastingverdragen op te nemen dat inkomsten uit de deelnemerschapslening onder het dividendartikel vallen. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de inkomsten uit de deelnemerschapslening worden behandeld in overeenstemming met de Nederlandse kwalificatie.

Indien de deelnemerschapslening reeds onder het dividendbegrip wordt begrepen dan kan het interestartikel niet meer van toepassing zijn. Niettemin kunnen de inkomsten uit de deelnemerschapslening ook onder het interestbegrip worden begrepen. Het interestartikel is eveneens breed geformuleerd. Hieronder vallen inkomsten uit schuldvorderingen die winstdelend zijn. De deelnemerschapslening valt mogelijk onder dit begrip indien ze alsnog niet wordt geacht te voldoen aan voorgenoemde criteria waardoor dat de lening niet risicodragend wordt geacht.

Met de bespreking van het Europese kader ben ik ingegaan op de IR-Richtlijn en de MD-Richtlijn. Op grond van een materiele communautaire benadering dient de vergoeding op de deelnemerschapslening te worden vrijgesteld. Vooraleer echter sprake kan zijn van een vrijgestelde bate dient de groepscrediteur een kwalificerend belang te hebben in de debiteur. Op grond van de definitie van de IR-Richtlijn zouden de inkomsten uit de deelnemerschapslening onder het bereik van deze richtlijn kunnen vallen. Overlap tussen deze richtlijnen wordt echter voorkomen door een bepaling in de IR-Richtlijn. Indien de inkomsten uit een geldverstrekking worden beschouwd als winstuitdeling dient de MD-Richtlijn te worden toegepast.

Als gevolg van de differentiële behandeling van vermogen kunnen mismatches ontstaan. Wanneer deze mismatches leiden tot non-heffing dan worden deze niet weggenomen met de bilaterale belastingverdragen. Bovendien kan de MD-Richtlijn ertoe leiden dat de een vrijstelling op het niveau van de groepscrediteur verplicht is, zelfs indien op het niveau van de debiteur sprake is van vreemd vermogen. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de wijze waarop nationale en internationale organen hier tegenaan kijken.

De strijd tegen belastingontwijking

4.1 Inleiding

In de inleiding van deze scriptie werd al kort de stand van zaken geschetst omtrent de internationale strijd tegen belastingconcurrentie tussen landen. Het *level playing field* van landen staat onder druk als gevolg van de mogelijkheid om, door toepassing van *mismatches*, een zo laag mogelijke wereldwijde belastingdruk te creëren. Om deze problematiek aan te pakken zijn diverse rapporten gepubliceerd, waaronder de rapporten van de OESO, het *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: BEPS) rapport in februari 2013 en het *Action Plan on BEPS* in augustus 2013²¹⁴. Ook op het niveau van de Europese Unie (hierna: EU) wordt er werk verricht om het fiscale beleid beter te coördineren. De Europese Commissie (hierna: EC) heeft in december 2012 een Actieplan gepresenteerd ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking. Opvallend in de huidige ontwikkelingen is dat zowel de Europese Unie, de OESO als de G20 betrokken zijn in de discussie rondom de fiscale problematiek. In de inleiding gaf ik aan dat deze internationale ontwikkelingen mogelijk tot gevolg hebben dat belastingverdragen moeten worden aangescherpt en dat antimisbruik maatregelen moeten worden geïmplementeerd. Daarbij leiden de ontwikkelingen mogelijk tot een aanpassing van het Nederlandse systeem en de wijze waarop dit systeem internationaal gezien functioneert. Deze en andere mogelijke gevolgen worden in dit hoofdstuk nader besproken. De deelvraag die hierbij centraal staat luidt als volgt: *Hoe ontwikkelt de problematiek omtrent mismatches zich in internationaal opzicht?* Van het voornaamste belang hierbij is de wijze waarop de beleidsmatige standpunten zich ontwikkelen in de G20, de OESO, de EC, en - niet onbelangrijk - Nederland. Ik ga in dit hoofdstuk dan ook in op de internationale problematiek en de standpunten van de belanghebbende organisaties. Hierbij schets ik eerst een algemeen kader van de rapporten. Daarna richt ik mij op de implicaties voor *mismatches* met hybride geldverstrekkingen.

4.2 De OESO en G20

4.2.1 Van voorkoming van dubbele heffing naar BEPS

Voordat bovengenoemde rapporten verschenen, stond grondslagerosie en agressieve belastingplanning reeds ter discussie binnen de OESO. Het begin van de discussie rondom grondslagerosie richtte zich met name op het onderkennen van problematiek en de ontwikkeling van een begrippenkader²¹⁵. In een rapport van de OESO uit 2010 wordt reeds gesignaleerd dat als gevolg van een verschil in wetgeving meerdere keren een verlies of rentekosten in aftrek kon worden

²¹⁴ OESO, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Paris, 19 juli 2013.

²¹⁵ Zie bijvoorbeeld de ontwikkeling van het begrip *tax haven* in OESO, International tax avoidance and evasion. Four related studies (no.1), Parijs: OESO 1987; en OESO, Harmful tax competition. An emerging global issue.

gebracht door middel van hybride financiële instrumenten²¹⁶. In 2011 publiceerde de OESO een rapport over agressieve planning door middel van verliesverrekening²¹⁷. Financiële instrumenten staan in dit rapport centraal als een van de kernpunten waarmee op agressieve manier belastingplanning kan worden bewerkstelligd, naast reorganisaties en onderlinge verrekenprijzen. In maart 2012 verscheen een rapport over hybride *mismatches*²¹⁸. In dit rapport worden de meest voorkomende structuren geschetst waarbij gebruik kan worden gemaakt van *mismatches*. Te denken valt aan *mismatches* met hybride entiteiten, met *dual-residence* entiteiten, hybride instrumenten en hybride transfers²¹⁹. Daarbij wordt in dit rapport ingegaan op de problematiek en oplossingen voor te voeren beleid. Met dit werk worden handvaten geboden voor belastingautoriteiten om beter te kunnen reageren op risico's en om het gebruik van agressieve planning te identificeren en deze kennis met andere landen te delen. Na het rapport over hybride *mismatches* werd op verzoek van de G20 een project gestart door de OESO inzake BEPS. De slotzin van een persverklaring van de G20 geeft het belang van dit project treffend weer:

"...We reiterate the need to prevent base erosion and profit shifting and we will follow with attention the ongoing work of the OECD in this area" ²²⁰

Waar de eerdere ontwikkeling binnen de OESO zich met name richtten op de voorkoming van dubbele heffing - hetgeen met name werd opgelost door ontwikkeling van verdragsbepalingen waarin de verdeling van heffingsbevoegdheid werd vastgelegd - richt het werk van de laatste jaren zich meer op de voorkoming van non-heffing. In het recentere werk staat winstverschuiving en de grondslagerosie (Base Erosion and Profit Shifting, hierna: BEPS) dan ook centraal.

4.2.2 BEPS en Action Plan on BEPS

Het BEPS-rapport betreft een beschrijving en een overzicht van de grondslagerosie en winstverschuiving. Het tracht een volledig beeld weer te geven van de problematiek die speelt door een objectieve en volledige beschrijving van de grootte en de technieken waarop grondslagerosie en winstverschuiving plaatsvindt. Dit wordt gedaan door een weergave van kwantitatieve analyses en door een schets van de ontwikkelingen die hebben geleid tot de BEPS-problematiek. Daarbij wordt aangegeven wat voor principes ten grondslag liggen aan de regelgeving en in hoeverre de toepassing leidt tot BEPS. Het rapport is zeer beschrijvend van aard en biedt geen concrete oplossingen voor de problematiek. In het rapport wordt evenwel een klein deel gewijd aan *mismatches* die ontstaan als gevolg van de soevereiniteit van lidstaten in het ontwikkelen van een belastingstelsel. Hoewel het hierbij niet duidelijk is welk land welk gedeelte aan belastingopbrengsten heeft verloren, is het

²¹⁶ OESO, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* (2010), p. 7.

²¹⁷ OESO, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, (2011).

²¹⁸ OESO, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012).

²¹⁹ OESO, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012), p. 7.

²²⁰ Communiqué van de G20 Leaders Declaration van 19 juni 2012, Los Cabos, Mexico.

duidelijk dat het collectief aan landen belastinginkomsten misloopt²²¹. Het BEPS-rapport erkent *mismatches* die ontstaan als gevolg van financiering met financiële instrumenten die kenmerken worden toegedicht van zowel eigen als vreemd vermogen²²². Deze hybride *mismatches* staan dan ook bovenaan de lijst van *key pressure areas*^{223,224}. Een daadwerkelijke aanpak van de OESO op dit front zal niet lang op zich laten wachten²²⁵.

Kort na het verschijnen van het BEPS-rapport werd het *Action Plan on BEPS* gepresenteerd. In dit plan wordt weergegeven welke acties moeten worden genomen om grondslagerosie en winstverschuiving aan te pakken. In dit *Action Plan* wordt meer concreet ingegaan op het tijdpad wat de OESO hierbij voor ogen heeft en de methodologie die hierbij moet worden gehanteerd. Drie belangrijke aspecten hierbij zijn coherentie, *substance* en transparantie. De aanpassing van *substance* eisen ziet met name op de waarborging dat belastingen worden geheven daar waar daadwerkelijk het inkomen wordt gegenereerd. Het transparantie aspect betreft de informatie-uitwisseling. Dit omvat zowel informatie van belastingplichtigen omtrent hun fiscale planning alsmede de informatieverstrekking vanuit de overheid ten behoeve van zekerheid en voorspelbaarheid over de fiscale positie van belastingplichtigen. Het eerstgenoemde aspect, de coherentie, ziet op de onderlinge samenhang van belastingen op lichamen op internationaal niveau en is voor deze scriptie zeer relevant. Grondslagerosie en winstverschuiving kan ontstaan door mazen in wetten, als gevolg van tekorten, door fricties en vanuit *mismatches* tussen wetgeving van staten. Het *Action Plan* erkent dat de huidige bilaterale belastingverdragen en OESO-standaarden hier over het algemeen niet in voorzien en dat de bestaande standaard moet worden aangevuld om geen- of lage belastingheffing over inkomensgenererende activiteiten te voorkomen. Dit aspect van coherentie heeft betrekking op de taak van overheden om meer samen te werken in de strijd tegen schadelijke belastingactiviteiten en agressieve belastingplanning. De coherentie en de oplossingen die hierbij worden aangedragen met betrekking tot hybride *mismatches*, zowel uit het *Action Plan* alsmede uit de eerder verschenen rapporten, belicht ik in de volgende paragraaf.

²²¹ OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013), p. 39.

²²² OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013), p. 40.

²²³ In deze lijst wordt onder hybride *mismatches* verstaan de *mismatches* met entiteiten, alsmede met vermogensinstrumenten; OESO, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013), p. 47.

²²⁴ A.C.G.A.C. de Graaf vermoed aan dat de kennis uit het OESO-rapport inzake Hybrid Mismatch Arrangements mogelijk aanleiding is geweest om het neutraliseren van de effecten als een van de belangrijkste, zo niet belangrijkste aandachtsgebieden te beschouwen in het BEPS-rapport. In A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

²²⁵ Het resultaat dat de OESO op dit punt voorstaat is ambitieus te noemen. De staatssecretaris neemt het standpunt in dat de vraagstukken slechts internationaal kunnen worden opgelost. Daadwerkelijke implementatie van de oplossingen vereisen grote politieke druk. Het is dan ook nog maar de vraag of ongewenste belastingplanning volledig zal worden uitgebannen. Zie hieromtrent O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NTFR* 2013/1779 en Redactie Vakstudie Nieuws, 'Maatregelen tegen internationale belastingontwijking', *V-N* 2013/47.1.

4.2.3 Oplossingsrichtingen in de OESO-rapporten

4.2.3.1 Overzicht van oplossingen

Zowel in het *Action Plan* als in eerder verschenen rapporten zijn verscheidene oplossingen aangedragen om een eind te maken aan - danwel de effecten te neutraliseren van - hybride *mismatches*. Waar het BEPS-rapport beschouwend en signalerend van aard is, vinden we in het voorafgaande en opvolgende rapport meer concrete oplossingen om de problematiek aan te pakken. In het OESO-rapport ‘Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues’ (Hierna: HMA-rapport) worden reeds diverse oplossingen aangedragen om het gebruik van *mismatches* te elimineren²²⁶. Deze oplossingen laten zich in vier verschillende categorieën plaatsen:

1. **Harmonisation of domestic laws.** Door middel van harmonisatie van nationale wetgeving in de behandeling van instrumenten kunnen hybride *mismatches* volledig worden geëlimineerd. Hoewel deze oplossing de geschetste problematiek volledig zou elimineren, kan dit volgens het rapport niet haalbaar worden geacht. Deze oplossing is slechts theoretisch en wordt in het rapport gepresenteerd ten behoeve van compleetheid.
2. **General anti-avoidance rules.** Misbruik van recht, het nietig verklaren van rechtshandelingen en het eisen van *substance* zijn voorbeelden van algemene bepalingen waarmee *mismatches* zouden kunnen worden aangepakt. Toepassing hiervan wordt echter bemoeilijkt, omdat er een direct verband moet zijn tussen de transactie en het vermijden van de belasting in een specifieke jurisdictie. Deze maatregelen zijn te generiek van aard waardoor ze niet in alle gevallen toepasbaar zijn²²⁷.
3. **Specific anti-avoidance rules.** Deze bepalingen richten zich op de weigering van aftrek van een uitgave indien de corresponderende ontvangst in het buitenland niet of niet voldoende wordt belast. Hieronder valt ook de weigering van een aftrek indien het voornaamste doel van een uitgave het verkrijgen van een belastingvoordeel is. De regels zijn niet specifiek en concreet maar *mismatches* kunnen wel worden geraakt door deze bepalingen.
4. **Rules specifically addressing hybrid mismatch arrangements.** *Mismatches* worden in zijn geheel geëlimineerd door regels te implementeren, waarbij de wijze waarop een vermogensinstrument wordt behandeld, wordt gekoppeld aan de wijze waarop het buitenland het instrument behandelt. Deze regels worden ook wel *linking rules* genoemd.

²²⁶ OESO, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues (2012), p. 13.

²²⁷ A-G Wattel heeft zich meermaals uitgelaten over de vraag of het *fraus legis*-leerstuk kon worden toegepast. Bij toepassing van *fraus legis* moet worden voldaan aan een tweetal voorwaarden. Enerzijds moet sprake zijn van een misbruikintentie, anderzijds moet het resultaat strijdig zijn met doel en strekking van de belastingwet. Voor de laatstgenoemde voorwaarde dient vast te staan - impliciet dan wel expliciet - dat de economische gevolgen onaanvaardbaar zijn. De toepasbaarheid van *general anti-avoidance rules* is met name op laatstgenoemd punt gecompliceerd omdat doel en strekking van een bepaling en de misbruiksituatie uiteenlopen. Zie conclusie A-G Wattel 9 januari 2013, nr. 12/03540, V-N 2013/10.13 en conclusie A-G Wattel 26 juli 2013, nr. 12/04640, V-N 2013/54.10.

De eerste oplossing wordt door de OESO niet haalbaar geacht, omdat het niet mogelijk is om een gelijke behandeling van geldverstrekkingen te hanteren vanwege de fundamentele verschillen in fiscale wetgeving van landen. Deze oplossing wordt door *De Graaf* vertaald als ‘een harmonisatie van nationale wetgevingen om te komen tot een symmetrische fiscale classificatie van HMAs’²²⁸. Vanuit de uitleg bij deze oplossing volgt naar mijn mening echter niet dat de OESO heeft bedoeld om nationale wetgeving in zijn geheel te harmoniseren.

De vierde oplossing uit het HMA-rapport - waarbij de behandeling van de geldverstrekking wordt gekoppeld aan de wijze waarop het buitenland het instrument behandelt - wordt in door de OESO gezien als de grootste kanshebber om de HMA-problematiek aan te pakken. In het BEPS-rapport worden weliswaar geen concrete maatregelen getroffen noch worden aanbevelingen gedaan om de problematiek op te lossen. Wel wordt een plan beloofd om met zowel nationale als internationale instrumenten het recht om belasting te heffen meer in lijn te brengen met reële economische activiteiten. Het rapport signaleert de noodzaak voor instrumenten waarmee ofwel een eind wordt gemaakt aan hybride *mismatches*, ofwel de effecten van hybride *mismatches* worden geneutraliseerd²²⁹. Het *Action Plan* gaat verder waar het HMA-rapport is gestopt en gaat in op de vierde oplossingscategorie. Het plan dat beloofd is in het BEPS rapport, wordt door middel van het volgende actiepunt gepresenteerd:²³⁰

Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements.

Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to neutralise the effect (e.g. double non-taxation, double deduction, long-term deferral) of hybrid instruments and entities. This may include:

- (i) changes to the OECD Model Tax Convention to ensure that hybrid instruments and entities (as well as dual resident entities) are not used to obtain the benefits of treaties unduly;*
- (ii) domestic law provisions that prevent exemption or non-recognition for payments that are deductible by the payor;*
- (iii) domestic law provisions that deny a deduction for a payment that is not includible in income by the recipient (and is not subject to taxation under controlled foreign company (CFC) or similar rules);*
- (iv) domestic law provisions that deny a deduction for a payment that is also deductible in another jurisdiction; and*
- (v) where necessary, guidance on co-ordination or tie-breaker rules if more than one country seeks to apply such rules to a transaction or structure.*

Special attention should be given to the interaction between possible changes to domestic law and the provisions of the OECD Model Tax Convention. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deduction limitations, the work on CFC rules, and the work on treaty shopping.

²²⁸ In A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements’, in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

²²⁹ OESO, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013), p. 10.

²³⁰ OESO, *Action Plan on BEPS*, (2013), p. 15-16.

Dit actiepoint zal op grond van onderdeel (i) leiden tot aanpassingen in het OESO-modelverdrag om te voorkomen dat het verdrag niet op onbedoelde wijze wordt toegepast. Op grond van onderdeel (ii), (iii) en (iv) moeten aanbevelingen worden gedaan voor aanpassing in de nationale wetgeving, waarbij *linking rules* worden geïmplementeerd. Hierbij wordt regelgeving, die ziet op de behandeling van de vergoeding, op unilaterale wijze aangepast. Indien meerdere landen gelijktijdig *linking rules* toepassen, kan dubbele heffing ontstaan. Om dit te voorkomen zal de OESO op grond van onderdeel (v) voorzien in een *tie-breaker* bepaling. Deze *linking rules* en de *tie-breaker* bepaling worden in de volgende subparagrafen nader besproken.

Aanpassingen van het modelverdrag sorteren geen effect indien de bilaterale belastingverdragen niet worden aangepast. Een aanpassing van alle bilaterale belastingverdragen betekent echter een langdurig proces. De OESO stelt voor om een multilateraal instrument te introduceren waarmee zonder uitgebreide verdragsonderhandelingen de werking van bilaterale belastingverdragen op kortere termijn kan worden gewijzigd. Hierdoor kan makkelijker worden ingespeeld op snelle ontwikkelingen in de mondiale economie²³¹. Deze aanpassingen zijn geagendeerd voor september 2014.

In dit kader is bovendien van belang dat *linking rules* mee kunnen brengen dat sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw²³². In de bespreking van de Duitse variant van *linking rules* signaleren *Bärsch en Spengel* dit probleem²³³. Hiervan is sprake indien landen eenzijdig heffingsrecht naar zich toetrekken waarbij mogelijk dubbele heffing ontstaat. Uit de fictiefloon-arresten volgt dat sprake is van strijdigheid met goede verdragstrouw indien de heffingsbevoegdheid als gevolg van een nationale bepaling wordt verschoven tussen verdragssluitende staten²³⁴. Naar het mij voorkomt zal strijdigheid met goede verdragstrouw zich niet snel voordoen. Ten aanzien van non-heffing in eerste instantie geen sprake van heffingsbevoegdheid in een van beide verdragssluitende staten²³⁵. Hier kan tegenin worden gebracht dat het mogelijk een bewuste keuze is van een van de verdragssluitende staten om geen gebruik te maken van heffingsbevoegdheid. Hierdoor kan een *linking rule* alsnog leiden tot strijdigheid met goede verdragstrouw. Niettemin strekken belastingverdragen niet slechts voorkoming van dubbele belastingheffing, maar ook ter voorkoming van ontgaan van

²³¹ Actie 15, het ontwikkelen van een multilateraal instrument. OESO, Action Plan on BEPS (2013), p. 24. Voor een uitvoerige bespreking van deze problematiek verwijs ik naar D.M. Broekhuijsen, 'Naar een multilateraal fiscaal raamwerkverdrag', *WFR* 2013/1443.

²³² Het principe van goede verdragstrouw is neergelegd in art. 26 van het Weens Verdragenverdrag.

²³³ S. Bärsch en C. Spengel, 'Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice', *Bulletin for International Taxation*, 2013 (Volume 67), No. 10.

²³⁴ In HR 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379 (fictiefloonarresten) oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van strijdigheid met goede verdragstrouw indien nationale wetgeving wordt gewijzigd waardoor eenzijdig de werking van een verdrag zou worden gewijzigd met als potentieel gevolg een verschuiving in de heffingsbevoegdheid tussen de verdragssluitende staten.

²³⁵ Hierbij wordt uitgegaan van een initiële situatie waarbij geen van de staten gebruik maakt van *linking rules*. Is dat wel het geval en heeft een van de lidstaten reeds heffingsbevoegdheid over inkomensbestanddelen indien de vergoeding in de ontvangstaat *casu quo* de bronstaat dan brengt de implementatie van een *linking rule* in de andere staat mee dat de verdeling heffingsbevoegdheid wordt gewijzigd.

belastingheffing. Voorkoming van non-heffing is op grond van deze doelstelling dan ook niet strijdig met goede verdragstrouw. Hoewel de doelstelling pas sinds 2003 in de aanhef van het OESO-modelverdrag is opgenomen, bestond een dergelijke passage voordien in het OESO-commentaar²³⁶. Bovendien is de strekking van de bilaterale belastingverdragen die Nederland zowel ter voorkoming van dubbele belastingheffing alsmede ter voorkoming van het ontgaan van belastingheffing²³⁷.

Als een verdragsluitende staat er bewust voor kiest om af te zien van belastingheffing en de andere verdragsluitende staat kiest er voor om dit heffingsrecht eenzijdig naar zich toe te trekken, dan is eveneens sprake van strijdigheid met goede verdragstrouw. Belastingverdragen beogen echter niet alleen voorkoming van dubbele heffing, maar ook van non-heffing.

Wat opvalt aan deze oplossingen is dat niet zozeer wordt aangesloten bij het probleem van een verschillende kwalificatie van de geldverstrekking. De oplossing sluit aan bij de gevolgen van de verschillende kwalificatie. Er wordt door de OESO gekeken naar de kwalificatie van het inkomen uit vermogen, niet naar de kwalificatie van het vermogen *an sich*. In het *Action Plan* wordt dan ook gesproken over neutralisatie van de effecten van hybride *mismatches*.

4.2.3.2 Vormgeving van linking rules

Het gebruik van *linking rules*, waarbij de behandeling van de vergoeding op een geldverstrekking afhankelijk is van de corresponderende behandeling in het buitenland, wordt in de OESO rapporten gezien als een oplossing met veel potentie om het probleem op te lossen. In het HMA-rapport wordt een aantal varianten van deze *linking rules* gepresenteerd^{238, 239}:

1. Weigering van de aftrek van een uitgave indien het buitenland een aftrek toestaat. Deze problematiek wordt ook wel aangeduid als *double deduction scheme*²⁴⁰.
2. Weigering van een aftrek van een uitgave indien de betaling niet wordt gezien als een belaste bate in het buitenland. Onder deze problematiek worden de *deduction/no inclusion schemes* verstaan²⁴¹.
3. Weigering van een vrijstelling indien de betaling in het buitenland aftrekbaar is. Ook deze categorie valt onder de *deduction/no inclusion schemes*²⁴².

²³⁶ In par. 7 inzake art. 1 OESO-modelverdrag was in de periode 1977-2003 de volgende passage opgenomen: *'The principal purpose of double taxation conventions (...), by eliminating international double taxation (...) they should not, however, help tax avoidance or evasion.'* In: C. van Raad, *'Teksten internationaal belastingrecht 2013-2014'*, Deventer: Kluwer 2013, p.1257, voetnoot d.

²³⁷ Illustratief hiervoor is het verdrag dat Nederland in 1948 heeft gesloten met het Verenigd Koninkrijk, *Trb.* 1955, 134; en het verdrag dat Nederland in 1968 heeft gesloten met Luxemburg, *Trb.* 1698, 76.

²³⁸ Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, OESO 2012, p. 15-21.

²³⁹ In A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

²⁴⁰ Denemarken, Duitsland, Nieuw-Zeeland, Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten hebben een dergelijk systeem.

²⁴¹ Denemarken en het Verenigd Koninkrijk hebben een dergelijk systeem.

4. Regels specifiek gericht op tegengaan van misbruik van buitenlands belastingkrediet, waarbij wel aftrek wordt verleend zonder dat het valt onder het inkomensbegrip in het land van het belastingkrediet. Dit wordt aangeduid als *foreign tax credit generations*²⁴³.

De eerste drie varianten van HMAs worden met het actiepunt uit het *Action Plan* opgelost. Over de vierde variant laat de OESO zich niet uit.

Met deze oplossing komen een aantal vragen op. Ten eerste is de vraag of met de voorgestelde *linking rules* de soevereiniteit van landen niet te ver worden ingeperkt. Ten tweede komt de vraag op welk land leidend is in de toepassing van de *linking rules*. Ten derde is de vraag of een dergelijke regel binnen EU-situaties discriminatoir uitwerkt. In de eerstvolgende subparagraaf ga ik nader in op een mogelijke *tie-breaker* bepaling. Vervolgens bespreek ik in een tweede subparagraaf of en in hoeverre de soevereiniteit van landen in geding is met deze oplossing. De mogelijke discriminatoire uitwerking van *linking rules* en een eventuele bijbehorende *tie-breaker* wordt besproken in onderdeel 4.3 alwaar het Europese kader aan de orde komt.

4.2.3.3 *Tie-breaker voor de coördinatie van linking rules*

Wanneer deze *linking rules* nader worden beschouwd, dan zien we dat hierdoor non-heffing voorkomen wordt, omdat de landen in meer gevallen heffingsrecht creëren. De heffingsrechten van lidstaten worden echter niet beter op elkaar afgestemd. Er ontstaat namelijk dubbele heffing indien twee landen *linking rules* toepassen. De OESO geeft in het *Action Plan* aan dat deze dubbele heffing moet worden voorkomen door middel van een *tie-breaker*. Een dergelijke bepaling beoogt te bewerkstelligen dat de vergoeding op de geldverstrekking slechts door een van de verdragspartijen in de heffing wordt betrokken. Kortweg: een verdelingsregel. Hiertoe moet een rangorderegeling worden vastgesteld op basis waarvan het woonland ofwel het bronland moet terugtreden in de toepassing van zijn *linking rules*. Over de inhoudelijke uitwerking van een *tie-breaker* bepaling wordt in de OESO-rapporten geen uitlating gedaan. In de literatuur zijn hierover enkele oplossingsrichtingen naar voren gekomen.

Dziurdź bespreekt twee opties voor een mogelijke verdelingsregel²⁴⁴. Op grond van de eerste optie wordt een *linking rule* slechts toegepast indien het andere land deze regel niet toepast. Op grond van de tweede optie worden de regels van land B waarin een terugkoppeling zit naar de regels van land A genegeerd. Deze oplossingen leiden echter op hun beurt tot een *tie-breaker* probleem waardoor de heffingsrechten alsnog niet goed worden afgestemd.

²⁴² Australië, Denemarken, Duitsland, Italië, Nieuw Zeeland en het Verenigd Koninkrijk hebben een dergelijk systeem.

²⁴³ In het HMA-rapport worden Italië, Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten genoemd als voorbeelden van landen met een dergelijk systeem.

²⁴⁴ K. Dziurdź, “Circularly Linked” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test”, *Bulletin for International Taxation* 2013 (Volume 67), No. 6.

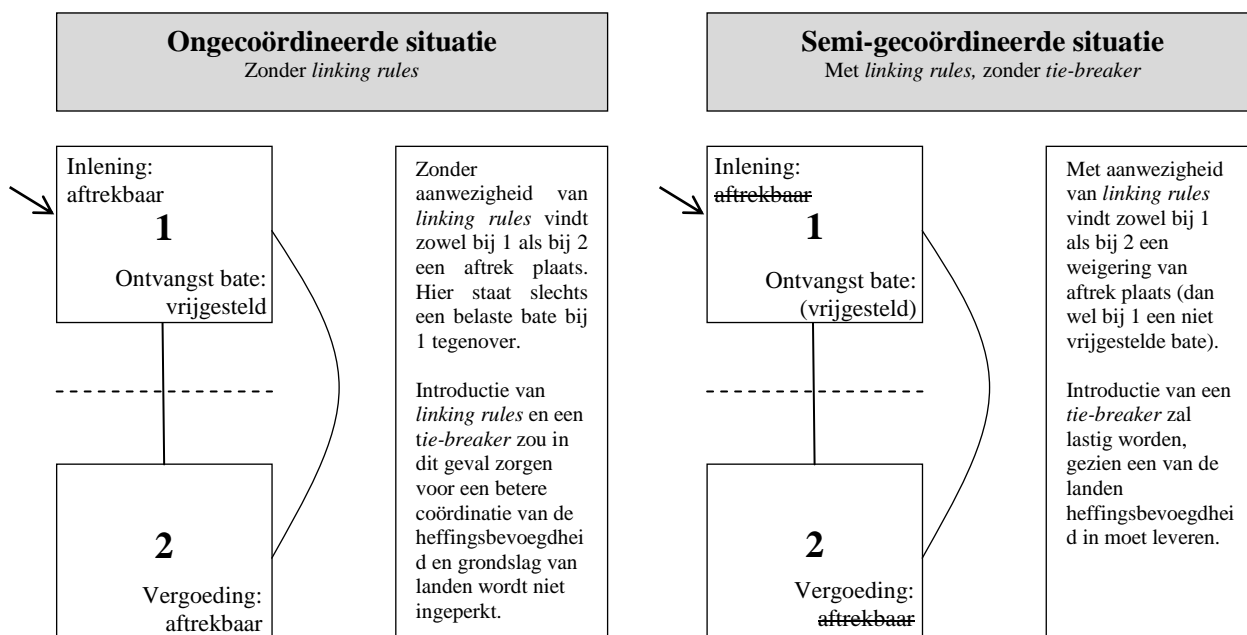
De Graaf erkent dat in de coördinatie van *linking rules* harde en heldere afspraken nodig zijn tussen lidstaten. Hij biedt de oplossing dat in eerste instantie de ontvangstaat de bronstaat moet volgen en slechts indien de bronstaat een renteaftrek weigert de ontvangstaat een vrijstelling mag verlenen²⁴⁵. Hierdoor wordt het *deduction/no inclusion scheme* opgelost. *De Graaf* geeft aan dat het nog maar de vraag is of consensus zal worden bereikt in geval van *double deduction schemes*. Bij dit *mismatch*-probleem zal namelijk een land zijn heffingsrecht moeten opgeven. Indien in deze situatie beide landen de *linking rules* toepassen, zouden beide landen de aftrek van rente weigeren waardoor dubbele heffing ontstaat. Een *tie-breaker* zou op dit punt echter leiden tot het opgeven van heffingsrecht door slechts een land.

4.2.3.4 Soevereiniteit van landen met toepassing van *linking rules*

De soevereiniteitsgedachte ziet op de exclusieve bevoegdheid van landen om hun eigen rechtssysteem in te richten. *Brinkhorst* onderscheidt drie centrale kenmerken in dit principe van soevereiniteit: volk, territorium en exclusief gezag door een autoriteit²⁴⁶. In het kader van deze scriptie ziet deze soevereiniteit op de bevoegdheid van landen om het systeem van directe belastingen zelfstandig in te richten. Wanneer vanuit een supranationale organisatie regels zouden worden voorgesteld, waarop landen het systeem van directe belastingen niet zelfstandig kunnen inrichten, dan leidt dit tot inperking van deze soevereiniteit. De mate waarin deze inperking plaatsvindt, is afhankelijk van de wijze waarop een oplossing wordt gevormd voor HMAs. Indien landen slechts heffingsrecht naar zich toetrekken ter voorkoming van *deduction/no-inclusion* problematiek dan zal de soevereiniteit niet (ernstig) worden ingeperkt. Aanpassing van nationale regels ten behoeve van de coördinatie met andere landen leidt evenwel tot verruiming van de heffingsbevoegdheid. De zelfstandigheid van de wijze waarop landen hun systeem inrichten wordt hierbij ingeperkt. Naar het mij voorkomt, is in dit geval de aantasting van de soevereiniteit echter beperkt. Immers, hierbij wordt door landen geen heffingsrecht afgestaan. Hooguit wordt de grondslag verruimd. Bovendien worden de heffingsrechten beter op elkaar afgestemd door middel van een *tie-breaker*. Wanneer een *tie-breaker* wordt geïmplementeerd die ziet op *double deduction* problematiek, dan zal deze problematiek echter genuanceerder liggen. Naar het mij voorkomt kunnen hierin twee invalshoeken worden gehanteerd. Dit illustreer ik aan de hand van onderstaand voorbeeld.

²⁴⁵ In A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

²⁴⁶ L.J. Brinkhorst, Europese Unie en nationale soevereiniteit (oratie), blz. 6-10, Universiteit Leiden 2008, p. 6.



Figuur 2: Implementatie van een tie-breaker vanuit een gecoördineerde en een semi-gecoördineerde situatie

Ten opzichte van een ongecoördineerde situatie, dat wil zeggen zonder *linking rules* en zonder *tie-breaker*, leveren landen niet in op heffingsbevoegdheid. Hierbij ziet de implementatie van *linking rules* en een *tie-breaker* slechts op betere coördinatie van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van non-heffing. In deze situatie wordt de grondslag van landen niet verkleind maar verruimd. Vanuit een andere invalshoek kunnen landen echter stellen dat hun heffingsbevoegdheid wel in het geding is. Uitgaande van een semigecoördineerde situatie, dat wil zeggen: met *linking rules* en zonder *tie-breaker*, leveren landen heffingsbevoegdheid in ten behoeve van de coördinatie en om dubbele heffing te voorkomen. Landen die reeds een *linking rule* of een variant hiervan hebben geïmplementeerd in de nationale wetgeving, zullen zich mogelijk op laatstgenoemde invalshoek baseren en stellen dat hun heffingsbevoegdheid te ver wordt ingeperkt. Daarmee is de aantasting van de soevereiniteit mogelijk te vergaand. Immers kunnen zij door toepassing van een *tie-breaker* hun heffingsrecht niet uitoefenen.

4.3 Europese Unie

4.3.1 Ontwikkelingen in de Europese Commissie

Niet alleen binnen de OESO staat de problematiek van grondslagerosie en agressieve belastingplanning ter discussie, ook binnen de EU wordt op dit gebied actie ondernomen. Non-heffing wordt zowel binnen de EU alsmede in verhouding met derde landen onwenselijk geacht. De interne markt van de EU zou niet als gevolg moeten hebben dat grensoverschrijdende activiteiten van

belastingplichtigen kunnen leiden tot een belastingvoordeel, zo stelt de Commissie²⁴⁷. Daarbij is het voor de geloofwaardigheid van lidstaten en het idee van een gemeenschappelijke markt van belang dat maatregelen worden getroffen zowel tegen dubbele belasting als tegen non-heffing²⁴⁸.

De Gedragscodegroep inzake de belastingregeling voor ondernemingen (hierna: Gedragscodegroep) rapporteerde al in 2009 over haar werk omtrent de aanpak van winstdelende leningen²⁴⁹. De Gedragscodegroep heeft een subgroep opgericht met specifiek als doel regels en richtlijnen te ontwikkelen omtrent de behandeling van winstdelende leningen (hierna: Subgroep)²⁵⁰. Deze Gedragscodegroep rapporteert haar bevindingen in voortgangsrapporten aan de ECOFIN-raad.

Vanwege economische crisis is het belang van betere fiscale coördinatie en voorkoming van non-heffing vergroot. Hiertoe heeft de Europese Raad een verzoek gedaan aan de Commissie om schadelijke praktijken te voorkomen en om voorstellen te doen ter bestrijding van belastingfraude en belastingontduiking²⁵¹. Als gevolg van dit verzoek zijn verschillende stappen ondernomen. Allereerst publiceerde de Commissie een mededeling over dubbele belasting op de interne markt²⁵². Met deze mededeling is een consultatiedocument aangekondigd. In februari 2012 is dit consultatiedocument uitgestuurd waarin het publiek wordt geraadpleegd met als doel om een passend beleidsantwoord op niet-heffing te formuleren en uit te werken²⁵³. In dit document wordt het publiek verzocht om informatie te verstrekken over de wijze waarop kwalificatieverschillen, belastingverdragen, onderlinge verrekenprijzen en andere technieken worden toegepast met als mogelijk gevolg niet-belastingheffing. Vlak voor de presentatie van de uitkomsten van dit rapport heeft de Commissie een mededeling aangekomen met daarin concrete manieren ter bestrijding van belastingfraude en -ontduiking²⁵⁴. Hierin wordt de komst van het Actieplan reeds aangekondigd. Een onderdeel van dit Actieplan zijn de resultaten uit het consultatiedocument dat begin juli 2012 is gepresenteerd. Omdat het document heeft geresulteerd in 25 respondenten zijn weinig praktijkvoorbeelden van non-belasting naar voren zijn gekomen. De Commissie geeft aan dat dit mogelijk het gevolg is van een probleem dat zeer technisch van aard is²⁵⁵. In het Actieplan dat eind 2012 is verschenen worden meer concrete acties naar voren gebracht waarmee agressieve fiscale planning kan worden aangepakt²⁵⁶. Hierin zijn maatregelen, procedures en instrumenten opgenomen waarmee op gecoördineerde wijze

²⁴⁷ Consultation document 'The internal market: factual examples of double non-taxation cases', TAXUD D1 D(2012).

²⁴⁸ Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases, TAXUD D1 D(2012), 5 juli 2012.

²⁴⁹ Progress Report from the Code of Conduct Group (Business Taxation) to the ECOFIN Council, 22 november 2010, nr. 16766/10, par. 17.

²⁵⁰ Rapport van de Gedragscodegroep van 18 november 2009, nr. 16233/09 FISC 163, par. 15-17.

²⁵¹ Conclusie van de Europese Raad, EUCO 23/11, 24 juni 2011, p. 4.

²⁵² Mededeling van de Commissie, COM (2011) 712, 11-11-2011.

²⁵³ Consultation document 'The internal market: factual examples of double non-taxation cases', TAXUD D1 D(2012).

²⁵⁴ Mededeling van de Commissie, COM(2012) 351, 27-6-2012.

²⁵⁵ Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases, TAXUD D1 D(2012), 5 juli 2012, p. 3.

²⁵⁶ Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, COM(2012) 722, 6-12-2012.

actie kan worden ondernomen tegen agressieve belastingplanning²⁵⁷. De acties worden onderscheiden naar korte en lange termijn waarbij reeds op korte termijn acties zijn gepland tegen hybride *mismatches*. Gelijktijdig met het Actieplan heeft de Commissie een aanbeveling gepubliceerd waarmee zij op gecoördineerde wijze de lidstaten wil bewegen om aanpassingen te doen in nationale wetgeving ter voorkoming van agressieve belastingplanning²⁵⁸. Een belangrijk vervolg op het Actieplan is het verschijnen van een voorstel ter aanpassing van de MD-Richtlijn²⁵⁹. Deze en andere oplossingen die in de publicaties van de Commissie en de Gedragscodegroep zijn aangedragen en zien op hybride *mismatches*, belicht ik in de volgende paragraaf.

4.3.2 Implicaties voor de deelnemerschapslening

In de publicaties van de verschillende organen van de EU worden diverse oplossingsrichtingen naar voren gebracht om hybride *mismatches* in internationaal verband te kunnen aanpakken. Deze oplossingsrichtingen zijn gericht op zowel interne EU-situaties als in verhouding met derde landen. De organen trachten dubbel werk te voorkomen door het werk van de OESO in acht te nemen²⁶⁰.

4.3.2.1 Gedragscodegroep: twee oplossingen

Hoewel niet alle oplossingsrichtingen in de voortgangsrapporten openbaar zijn gemaakt, kan de oplossing die de Gedragscodegroep voorstaat worden gedestilleerd uit de beschikbare documenten²⁶¹. De oorzaak van de beperkte publieke beschikbaarheid is volgens *Nouwen* gelegen in het feit dat openbaarmaking van de rapporten op het punt van hybride *mismatches* de beraadslaging en een mogelijk akkoord kunnen belemmeren²⁶². In de publiekelijk beschikbare voortgangsrapporten van de Subgroep zijn twee oplossingen geformuleerd²⁶³:

- *The Member State receiving the loan and paying the interest, the source State, aligns with the tax treatment of the Member State of receipt, which would imply the denial of deduction of interest expenses,*
- *The Member State of receipt aligns with the tax treatment of the source Member State, which would imply to disallow the exemption of the payment received.*

Bovenstaande oplossingen kunnen worden gezien als een verdelingsregel op grond waarvan de kwalificatie van een van de lidstaten wordt gevolgd. Het is echter nog niet duidelijk welke lidstaat leidend is in de behandeling van de geldverstrekking. Ofwel de bronstaat ofwel de ontvangstaat

²⁵⁷ Mededeling van de Commissie, COM(2012) 351, 27-6-2012, p. 14.

²⁵⁸ Mededeling van de Commissie, COM(2012) 8806, 6-12-2012.

²⁵⁹ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013.

²⁶⁰ Zie onder meer het rapport van de Gedragscodegroep van 11 juni 2012, 10903/12, par. 18.

²⁶¹ *De Graaf* merkt op dat er twee oplossingen zijn geformuleerd door de Gedragscodegroep, waarvan de tweede oplossing niet openbaar is gemaakt in de voortgangsrapporten. Niettemin wordt in het HMA-rapport van de OESO naar de tweede oplossing verwezen. In A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

²⁶² M.F. Nouwen, 'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans', *WFR* 2012/1296.

²⁶³ Rapport van de Subgroep aan de Gedragscodegroep van 12 mei 2010, nr. 9779/10 FISC 43, par. 12.

moet de andere lidstaat volgen. In het rapport van de Gedragscodegroep wordt evenwel opgemerkt dat de tweede oplossing minder aanpassing van nationale wetgeving van de lidstaten vereist. De bespreking van deze problematiek blijkt niet probleemloos daar een aantal lidstaten van mening zijn dat de Gedragscodegroep niet het bevoegde lichaam is om deze problematiek te bespreken daar dit buiten het mandaat valt²⁶⁴. De Subgroep heeft dan ook moeite om consensus te bereiken over de te nemen oplossingen. Blijkens de voetnoot in par. 31 van het rapport van de Gedragscodegroep²⁶⁵ hebben België, Luxemburg en Nederland verzocht om de volgende passage toe te voegen aan het rapport:

"(...) as a procedural decision taken by simple majority".

Mogelijk proberen deze landen hiermee te benadrukken dat geen unanimititeit bestaat ten aanzien van de te nemen beslissing. Deze unanimititeit is vereist om de MD-Richtlijn (of de IR-Richtlijn) te kunnen aanpassen²⁶⁶. Voorts worden in de publieke versies van de rapporten paragrafen met betrekking tot deze problematiek verwijderd²⁶⁷. Dit geldt ook voor de paragraaf waarin staat vermeld welke oplossing de voorkeur heeft bij de Gedragscodegroep. Deze is echter in een paragraaf aangehaald in het HMA rapport van de OESO²⁶⁸ en het Richtlijnvoorstel van de Commissie²⁶⁹ waarin vermeld staat dat de Groep een voorkeur heeft voor de tweede oplossing; de fiscale behandeling van de bronstaat wordt aangehouden en de ontvangststaat stelt de ontvangst van de vergoeding niet vrij. Op grond van de oplossing die de Gedragscodegroep voorstaat, zij het waarschijnlijk slechts met een eenvoudige meerderheid van stemmen, dient in de nationale wetgeving een bepaling te worden opgenomen waarmee een ontvangst van een vergoeding op een geldverstrekking niet wordt vrijgesteld indien de bronstaat een aftrek toestaat. Deze situatie is vergelijkbaar met de wijze waarop de deelnemerschapslening in de periode 2002-2007 in Nederland werd behandeld.

4.3.2.2 Europese Commissie

In het Actieplan zijn verschillende oplossingen gepresenteerd die de mogelijkheid om *mismatches* toe te passen inperken. Allereerst dringt de Commissie er bij lidstaten op aan om in nationale regelgeving en in de bilaterale verdragen bepalingen op te nemen die zien op de voorkoming van non-heffing²⁷⁰. Dit stelt de lidstaten in staat om gezamenlijk doeltreffend op te treden. Ten tweede treedt de Commissie op in de aanpassing van de bestaande Richtlijnen. Een van de actiepunten van het Actieplan heeft de Commissie reeds uitgewerkt met een voorgestelde aanpassingen van de MD-

²⁶⁴ Rapport van de Gedragscodegroep van 27 mei 2011, nr. 10857/11, FISC 75, par. 25.

²⁶⁵ Rapport van de Gedragscodegroep aan de ECOFIN raad van 25 mei 2010, nr. 10033/10, FISC 47

²⁶⁶ Art. 115 VwEU schrijft unanimititeit voor.

²⁶⁷ Onder andere in de rapporten van de Subgroep aan de Gedragscodegroep van 12 mei 2010, nr. 9779/10 FISC 43, par. 13 en 25 mei 2010, en van de Gedragscodegroep aan de ECOFIN Raad van 25 mei 2010, nr. 10033/10, FISC 47, par. 31.

²⁶⁸ Voetnoot 17 in OESO, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues (2012), p. 18-19.

²⁶⁹ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013.

²⁷⁰ Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, COM(2012) 722, 6-12-2012, p. 7.

Richtlijn²⁷¹. Deze aanpassing ziet op een algemene antimisbruik bepaling ter voorkoming van mogelijkheden van agressieve belastingplanning en non-heffing alsmede op de voorkoming van non-heffing. Ter ondersteuning van deze aanbevelingen richt de Commissie een platform op voor goed fiscaal bestuur. Hierna licht ik de aanpassing van de Richtlijnen en van de antimisbruik bepalingen toe.

4.3.2.2.1 Toepasbaarheid van de Richtlijn

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat vergoedingen op geldverstrekkingen zowel onder de IR-Richtlijn als onder de MD-Richtlijn kunnen vallen. Dit kan er toe leiden dat de uitkering van een vergoeding is vrijgesteld van bronbelasting en gelijktijdig de ontvangst van dezelfde vergoeding is vrijgesteld van belastingheffing in de ontvangstaat op grond van een objectieve vrijstelling. In het Actieplan wordt dit probleem erkend. De Commissie heeft dan ook aangegeven dat de MD-Richtlijn op korte termijn moet worden aangepast²⁷². Ze acht een wijziging van de MD-Richtlijn noodzakelijk om te voorkomen dat de toepassing van de richtlijn onbedoeld in de weg staat aan effectief optreden van lidstaten tegen niet-heffing op het gebied van hybride leningstructuren²⁷³. Een voorstel tot aanpassing van deze Richtlijn is eind november 2013 gepresenteerd. Op grond van het voorgestelde art. 4 lid 1 ond. a MD-Richtlijn zal de richtlijn als volgt luiden:

*Where a parent company (...), by virtue of the association of the parent company with its subsidiary, receives distributed profits, the State of the parent company (...) shall, except when the subsidiary is liquidated, (...): refrain from taxing such profits to the extent that such profits are not deductible by the subsidiary of the parent company*²⁷⁴ [onderstreping: SK]

Het onderstreepte gedeelte van de tekst betreft de voorgestelde wijziging. Op voorhand werd met betrekking tot de mogelijke vormgeving van de richtlijnaanpassing wordt door *Nouwen* twee mogelijkheden onderscheiden²⁷⁵. Enerzijds kunnen de richtlijnvoordelen worden ontzegd, anderzijds zou de lidstaat verplicht kunnen worden gesteld om de vergoeding niet vrij te stellen. Laatstgenoemde aanpassing kenmerkt zich door een meer dwingend karakter, er is sprake van een ‘moeten’ belasten. De eerste aanpassing gaat minder ver, hierbij wordt de lidstaten een oplossing geboden. Er is sprake van een ‘mogen’ vrijstellen, maar het blijft de lidstaten vrij om het probleem op te lossen. Met de minder verre gaande aanpassing van de Richtlijn zou een wettelijke verplichting om de Richtlijn toe te passen uit de weg worden geruimd en wordt gelijktijdig aan de lidstaten de mogelijkheid geboden om non-heffing te voorkomen.

²⁷¹ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013.

²⁷² Mededeling van de Commissie, COM(2012)722, 6-12-2012, punt 14.

²⁷³ Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, COM(2012) 722, 6-12-2012, p. 10.

²⁷⁴ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013.

²⁷⁵ M. Nouwen, ‘The Gathering Momentum of International and Supranational Action against Aggressive Tax Planning and Harmful Tax Competition: The State of Play of Recent Work of the OECD and European Union’, *European Taxation* 2013, vol. 53, no. 10.

De daadwerkelijke tekst en de beoogde uitwerking van de voorgestelde wijziging komen niet overeen. Wanneer de letterlijke tekst wordt gelezen dan kan deze op beide manieren worden geïnterpreteerd. Het verschil ziet op de twee opties die door *Nouwen* worden onderscheiden. Wanneer de voorgestelde wijziging wordt vertaald luidt de tekst als volgt:

Wanneer een moedermaatschappij (...) op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij liquidatie van de dochteronderneming, moet(..) de lidstaat van de moedermaatschappij (...):

zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover deze winsten niet aftrekbaar zijn bij de dochteronderneming.

Naar het mij voorkomt is op grond van de voorgestelde aanpassing bewerkstelligd dat sprake is van een ‘mogen’ vrijstellen. Met de tekst wordt bewerkstelligd dat de verplichting van lidstaten om zich te onthouden van het belasten van de winst beperkt is. Hiermee wordt geen verplichting opgelegd om de winst wel te belasten. Met andere woorden, de verplichting van de lidstaat van de moedermaatschappij om de richtlijnvoordelen niet toe te passen strekt zich slechts indien en voor zover de corresponderende uitgave in het buitenland niet aftrekbaar is. Uit de toelichting bij de richtlijnwijziging volgt dat de Commissie heeft beoogd de lidstaten te verplichten om de vrijstelling niet toe te passen:

“(...) the Member State of the receiving company (parent company or permanent establishment of the parent company) shall tax the portion of the profit distribution payments which is deductible in the Member State of the paying subsidiary”²⁷⁶

In het ambigue richtlijnvoorstel schuilt het probleem dat - indien de lidstaten instemmen met het voorstel - problemen kunnen ontstaan in de toepassing van de MD-Richtlijn²⁷⁷. Zij zullen zich mogelijk beroepen op de letterlijke tekst in tegenstelling tot hetgeen is beoogd door de Commissie. Mits dit probleem van de richtlijninterpretatie niet wordt ondervangen door een antimisbruik bepaling²⁷⁸ zou aan het HvJ EG de vraag kunnen worden voorgelegd wat de reikwijdte van, de voorgestelde wijziging van, de MD-Richtlijn is. In de lijn van voorgaande arresten van het HvJ EG²⁷⁹ zou een enge en letterlijke interpretatie van de MD-Richtlijn in dit geval de enige juiste zijn waardoor de Commissie mogelijk niet zal slagen in de door haar beoogde doelstelling. Naar het mij voorkomt is

²⁷⁶ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013, p. 4.

²⁷⁷ Zij hierbij aangetekend dat op grond van art. 115 VwEU unanimititeit is vereist.

²⁷⁸ Voor bespreking van de antimisbruik bepaling verwijs ik naar de volgende paragraaf.

²⁷⁹ Zowel in het HvJ EG arrest *Gaz de France* (1 oktober 2009, C-247/08) als *Vergers du Vieux Tauves* (22 december 2008, C-48/07) wordt een enge en letterlijke interpretatie van de MD-Richtlijn gehanteerd. De kwestie in het eerstgenoemde arrest betreft een rechtsvorm die weliswaar naar doel en strekking richtlijnvoordelen zou kunnen genieten, maar omdat de rechtsvorm niet is opgenomen in de bijlage kunnen de richtlijnvoordelen niet worden toegekend volgens het HvJ EG. In het laatstgenoemde arrest is het HvJ EG van mening dat vruchtgebruik op aandelen niet onder het begrip ‘deelneming in het kapitaal’ kan worden verstaan waardoor op vruchtgebruik *sec* de richtlijnvoordelen niet kunnen worden toegepast.

de verklaring van Eurocommissaris Šemeta waarin hij stelt dat met deze aanpassing non-heffing wordt volkomen dan ook optimistisch te noemen²⁸⁰.

Op grond van de daadwerkelijke tekst in de voorgestelde richtlijn worden de lidstaten toegestaan om de vrijstelling niet toe te passen. Met de beoogde wijziging wordt de soevereiniteit van lidstaten in verregaande mate ingeperkt. Bij dit voorstel zij aangetekend dat voor aanpassing van de richtlijn unanimiteit van de lidstaten is vereist, hetgeen politiek bezien mogelijk lastig kan worden. Nederland, België en Luxemburg blijken geen voorstander van deze oplossing²⁸¹. Niettemin heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat hij het voorstel van de Commissie steunt²⁸². Mogelijk is dit een politieke zet waarmee hij *goodwill* probeert te kweken. Intussen is de verwachting dat andere landen, waaronder Luxemburg, geen voorstander zullen zijn waardoor de vereiste unanimiteit niet zal worden bereikt. Wat de staatssecretaris betreft dient het tekstvoorstel te worden aangepast indien de verplichte heffing niet wordt gerealiseerd met van het huidige voorstel.

De richtlijnaanpassingen zien met name op de MD-Richtlijn. In de IR-Richtlijn vindt evenwel een aanpassing plaats, deze wordt op grond van de voorgestelde wijzigingen reeds toepasbaar bij een belang van 10%²⁸³. Het is opvallend dat de voorgestelde wijzigingen zich voornamelijk richten op de MD-Richtlijn. Het probleem ligt niet alleen bij de MD-Richtlijn maar moet in samenhang worden gezien met de IR-Richtlijn. In het oorspronkelijke concept van de IR-Richtlijn was een bepaling opgenomen die eveneens ziet op hybride *mismatches*. Op grond van deze bepaling zou de IR-Richtlijn niet van toepassing zijn ingeval van de bronstaat de rente kwalificeert als winstuitdeling:

*Interest that has been re-characterized as distributed profits ought to benefit from the provisions of Directive 90/435/EEC provided all other requirements of that Directive are met, in order to avoid double taxation of such profits.*²⁸⁴

Hoewel in deze bepaling is opgenomen dat overlap tussen de richtlijnen dient te worden voorkomen zodat geen sprake is van dubbele belasting, ziet de bepaling ook op non-heffing. Dit is het geval wanneer een rentebate in de ontvangstaat bij de crediteur niet in de heffing wordt begrepen. In de uiteindelijke versie van de IR-Richtlijn is deze passage niet opgenomen. Het is daarbij opvallend te noemen dat tien jaar na dato alsnog overlap tussen de richtlijnen moet worden voorkomen door een bepaling op te nemen. Naar het mij voorkomt zou een aanpassing van de MD-Richtlijn op het gebied van hybride leningstructuren moeten worden gekoppeld aan een aanpassing van de IR-Richtlijn. Hierdoor leidt een *mismatch* niet tot een eenzijdige ontzegging van richtlijnvoordelen maar kan toekenning van de voordelen worden gecoördineerd. Met de voorgestelde wijzigingen kunnen de

²⁸⁰ Persbericht Europese Commissie, IP/13/1149, 25-11-2013.

²⁸¹ Volgens de voetnoot in par. 31 van het rapport van de Gedragscodegroep, nr. 10033/10, FISC 47

²⁸² Redactie TaxLive, 'Weekers steunt EC-voorstel tot 'verplichte heffing' op hybride leningen', 4 december 2013.

²⁸³ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013, p. 7.

²⁸⁴ Voorstel van de Commissie COM(1998) 67 final, 4-03-1998, p. 8.

voordelen van de MD-Richtlijn worden ontzegd maar zou een stroomlijning met de IR-Richtlijn een effectievere aanpak zijn.

4.3.2.2.2 Antimisbruik bepaling in de Richtlijn

Met de aanpassing in de MD-Richtlijn agendeert de Commissie ook een herziening van antimisbruik bepaling in zowel de MD-Richtlijn als de IR-Richtlijn en de Fusierichtlijn. Op grond van de huidige antimisbruik bepaling vormt de richtlijn geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik. Daarbij is de Commissie van mening dat de bepaling helderheid mist. Een onderdeel van de antimisbruik bepaling luidt als volgt:

*This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of tax evasion*²⁸⁵

Het is op dit moment mogelijk dat nationale antimisbruik maatregelen - waarbij de voordelen van de richtlijn worden ontzegd - strijdig zijn met de richtlijnbevestigingen. Met de aanpassing wordt beoogd dat de MD-Richtlijn optreden van lidstaten tegen non-heffing door middel van antimisbruikmaatregelen waardoor agressieve fiscale planning beter kan worden bestreden niet in de weg staat. Voorts bevat de voorgestelde antimisbruik bepaling een artikel waarmee wordt beoogd dat de belastingheffing kan plaatsvinden daar waar de reële economische activiteiten plaatsvinden²⁸⁶.

1. *Member States shall withdraw the benefit of this directive in the case of an artificial arrangement or an artificial series of arrangements which has been put into place for the essential purpose of obtaining an improper tax advantage under this directive and which defeats the object, spirit and purpose of the tax provisions invoked.*
2. *A transaction, scheme, action, operation, agreement, understanding, promise, or undertaking is an artificial arrangement or a part of an artificial series of arrangements where it does not reflect economic reality. In determining whether an arrangement or series of arrangements is artificial, Member States shall ascertain, in particular, whether they involve one or more of the following situations: (...)*

Kunstmatige constructies waarbij het behalen van belastingvoordeel het enige of doorslaggevende motief is, worden op grond van deze bepaling buiten beschouwing gelaten. Transacties worden kunstmatig geacht indien deze niet in lijn zijn met de economische realiteit. De antimisbruik bepalingen zien op de aanpak van handelingen die weliswaar overeenkomen met de wettekst, maar waarin een misbruikintentie zit die strijdig is met doel en strekking van de wet²⁸⁷.

²⁸⁵ Voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013.

²⁸⁶ Art. 1a van het voorstel van de Commissie, COM(2013) 814, 25-11-2013, p. 9.

²⁸⁷ Voor de toets of sprake is van misbruik van recht dient te worden voldaan aan het normvereiste en aan het motiefvereiste. Op grond van het normvereiste kan een handeling in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Het motiefvereiste omvat de misbruikintentie, waarbij belastingverijdeling het hoofddoel of een der hoofddoelen is.

4.3.2.3 Non-discriminatoire oplossing binnen de EU

Wanneer regelgeving wordt geïmplementeerd waarbij de behandeling van de geldverstrekking afhankelijk is van de buitenlandse kwalificatie dan is het denkbaar dat deze behandeling ongunstiger verloopt dan wanneer de groepsdebiteur en -crediteur zijn gevestigd in Nederland. Indien *linking rules* worden toegepast ter voorkoming van non-heffing zijn kortweg twee situaties denkbaar. Ten eerste is het mogelijk dat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt ingeperkt als gevolg van de aftrekbaarheid van de vergoeding in het buitenland. Ten tweede is het mogelijk dat de rente niet aftrekbaar is omdat het buitenland de ontvangst van de vergoeding wordt vrijgesteld. De vraag is of hierop sprake is van een discriminatie dan wel van een belemmering. Dat wil zeggen, is de Europese verdragsvrijheid van vestiging²⁸⁸ of van kapitaal²⁸⁹ in het geding? Slechts indien de betrokken groepsdebiteur en -crediteur niet in dezelfde lidstaat gevestigd zijn, kunnen de *linking rules* van toepassing zijn. Omdat alleen grensoverschrijdende situaties kunnen worden getroffen door deze regels, is er mogelijk sprake van discriminatie dan wel van belemmering.

De regelgeving ziet echter slechts op belastingplichtigen die optreden in grensoverschrijdende situaties. Hiermee maakt de regelgeving onderscheid naar binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen. *Vleggeert* en *Marres* signaleren de mogelijke discriminatoire uitwerking van *linking rules*²⁹⁰. De vraag is of vergelijkbare gevallen ongelijk worden behandeld. Zij het zonder veel overwegingen trekt *Marres* de vergelijking met een arrest van het HvJ EG inzake *Schempp* waarbij de ontvanger van een alimentatie-uitkering in een binnenlandse situatie wordt vergeleken met de ontvanger van een alimentatie die in het buitenland woonachtig is²⁹¹. Omdat de ontvanger in het buitenland onderworpen is aan een verschillende fiscale regeling inzake de belastbaarheid van de uitkering stelt het HvJ EG vast dat de onmogelijkheid om de verstrekking van de alimentatie af te trekken van het inkomen niet discriminatoir uitwerkt. Hierdoor is de bepaling die ter sprake stond in *Schempp* niet strijdig is met het gemeenschapsrecht²⁹². In de lijn van *Schempp* is geen sprake van een discriminatoire bepaling omdat het verschil in behandeling volgt uit de onderworpenheid aan een verschillende fiscale regelgeving. Voorts is *Vleggeert* van mening dat geen sprake is van vergelijkbaarheid met een binnenlandse situatie. Wanneer een belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling niet kan toepassen omdat in het buitenland de rente aftrekbaar is, is sprake van een ongelijk geval. Dit ongelijke geval kan ongelijk worden behandeld, er is geen sprake van een

²⁸⁸ Artt. 49 en 54 VwEU.

²⁸⁹ Art. 63 VwEU.

²⁹⁰ O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NTFR* 2013/1779 en J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches', *WFR* 2013/1426.

²⁹¹ O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NTFR* 2013/1779, voetnoot 21.

²⁹² HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-403/03 (*Schempp*), *V-N* 2005/36.14, par. 35 - 36.

discriminatie. Ten aanzien van deze vergelijkbaarheid bespreekt *Weber* een andere invalshoek²⁹³. Naar zijn mening wordt ook in binnenlands verband de eis gesteld dat de vergoeding niet aftrekbaar is waardoor sprake is van gelijke behandeling van gelijke gevallen.

Voorts zou sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU recht indien sprake is van een belemmering. De Hoge Raad heeft zich in een casus uitgelaten over de mogelijke strijdigheid met de vrijheid van vestiging van een renteaftrekbepanking die met name toepassing vindt bij grensoverschrijdende rentebetalingen²⁹⁴. In laatstgenoemd geval worden belastingplichtigen eerder getroffen door de criteria waarop de rente in aftrek wordt beperkt. Hierdoor is sprake van een belemmering van de verdragsvrijheden²⁹⁵. In casu werd de bescherming van de heffingsgrondslag echter gezien als dwingende reden van algemeen belang. Dit is een rechtvaardigingsgrond voor de belemmerende werking. Indien voorts een tegenbewijsregeling aanwezig is waarmee belastingplichtige aannemelijk kunnen maken dat de betaling in een ander land belast dan wel niet aftrekbaar is dan bevat de bepaling geen *overkill*^{296,297}.

Naar het mij voorkomt is de oplossing zoals de commissie voorstaat niet strijdig met de EU-verdragsvrijheden. De *linking rules* betreft regelgeving waar belastingplichtigen slechts in grensoverschrijdende situaties mee geconfronteerd worden. Op grond van deze stelling is sprake van een belemmering, welke echter gerechtvaardigd kan worden. In navolging van *Marres* en *Vleggeert* acht ik een belemmering echter niet aanwezig omdat geen sprake is van gelijke gevallen. Zij het dat naar mijn mening de maatregelen op grond van deze punten niet strijdig is met het EU-recht, ook op basis van proportionaliteit en subsidiariteit acht de Commissie de maatregelen niet strijdig. Hiermee wordt - volgens de Commissie - de mogelijke inperking van soevereiniteit van lidstaten gerechtvaardigd. Wanneer de voorgestelde wijzigingen door *Nouwen* in ogenschouw worden genomen valt hier een kanttekening bij te plaatsen. Ze acht een unilaterale oplossing ter voorkoming van hybride *mismatches* de enige juiste oplossing, waardoor aan het subsidiariteitvereiste wordt voldaan. Ze acht individuele lidstaten instaat om niet effectief te kunnen optreden. Een unilaterale oplossing is echter niet strikt noodzakelijk, getuige de mogelijkheid om ook eenzijdig als land een *linking rule* te implementeren. Voorts is de Commissie van mening dat het slechts toestaan van de ontzegging van richtlijnvoordelen in dit kader voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel. De Commissie is van mening dat de beoogde wijziging niet verder gaat dan noodzakelijk omdat de

²⁹³ Hij bespreekt de compenserende heffingstoets die in de periode 2002-2007 werd gehanteerd voor de hybride lening. Naar het mij voorkomt is deze toets vergelijkbaar met een *linking rule*. In: D.M. Weber, 'VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten', *WFR* 2007/1251.

²⁹⁴ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, *V-N* 2013/12.19.

²⁹⁵ In het onderhavige geval stond de vrijheid van vestiging ter sprake.

²⁹⁶ Waarbij ik vat onder *overkill*: de wettelijke regeling die zijn doel voorbij schiet. Met in het onderhavige geval als doel het voorkomen van non-heffing en het voorbij schieten van dit doel de aanwezigheid van dubbele heffing.

²⁹⁷ Hierbij zij aangetekend dat de belastingplichtige in staat moet zijn om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen.

verplichting van de lidstaten om een belasting te heffen beperkt is tot vergoedingen die aftrekbaar zijn in de bronstaat. De verplichting van de lidstaten om geen vrijstelling te verlenen is echter wel degelijk verregaand. Een minder verregaande optie zou liggen in het optreden van individuele lidstaten waarbij *linking rules* in combinatie met een *tie-breaker* worden geïmplementeerd. Hierbij is een verplichting op communautair niveau niet noodzakelijk.

4.4 Het Nederlandse perspectief

Naast de discussies die binnen de OESO en de EU worden gevoerd staat de problematiek betreffende BEPS en HMA ook in Nederland op de agenda. Tekenend voor de algemene beeldvorming van het Nederlandse standpunt voor de gehele BEPS-problematiek is de Motie - Van Vliet op grond waarvan Nederland niet kan worden gezien als belastingparadijs²⁹⁸. De staatssecretaris is van mening dat sprake is van een internationaal probleem. Dit probleem kan naar zijn mening alleen internationaal tot een oplossing worden gebracht. Hierbij heeft de staatssecretaris aangegeven dat Nederland een actieve bijdrage zal leveren aan de internationale initiatieven²⁹⁹. Zoals blijkt uit de voortgangsrapporten van de Gedragscodegroep lijkt dit standpunt echter niet onverkort op te gaan voor wat betreft de positie van Nederland ten aanzien van de HMA-problematiek. In deze paragraaf staat het beleid dat Nederland hanteert centraal. Hierbij wordt eerst vanuit algemeen Nederlands fiscaal beleid besproken wat het standpunt is Nederland. Daarna wordt concreet ingegaan op de BEPS en HMA problematiek.

4.4.1 Fiscaal beleid en fiscale systematiek

Als land met een klein binnenland en een groot buitenland is Nederland van oudsher gericht op internationale handelsbetrekkingen. Bijgevolg is het voor Nederland van belang dat concurrentieverhoudingen van in het buitenland opererende ondernemingen niet worden verstoord. Vanuit deze optiek hanteert Nederland ten aanzien van actieve inkomsten³⁰⁰ het principe van kapitaalimportneutraliteit (KIN)³⁰¹. De heffingsrechten op inkomsten worden aan de bronstaat toegewezen en de hoogte van de belastingdruk van actieve inkomsten is afhankelijk van de belastingdruk in het buitenland. De neutraliteit wordt bereikt door middel van een vrijstelling van het buitenlandse inkomen. Hierdoor wordt over het buitenlandse inkomsten evenveel geheven als over inkomsten behaald door inwoners van de bronstaat. Binnen het concept van KIN is dan ook een belangrijke plaats weggelegd voor de deelnemingsvrijstelling. Niet alleen voorkomt deze vrijstelling

²⁹⁸ Motie Van Vliet, Kamerstukken II 2012/13, 25 087, nr. 35, Internationaal fiscaal (verdrags) beleid.

²⁹⁹ Brief van de staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 17 januari 2013, kenmerk IFZ/2013/25 U, zie *NTFR* 2013/159.

³⁰⁰ Onder actieve inkomsten kan worden verstaan ondernemingswinst en arbeidsinkomen. Inkomsten zoals interesten en royalty's worden geschaard onder de passieve inkomsten. Dividenden spelen hierin een gemene rol. Portfoliodividenden behoren tot de passieve inkomsten maar dividenden vanuit grote aandelenbelangen zouden onder de actieve inkomsten kunnen worden geschaard.

³⁰¹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid, *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 13.

economisch dubbele belastingheffing maar deze vrijstelling zorgt er ook voor dat actieve dochtermaatschappijen van in Nederland gevestigde moeders in buitenlandse markten fiscaal gezien op gelijke voet kunnen concurreren als lokaal gevestigde ondernemingen. De concurrentiepositie van Nederlandse investeerders is gelijkwaardig ten opzichte van investeerders op de buitenlandse markt. De wijze waarop passieve inkomsten in de belastingheffing worden betrokken kenmerkt zich door kapitaalexportneutraliteit (KEN). In het buitenland vindt een bronheffing op het inkomen plaats waarna alle investeringen door belastingverrekening, ongeacht het land van aanwending, in het woonland allemaal even zwaar in de heffing worden betrokken. Hierdoor is de belastingdruk afhankelijk van een binnenlands tarief. KEN heeft ten doel om, vanuit binnenlandse optiek, investeringen in het binnenland en in het buitenland even zwaar te belasten.

KIN wordt bereikt door middel van een vrijstelling, terwijl KEN wordt bereikt door middel van verrekening. Er wordt gekeken naar wat het uiteindelijke resultaat is bij de groepscrediteur en/of bij de moedermaatschappij. Hiermee wordt een neutraliteit in het eindresultaat beoogd. Wanneer de concepten KIN en KEN worden toegepast op het belastingobject en op de maatstaf dan zien we dat in het Nederlandse systeem van heffing niet wordt aangesloten bij een neutraliteit in het eindresultaat maar bij neutraliteit in de systematiek. Een voorbeeld hierin zijn renteaftrekbeperkingen. Deze beperkingen bewerkstelligen een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Hierbij wordt - in tegenstelling tot bij KIN en KEN - aangesloten bij de debiteur. Waar deze aftrekbeperkingen zien op de heffingsgrondslag ziet de kwalificatieproblematiek op het belastingobject. Ook voor wat betreft het object geldt dat de Nederlandse kwalificatie wordt aangehouden en wordt beoogd een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing te bereiken. Het gevolg hiervan, het mogelijk ontstaan van hybride *mismatches*, is niet in overeenstemming de concepten van KIN en KEN, die aansluiten bij het resultaat van de groepscrediteur en/of bij de moedermaatschappij. Het standpunt van Nederland in deze problematiek bespreek ik in de volgende paragraaf.

4.4.2 De positie van Nederland ten aanzien van hybride *mismatches*

Waar de staatssecretaris ten aanzien van de algemene problematiek omtrent grondslagerosie en winstverschuiving heeft toegezegd een actieve bijdrage te leveren, lijkt deze toezegging niet op te gaan voor wat betreft de HMA-problematiek. In de voorgaande onderdelen is al naar voren gekomen dat Nederland geen oplossingsgerichte houding heeft ten aanzien van de HMA-problematiek. Uit de rapporten van de ECOFIN-raad volgt dat Nederland het standpunt heeft dat de verantwoordelijkheid voor het vinden van een oplossing in de HMA-problematiek ligt bij de lidstaten. Het standpunt hierin is in het afgelopen decennium aan verandering onderhevig geweest. In de periode tussen 2002-2007 bestond een compenserende heffingstoets in de deelnemingsvrijstelling ter voorkoming van een vrijgesteld bate waar een aftrek tegenover stond. Deze regeling had een antimisbruik karakter en strekte ertoe te voorkomen dat belastingplichtigen welbewust zouden inspelen op

kwalificatieverschillen³⁰². Met deze regeling nam Nederland de verantwoordelijkheid op zich om buitenlandse grondslaguitholling te voorkomen.

Met ingang van 2007 is deze eis komen te vervallen. Hierdoor worden *mismatches* met de deelnemingsvrijstelling bewust door de Nederlandse wetgever geaccepteerd. Bij de behandeling van de Wet werken aan Winst is door meerdere partijen de vraag gesteld of Nederland kwalificatieverschillen zou moeten wegnemen, of in ieder geval de deelnemingsvrijstelling niet laten toepassen³⁰³. Voorgestelde maatregelen hierbij waren het volgen van de buitenlandse kwalificatie of het uitsluiten van een vrijstelling indien in het buitenland een aftrek wordt toegestaan. Daarbij is bij is Denemarken genoemd als voorbeeld, waar onder omstandigheden wordt aangesloten bij de kwalificatie van het buitenland om te voorkomen dat er sprake is van een vrijstelling en gelijktijdig een aftrek. De Minister van Financiën heeft hierbij uitdrukkelijk gekozen om de kwalificatie volgens Nederlandse normen als uitgangspunt te nemen^{304,305}. Het standpunt van de Minister van Financiën is gelegen in de wens om in Nederland tot een consistente behandeling te komen. Aansluiting bij de kwalificatie van een buitenlandse fiscus zou kunnen leiden tot een geldverstrekking die volgens Nederlandse normen een kapitaalverstrekking is maar moet worden behandeld als geldlening. Deze inconsistentie heeft de Minister niet wenselijk geacht. In deze consistente behandeling komt de neutraliteit in de systematiek naar voren. Bovendien heeft de staatssecretaris aangeven slechts te willen kijken naar een mogelijke grondslaguitholling in Nederland van in Nederland belaste activiteiten waarvan wij vinden dat die belast zouden moeten worden³⁰⁶. Afschaffing van de compenserende heffingstoets is volgens de staatssecretaris gerechtvaardigd met het argument dat hij het niet nodig acht om op te treden als belastinginspecteur van de hele wereld³⁰⁷. *Vleggeert* is van mening dat het standpunt van de staatssecretaris niet juist is³⁰⁸. Door slechts te kijken naar de binnenlandse kwalificatie en bij de behandeling van de deelnemerschapslening niet te kijken naar een mogelijke aftrek van een vergoeding strookt de behandeling van de deelnemerschapslening niet met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling, er vindt immers geen economisch dubbele belastingheffing plaats indien de vergoeding in Nederland in de belastingheffing wordt betrokken. Bovendien komt dit standpunt mij onjuist voor daar op andere plaatsen in de Wet VPB 1969 bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de buitenlandse heffingsgrondslag³⁰⁹. Voorts is bij de

³⁰² *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b, p. 9.

³⁰³ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 41.

³⁰⁴ MvA, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. C, p. 19.

³⁰⁵ De Minister van Financiën (G. Zalm) nam hierbij de Staatssecretaris van Financiën (J.G. Wijn) over in de totstandkoming van de Wet Werken aan Winst.

³⁰⁶ Spoeddebat over winstbelasting multinationals, *Handelingen* 2007/08, nr. 57, p. 4039-4057.

³⁰⁷ Spoeddebat over winstbelasting multinationals, *Handelingen* 2007/08, nr. 57, p. 4039-4057.

³⁰⁸ J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches', *WFR* 2013/1426.

³⁰⁹ Een voorbeeld hiervan betreft art. 10a lid 3 ond. b Wet VPB 1969. Met deze bepaling wordt - naast de binnenlandse heffingsgrondslag - de buitenlandse heffingsgrondslag beschermd. Hiervan is sprake in de situatie van een hybride *mismatch* bij een onzakelijke omleiding waarbij een geldlening wordt verstrekt door een buitenlandse entiteit, die op haar beurt de geldverstrekking financiert met hybride vermogen. De vergoeding op het vermogen door de buitenlandse entiteit is

behandeling van de Wet werken aan winst is aangedragen dat KIN een belangrijk aspect is van de deelnemingsvrijstelling³¹⁰. Dienaangaande ben ik het met *Vleggeert* eens dat dit argument niet opgaat voor hybride *mismatches*. Bij de gepresenteerde oplossingen van de BEPS en HMA-problematiek heeft de staatssecretaris de voorwaarde gesteld dat rekening moet worden gehouden met de open aard van de Nederlandse economie³¹¹. Naar het mij voorkomt voldoen de reeds gepresenteerde oplossingen aan deze eis. Immers heeft uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling met deze oplossingen niet tot gevolg dat belastingplichtigen op ongelijke voet concurreren met lokaal gevestigde ondernemingen.

Naar aanleiding van het wetsvoorstel Belastingplan 2013 gaat de staatssecretaris in een brief aan de Tweede Kamer in op aspecten van mogelijke belastingontwijking met internationale structuren via Nederland³¹². Daarbij bespreekt de staatssecretaris de problematiek van hybride *mismatches*. Hij is van mening dat het hier niet een specifiek Nederlands probleem betreft. Een mogelijke oplossing zou dan ook vanuit supranationale organen moeten komen. Naar mijn mening staat dit haaks op het standpunt dat Nederland heeft uitgedragen in de besprekingen met de ECOFIN-raad waarbij wordt betoogd dat de verantwoordelijkheid voor HMA-problematiek bij de lidstaten ligt. Daarmee is het standpunt van Nederland inconsequent.

Naast de wijze waarop de problematiek wordt opgelost heeft de staatssecretaris een belangrijke voorwaarde gesteld aan de wijze waarop een mogelijke oplossing wordt geïmplementeerd. Naar zijn mening dient de overeengekomen oplossing worden vastgelegd in afspraken die zoveel mogelijk staten binden³¹³. Door deze *hard law* oplossingen zijn de staten niet vrij om naar eigen inzicht een implementatie toe te passen. Aanbevelingen in de vorm van *soft law* kunnen namelijk alsnog leiden tot *mismatches*. Wanneer de voorwaarde van *hard law* wordt gezien in het kader van de aanpassing van de MD-Richtlijn dan zien we dat Nederland een spiegel moet worden voorgehouden. In de vorige paragraaf is namelijk gebleken dat in EU-verhouding de meest levensvatbare oplossing is gelegen in de vorm van een onverbindende aanbeveling om een vrijstelling niet toe te staan, vanwege de vereiste unanimiteit en de enkelvoudige meerderheid die vooralsnog bestaat. Een belangrijk aspect hierin is dat slechts in EU-verhouding kan worden gesproken van *hard law*. In wereldwijd verband kan hier geen aanspraak op worden gedaan. Met *Nouwen* acht ik het van belang om te onderkennen dat de

aftrekbaar maar de ontvangst van de corresponderende vergoeding is vrijgesteld. Zie Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, p. 7.

³¹⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 10, p. 6 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 15.

³¹¹ Brief van de staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 17 januari 2013, kenmerk IFZ/2013/25 U, zie *NTFR 2013/159*. IFZ/2013/25 U.

³¹² Brief van de staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 17 januari 2013, kenmerk IFZ/2013/25 U, zie *NTFR 2013/159*. IFZ/2013/25 U.

³¹³ Brief van de staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 17 januari 2013, kenmerk IFZ/2013/25 U, zie *NTFR 2013/159*. IFZ/2013/25 U.

oplossingen mogelijk gevolgen hebben voor de concurrentiepositie van de EU, met name in vergelijking tot landen die zich hebben aangesloten bij de OESO³¹⁴.

Een ander probleempunt in de wijze waarop de oplossingen worden vormgegeven is het punt van vereenvoudiging. Waar Nederland ertoe streeft om een meer eenvoudig en solide belastingstelsel te implementeren staat de voorgestelde wijziging in de MD-Richtlijn en de *linking rules* hier haaks op³¹⁵. De aanpassing van de fiscale behandeling aan de andere staat vereist een verregaande uitwisseling van informatie en kan daarmee niet worden gezien als een vereenvoudiging³¹⁶. *Nouwen* tekent hierbij aan dat het huidige debat zich slechts richt op het korte termijn veiligstellen van belastinginkomsten en niet op de beperkingen die de verhoogde financiële en administratieve lasten meebrengen³¹⁷.

4.5 Oplossingen in de literatuur

Niet alleen in de nationale en internationale organen roert men zich. Ook de nationale en internationale literatuur moeien zich met de problematiek en stellen diverse oplossingsrichtingen voor. Deze oplossingen zijn in meer en mindere mate vergelijkbaar met de oplossingen die de EU en de OESO voorstaan. In deze paragraaf bespreek ik oplossingen voor HMA-mismatches in de literatuur, voor zover deze niet gelijklopend zijn met de reeds besproken oplossingen. Daarbij maak ik een onderscheid naar oplossingen die zien op het systeem van kwalificatie en oplossingen die zien op de behandeling van de vergoeding³¹⁸.

4.5.1 Oplossing in het kwalificatiesysteem

De kern van de HMA-problematiek is gelegen in het verschil in kwalificatie. Oplossingen die zien op het wegnemen van dit verschil zijn door de OESO afgedaan als theoretisch en niet haalbaar. *Dziurdź* en *Bolhaar*³¹⁹ leveren op dit punt een bijdrage aan de discussie door te kijken naar oplossingen die zien op de wijze waarop de geldverstrekking *an sich* wordt gekwalificeerd.

Dziurdź betreurt het standpunt van de OESO in die zin dat hij van mening is dat deze oplossingsrichting levensvatbaar acht en niet van mening is dat deze oplossingsrichting slechts

³¹⁴ M.F. Nouwen, 'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans', *WFR* 2012/1296.

³¹⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 740, nr. 1.

³¹⁶ Voorts is de koppeling van de behandeling aan het buitenland niet bevorderlijk voor de fraudebestendigheid van de belastingheffing.

³¹⁷ M.F. Nouwen, 'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans', *WFR* 2012/1296.

³¹⁸ Voorts zou een verregaande oplossing gelegen zijn in het wegnemen van het onderscheid tussen de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen. Voorbeelden hierin zijn *allowance for corporate equity* (ACE) en een *comprehensive business income tax* (CBIT), alsmede tussenvormen hiervan. Oplossingen in deze context blijven buiten beschouwing. Voor een nadere beschouwing verwijs ik naar R.A. de Mooij en M.P. Devereux, 'An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU', *International Tax and Public Finance* Februari 2011, vol. 18, issue 1.

³¹⁹ W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFRA* 2013-25.

theoretisch van aard is³²⁰. Hij ziet op het punt van kwalificatie juist mogelijkheden voor coördinatie en stelt voor om een internationaal begrip van eigen en vreemd vermogen te introduceren. Wanneer landen geen consensus bereiken over de kwalificatie kan een dergelijk internationaal begrip worden toegepast. Ik kan mij vinden in de standpunten van de OESO en van *De Graaf*³²¹ dat de harmonisatie van vermogenskwalificatie tussen landen een zeer theoretische en een mogelijk niet haalbare oplossing is, mede gezien de fundamentele verschillen tussen de systemen van landen en de grote problemen die de OESO reeds heeft ondervonden bij de begripsbepaling van dividenden. Ik acht harmonisatie dan ook een verregaande oplossing. Niettemin zijn er mogelijkheden op het punt van coördinatie. Ik vind het dan ook teleurstellend dat de OESO niet verder heeft gekeken naar oplossingsrichtingen op het punt van kwalificatie, waar *Dziurdz* deze stap wel neemt. De coördinatie zoals wordt geopperd door *Dziurdz* gaat naar mijn mening voorbij aan minder verregaande oplossingen. Niettemin ben ik het met hem eens dat op het punt van kwalificatie-*mismatches* nog terrein gewonnen kan worden. Naar het mij voorkomt zou een *tie-breaker* in de kwalificatie tussen landen namelijk evenzeer coördinatie bewerkstelligen. Hierop is het niet nodig om een geheel nieuw begrip te introduceren zoals *Dziurdz* voorstaat.

Bolhaar toetst of de diverse systemen van classificatie van entiteiten kan worden doorgetrokken naar de kwalificatie van geldverstrekkingen. Hierbij bespreekt hij vier benaderingswijzen: de *similarity approach*, de *elective approach*, de *fixed approach*, en de *symmetrical approach*. Het eerstgenoemde systeem, de *similarity approach*, zou aan de hand van een aantal onderscheidende kenmerken worden gezien of een geldverstrekking vergelijkbaar is met de binnenlandse benadering. Omdat de doorslaggevende factoren tussen landen kunnen verschillen wordt hiermee alsnog geen *mismatch* voorkomen. Aan de hand van de *elective approach* zou door belastingplichtigen kunnen worden gekozen of een geldverstrekking als eigen of vreemd vermogen heeft te gelden. Er is sprake van een soort *check-the-box* systeem. Hiermee kunnen *mismatches* kunnen worden voorkomen maar ook bewust kunnen worden gecreëerd. Ook dit systeem lost de problematiek niet op. De *fixed approach* hanteert ten aanzien grensoverschrijdende geldverstrekkingen een gelijklopende kwalificatie. De geldverstrekking zou in dit geval als vreemd vermogen dan wel als eigen vermogen worden gekwalificeerd de verstrekking geschiedt vanuit het buitenland. Aan de hand van het laatstgenoemde systeem, de *symmetrical approach*, hanteren landen eenzelfde kwalificatie waarmee bij de ontvangstaat ofwel bij de bronstaat kan worden aangesloten. Daarmee sluit deze systematiek *mismatches* uit. *Bolhaar* is van mening dat dit systeem geen oplossing biedt omdat partijen alsnog ervoor kunnen kiezen om gelden aan te trekken in landen met een andersluidende kwalificatie dan wel

³²⁰ K. Dziurdz, ‘“Circularly Linked” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test’, *Bulletin for International Taxation* 2013 (Volume 67), No. 6.

³²¹ In A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements’, in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. *k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk)*. Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

door ervoor te zorgen dat de inlenende partij wordt verplaatst naar een land met een andersluidende kwalificatie. Hiermee gaat *Bolhaar* er vanuit dat een unilaterale oplossing niet zal worden overeengekomen. Voorts acht ik hierbij de soevereiniteit van landen in verregaande mate ingeperkt. Een dergelijke verregaande inperking lijkt reeds op het niveau van de EU een *bridge too far*, laat staan in mondiaal verband.

4.5.2 Oplossingen ten aanzien van de vergoeding

In een verkenning voor oplossingen voor de HMA-problematiek stelt *Vleggeert* een drietal aanpassingen voor. Hierbij wordt ten eerste het doel dat de Commissie voor ogen staat bewerkstelligd door te voorkomen dat vergoedingen die aftrekbaar zijn in de bronstaat vrijgesteld zijn in de ontvangstaat, het *deduction/no inclusion scheme*. Om het doel van de Commissie te bewerkstelligen acht *Vleggeert* het echter niet nodig dat de MD-Richtlijn wordt aangepast, slechts een aanpassing in de deelnemingsvrijstelling is hiertoe voldoende. Een niet eerder genoemde oplossing ziet op de omgekeerde variant van de eerder genoemde *deduction/no inclusion scheme*. Hierbij stelt de auteur voor om geen aftrek te verlenen van betalingen die bij de ontvanger niet worden belast. Hierdoor worden niet alleen *mismatches* door aanwezigheid van de deelnemingsvrijstelling voorkomen. Ik ben van mening dat dit in EU-verband zou kunnen worden bewerkstelligd door de IR-Richtlijn te coördineren met de MD-Richtlijn. Ook *mismatches* die ontstaan doordat in Nederland een geldverstrekking aftrekbaar is en in het buitenland vrijgesteld zijn, kunnen niet meer plaatsvinden. Als derde optie stelt de auteur voor om betalingen die ook aftrekbaar zijn in een andere jurisdictie niet in aftrek toe te staan. Deze optie gaat een stap verder dan de voorgaande maatregelen en ziet op *double deductions*. In dit kader heeft *De Graaf* aangetekend dat hierin het probleem schuilt dat consensus zal moeten worden bereikt omdat slechts een land heffingsrecht zal moeten opgeven³²².

Voorts is van belang ten aanzien van deze oplossingen dat ze dienen te voldoen aan de proportionaliteitseis. Het moet belastingplichtigen niet onnodig moeilijk of onmogelijk worden gemaakt om aan te tonen hoe de ontvangst *casu quo* de uitgave van de vergoeding wordt behandeld. Bovendien is bij de oplossingen van *Vleggeert* het belang van een *tie-breaker* onverminderd groot indien andere landen in vergelijkbare regelgeving voorzien.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk ben ik nader ingegaan op de internationale ontwikkelingen omtrent grondslagerosie en winstverschuiving. Hierbij stond de volgende deelvraag centraal: *Hoe ontwikkelt de problematiek omtrent mismatches zich in internationaal opzicht?* Aan de hand van de ontwikkelingen in de G20, de

³²² Zoals uitgelegd in het voorbeeld van paragraaf 4.2. A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

OESO, de EC, en in Nederland heb ik de internationale problematiek en de standpunten van de belanghebbende organisaties geschetst.

In 2012 heeft de G20 de noodzaak van een aanpak tegen grondslagerosie en winstverschuiving gesignaleerd. Op verzoek van de G20 is de OESO gestart met het BEPS project. Dit BEPS-rapport voorziet in een beschrijving van de problematiek. Meer concrete oplossingen worden geopperd in het *Action Plan in BEPS*. In dit plan worden coherentie, (de afwezigheid van) *substance* en transparantie genoemd als belangrijke aspecten. Met coherentie als voornaamste aspect wordt erkend dat de huidige bilaterale belastingverdragen en OESO-standaarden over het algemeen niet voorzien in voorkoming van *mismatches*. Daarbij wordt aangetekend dat de bestaande standaard moet worden aangevuld om geen- of lage belastingheffing over inkomensgenererende activiteiten te voorkomen. De concrete oplossing die hierbij wordt geboden is reeds aangedragen in een eerder OESO-rapport. Deze oplossing ziet op *linking rules*, waarmee regels worden geïmplementeerd die de wijze waarop een vermogensinstrument behandelen koppelen aan de wijze waarop het buitenland dit instrument behandelt. Voor implementatie van deze *linking rules* dienen zowel de nationale wetteksten als de bilaterale belastingverdragen te worden aangepast. Met deze *linking rules* wordt niet aangesloten bij de kwalificatie van de geldverstrekking maar bij de wijze waarop de geldverstrekking wordt behandeld. Hierdoor wordt niet aangeknoopt bij het heffingsobject maar bij de heffingsgrondslag. Als gevolg van deze oplossing worden zowel *double deduction schemes* als *deduction/no inclusion schemes* opgelost. Hierbij is van belang dat een *tie-breaker* bepaling wordt geïntroduceerd, ter voorkoming van dubbele heffing als gevolg van gelijktijdige toepassing van de *linking rules* in zowel de bronstaat als de ontvangstaat. Hierbij dient de bronstaat dan wel de ontvangstaat terug te treden. Een mogelijk probleem in de *linking rules* is dat hiermee de soevereiniteit van landen wordt ingeperkt. Omdat de nationale heffingsgrondslag afhankelijk is van de heffingsgrondslag in een ander land vindt een inperking plaats van de bevoegdheid om zelfstandig een heffingssysteem in te richten. De mate waarin deze inperking plaatsvindt is afhankelijk van de concrete vormgeving van de *linking rules*. Hierbij zij aangetekend dat het recht om belasting te heffen doorgaans wordt verruimd. Hierdoor zullen landen eerder geneigd zijn om de bepalingen toe te passen.

Binnen de EU speelt de problematiek al langere tijd een rol. De Gedragscodegroep rapporteerde reeds in 2009 over haar werk omtrent winstdelende leningen. Binnen deze groep heerst echter verdeeldheid over de te nemen oplossing en het niveau waarop deze oplossingen dienen te worden geïmplementeerd. In het Actieplan van de Commissie wordt voortborduurd op de besprekingen van de Gedragscodegroep. Met dit plan dringt de Commissie er bij lidstaten op aan om in nationale regelgeving en in bilaterale belastingverdragen bepalingen op te dragen die zien op de voorkoming van non-heffing. Bovendien heeft de Commissie een voorstel gepresenteerd voor de aanpassing van de MD-Richtlijn. De voorgestelde aanpassing van de MD-Richtlijn is echter ambigu. De tekst die in de voorgestelde wijziging staat werkt minder strikt uit dan wordt beoogd. Op grond van de

voorgestelde tekst zijn lidstaten niet verplicht om een vrijstelling toe te passen voor zover de vergoeding aftrekbaar zijn bij de debiteur. Met de wijziging is echter beoogd om de vrijstelling verplicht niet toe te passen.

Bij de bespreking van het Nederlandse standpunt dient het concept van KIN in ogenschouw te worden genomen. De hoogte van de belastingdruk van inkomsten in Nederland als zijnde ontvangstaat is afhankelijk van de hoogte van de belastingdruk van de bronstaat. Binnen dit concept speelt de deelnemingsvrijstelling belangrijke rol. Ten aanzien van de te volgen oplossing heeft Nederland een gemengde rol. Enerzijds wordt het standpunt ingenomen dat op nationaal niveau tot een oplossing moet worden gekomen. Anderzijds wordt het standpunt ingenomen dat de oplossing vanuit supranationale organen dient te komen. Niettemin heeft de staatssecretaris aangegeven dat Nederland de oplossing vanuit de Commissie steunt. Bovendien heeft de staatssecretaris betoogd dat hem een strikte wijziging van de MD-Richtlijn voorstaat. Mogelijk is dit een politieke zet om *goodwill* te creëren, er vanuit gaande dat andere lidstaten binnen de EU tegen zullen stemmen.

In de literatuur worden andere oplossingsrichtingen besproken. Hierbij wordt gekeken naar de benadering die wordt gehanteerd bij de classificatie van entiteiten. De meest waarschijnlijke benadering is de *symmetrical approach*. Hierbij wordt aangesloten bij de kwalificatie van de ontvangstaat dan wel van de bronstaat. In deze oplossing wordt de mogelijke inperking van soevereiniteit het grootste probleem geacht. Harmonisatie van de kwalificatie van vermogen is door de OESO en in de literatuur afgedaan. Niettemin zie ik mogelijkheden op het punt van coördinatie in de kwalificatie. Voorts wordt in de literatuur gesproken over coördinatie op het punt van de behandeling van de geldverstrekking. Daarbij wordt voorgesteld om zowel ten aanzien van de vrijstelling als ten aanzien van de aftrek van de vergoeding op een geldverstrekking *linking rules* te implementeren. Hierbij gaat de literatuur verder in op de voorstellen van de OESO.

Deze oplossingen moeten worden afgewogen aan de hand van de criteria van een goed belastingstelsel. Het volgende hoofdstuk voorziet in deze afweging. Aan de hand van deze bespreking zal worden voorzien in een oplossing voor *mismatches* met een deelnemerschapslening.

De oplossing voor mismatches met een deelnemerschapslening

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken ben ik ingegaan op de kwalificatie van de deelnemerschapslening en de wijze waarop eigen en vreemd vermogen in internationaal perspectief wordt behandeld. Als gevolg van de fiscale kwalificatie van de deelnemerschapslening in Nederland tot eigen vermogen en een mogelijk andersluidende kwalificatie in het buitenland tot vreemd vermogen, kunnen belastingplichtigen inspelen op verschillen in wetgeving tussen jurisdicties. De non-heffing die hierdoor mogelijk ontstaat, brengt grondslagerosie en een ongelijke concurrentie mee. Vervolgens ben ik ingegaan op de heersende opvatting over *mismatches* in internationaal perspectief. Er is een noodzaak om in internationaal verband grondslagerosie en winstverschuiving tegen te gaan. Het inspelen op *mismatches* met gebruik van de deelnemerschapslening dient dan ook te worden aangepakt. Hiermee is de hoofdvraag van deze scriptie reeds ten dele opgelost. De vraag of de internationale problematiek een oplossing vereist in de behandeling van de deelnemerschapslening moet namelijk bevestigend worden beantwoord. Om de rest van de hoofdvraag te beantwoorden, bespreek ik in dit hoofdstuk de wijze waarop de behandeling van de deelnemerschapslening moet worden aangepast. Daarbij evalueer ik mogelijke oplossingen aan de hand van het, in de inleiding geschetste, toetsingskader. Ik toets de oplossingen op rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Aan de hand van deze criteria van een goed belastingstelsel tracht ik te komen tot een gewenste oplossing.

5.2 Aansluiting bij de kwalificatie van de geldverstrekking

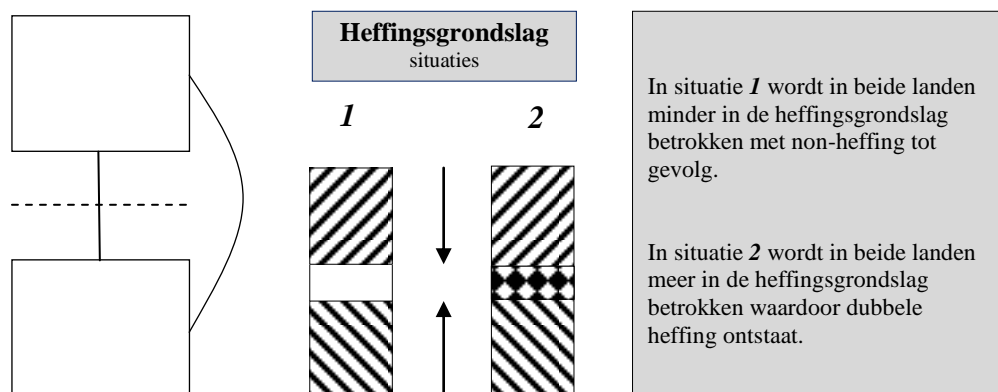
Het is voor de hand liggend om een probleem op te lossen bij de oorzaak van het probleem. Op basis van deze veronderstelling zouden hybride *mismatches* moeten worden opgelost op het punt waar de *mismatch* wordt veroorzaakt. De oorzaak ligt in het verschil in kwalificatie van de geldverstrekking. De oorzaak wordt weggenomen indien de internationale kwalificatie van geldverstrekkingen gelijklopend zou zijn. Deze oplossing sluit aan bij het object van heffing. De complexiteit van deze oplossing is gering, waardoor de efficiëntie van de oplossing wordt gewaarborgd. Daarmee lijkt de problematiek in eerste aanleg te zijn opgelost.

Het gelijklopend kwalificeren van de geldverstrekking maakt inbreuk op de soevereiniteit van staten. De bronstaat dan wel de ontvangstaat is gehouden zich aan te passen aan de kwalificatie van de andere staat³²³. Niettemin behouden zowel de ontvangstaat als in de bronstaat hun soevereiniteit

³²³ Afhankelijk van de vormgeving van een *tie-breaker*.

over de wijze waarop de geldverstrekking wordt behandeld. De landen zijn volledig vrij in de overige vormgeving van hun belastingsysteem. Kortom, landen kunnen hun eigen grondslag bepalen.

Op het punt van de grondslagbepaling zullen dan ook de verschillen tussen de systemen zichtbaar worden. Met de zichtbaarheid van de verschillen is het duidelijk waar alsnog *mismatches* ontstaan. Daarmee blijft economisch dubbele heffing dan wel non-heffing aanwezig. Ik geef dit grafisch weer in de onderstaande afbeelding.



Figuur 3: Grafische weergave van dubbele heffing en non-heffing

Non-heffing, zoals weergegeven onder situatie *1*, ontstaat indien in de bronstaat minder wordt belast dan in de ontvangststaat wordt vrijgesteld. Van minder belasten is bijvoorbeeld sprake indien de bronstaat een aftrekbare last toestaat die in de ontvangststaat buiten de heffingsgrondslag wordt gehouden³²⁴. Van meer vrijstellen is bijvoorbeeld sprake indien een deelnemingsvrijstelling in de ontvangststaat meer vrijstelt dan in de bronstaat in de heffing wordt betrokken. In beide gevallen is sprake van een *mismatch* die niet wordt opgelost door een uniforme kwalificatie. Dubbele heffing is weergegeven in situatie *2*. Deze situatie doet zich voor indien in de bronstaat meer belast wordt dan in de ontvangststaat vrijgesteld wordt. Hiervan is sprake indien de bronstaat kosten van aftrek uitsluit dan wel in aftrek beperkt, terwijl de ontvangststaat er vanuit gaat dat deze kosten in aftrek zijn gebracht waardoor laatstgenoemde een te lage winst vrijstelt³²⁵.

Met de aansluiting bij de kwalificatie van de geldverstrekking wordt het probleem bij de oorzaak aangepakt. Niettemin ontstaan alsnog *mismatches* in de behandeling van de geldverstrekking. Dit is

³²⁴ Deze non-heffing kan zich bijvoorbeeld voordoen in het geval waarbij Nederland, als ontvangststaat, een ontvangst op grond van het totaalwinstbeginsel (art. 3.8 Wet IB 2001) niet tot de winstsfeer rekent en de bronstaat de corresponderende uitgave wel ziet als een aftrekbare last.

³²⁵ Een voorbeeld betreft de bepaling in art. 131 lid 6 ond. b Wet VPB 1969. Met deze bepaling wordt aftrek van bovenmatige deelnemingsrente voorkomen. Dit specifieke artikel ziet op een *double dip*. Hiervan is sprake indien door belastingplichtige een deelnemerschapslening wordt verstrekt aan een lichaam in het buitenland en deze lening financiert met een lening bij een derde partij. Art. 131 lid 6 Wet VPB 1969 ziet op de situatie waarbij zowel in het buitenland, vanwege een kwalificatiemismatch, als ter zake van de inlening een renteaftrek plaatsvindt. De renteaftrek ter zake van de inlening kan in aftrek worden beperkt op grond van deze bepaling. Een ander voorbeeld betreft de artt. 3.14 en 3.15 Wet IB 2001. Indien één van deze artikelen van toepassing is in Nederland en het buitenland, als ontvangststaat, deze uitgaven niettemin ziet als een aftrekbare last ontstaat dubbele heffing.

het gevolg van een verschil in belastinggrondslag. Een voorbeeld hiervan betreft het systeem van Australië³²⁶. Aan de hand van de BRR is een deel van de vergoeding op eigen vermogen aftrekbaar. Hiermee wijkt de grondslag die in Australië wordt gehanteerd af van de grondslag die in Nederland wordt gehanteerd. Met de oplossing waarbij wordt aangesloten bij het object van heffing wordt het probleem verschoven naar de grondslag. Bijgevolg is alsnog geen sprake van een *level playing field*. Wanneer deze oplossingsrichting wordt gezien in termen van het toetsingskader komt naar voren dat, op grond van bovenstaande, niet wordt voldaan aan twee belangrijke onderdelen; de rechtvaardigheid en de effectiviteit. Gelijke gevallen kunnen alsnog ongelijk worden behandeld. Het beoogde resultaat, het wegnemen van een *mismatch* met de deelnemerschapslening, wordt met deze oplossing niet bereikt.

5.3 Aansluiting bij de vergoeding op de geldverstrekking

De oplossingsrichting die in de internationale discussie de boventoon voert richt zich op de vergoeding van de geldverstrekking. Hiermee wordt niet zozeer de oorzaak maar het symptoom van het probleem aangepakt. De wijze waarop deze vergoeding wordt behandeld is verschillend als gevolg van een *mismatch*. De opvatting is dat de *mismatch* kan worden aangepakt door een aanpassing in de wijze waarop deze vergoeding tussen landen wordt behandeld. Dit gebeurt aan de hand van *linking rules*. Door deze *linking rules* is de behandeling van de geldverstrekking afhankelijk van de wijze waarop de geldverstrekking in het buitenland wordt behandeld. Wanneer een vergoeding in de bronstaat kan worden afgetrokken dan zou deze vergoeding in het ontvangstland niet tot een vrijgestelde ontvangst moeten leiden. Voorts zou een aftrek niet moeten worden toegestaan in de bronstaat indien de corresponderende ontvangst in de ontvangststaat is vrijgesteld. Bovendien zou een aftrek van een vergoeding niet moeten worden toegestaan indien in het buitenland eveneens sprake is van een aftrek van de corresponderende vergoeding.

Het conceptuele kader van deze oplossing is besproken in het vorige hoofdstuk. Ten aanzien van de concrete invulling bestaan nog onduidelijkheden. Zo is het niet duidelijk of landen moeten aansluiten bij de heffing van de bronstaat dan wel bij de heffing van de ontvangststaat. Voorts is het de vraag hoe de *linking rules* uitwerken indien geen sprake is van een vrijstelling maar van een lage effectieve heffing. Bovendien is het niet duidelijk wat de reikwijdte van de voorgestelde regels is. Om deze regels *überhaupt* toe te kunnen passen is het van belang dat informatie omtrent de mogelijke afwezigheid van een compenserende heffing beschikbaar is. De vraag is echter in hoeverre daarvan sprake is. Deze onduidelijkheden bespreek ik in de volgende paragrafen. In deze bespreking toets ik de oplossing aan de criteria voor een goed belastingstelsel.

³²⁶ Een voorbeeld dichter bij huis betreft het systeem van België. Met de notionele interestaftrek in dit land is (een deel van) de vergoeding op eigen vermogen aftrekbaar. Vanwege deze grondslagafwijking kan een *mismatch* ontstaan.

5.3.1 Afwijkende grondslag

Waar de oplossing in paragraaf 5.2 strandt, gaat de hierna te bespreken oplossing verder. Afstemming van het de kwalificatie lost de *mismatch*-problematiek niet volledig op indien sprake is van een afwijkende heffingsgrondslag. Met afstemming van de wijze waarop de vergoeding wordt behandeld wordt beoogd *mismatches* te voorkomen. De vraag is echter in hoeverre deze voorkoming daadwerkelijk wordt bewerkstelligd. De vrijstelling van een ontvangst of de aftrek van een uitgave wordt afhankelijk gesteld van de behandeling in het buitenland. Hierbij echter niet de gehele heffingsgrondslag van het buitenland in aanmerking genomen. Indien de ontvangstaat een geldverstrekking niet zozeer wordt vrijgesteld maar belast wordt naar een effectief laag tarief dan is alsnog sprake van een *mismatch*. In deze situatie ontstaat dubbele belasting. *De Boer en Nouwen* stellen dan ook terecht de vraag of er een principieel verschil bestaat tussen een vrijstelling en een heffing naar een (effectief) laag tarief in de ontvangstaat³²⁷. Dit probleem doet zich eveneens voor indien de verstrekking van de vergoeding slechts gedeeltelijk aftrekbaar is³²⁸. Hierop is het de vraag in hoeverre een aftrek afhankelijk moet worden gesteld van een (gedeeltelijke) vrijstelling. In deze situatie is de vraag in hoeverre de ontvangst van de vergoeding zou moeten worden vrijgesteld.

Dit probleem heeft eveneens gespeeld bij de hybride lening wetgeving in de periode 2002 – 2007. Daarbij werd door de staatssecretaris als oplossing aangedragen dat een partiële aftrek noopt tot een partiële vrijstelling³²⁹. Een voorbeeld hiervan betreft de situatie waarbij 10% van de rente in het buitenland aftrekbaar is en 90% niet kan worden afgetrokken³³⁰. In deze situatie zou de overige 90% moeten worden vrijgesteld bij ontvangst door de crediteur³³¹. De vraag is of hiermee wordt voldaan aan het tweede aspect van het toetsingskader: efficiëntie. De complexiteit van de uitvoering zal niet gering zijn. Deze efficiëntie staat op gespannen voet met het rechtvaardigheidsbeginsel. Een partiële aftrek, dan wel een partiële vrijstelling, doet recht aan het laatstgenoemde beginsel. Voorts kan de vraag worden gesteld of deze een partiële benadering niet leidt tot een hellend vlak. Wanneer een partiële aftrek kan worden toegestaan dan zou ook rekening moeten worden gehouden met onderlinge verrekening van grondslagen³³². Daarmee worden *mismatches*, als gevolg van grondslagafwijking,

³²⁷ R.A. de Boer en M.F. Nouwen, 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp', *WFR* 2013/34.

³²⁸ *Bobeldijk en Hofman* schetsen een voorbeeld van een dergelijke situatie met de *thin-capitalisation* wetgeving. Indien op grond van een dergelijke wetgeving de vergoeding slechts gedeeltelijk in aftrek kan worden gebracht en de vrijstelling volledig wordt uitgesloten ontstaat dubbele heffing. In: A.C.P. Bobeldijk en A.W. Hofman, 'Ook na de derde veegwet blijft vegen noodzakelijk!', *WFR* 2002/1576.

³²⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 487, nr. 3, p. 41.

³³⁰ Dit voorbeeld is ontleend aan S.F.M. Niekel, H. de Gunst, A.C. van der Linde, 'Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen', *FED* 2002/117.

³³¹ Mits sprake is van een deelneming ex. art. 13 lid 2 Wet VPB 1969.

³³² Dit probleem laat ik echter buiten beschouwing bij dit onderzoek. In de eerste plaats vanwege een hoge mate van complexiteit van de problematiek. In de tweede plaats omdat een oplossing ten aanzien van deze de soevereiniteit van landen te buiten gaat.

voorkomen. Bijgevolg wordt voldaan aan het rechtvaardigheidsbeginsel, de efficiëntie is echter in het geding.

Naar het mij voorkomt moet het uitgangspunt van een *linking rule* zijn dat deze niet gedeeltelijk wordt toegepast. Indien de toepassing van *linking rule* leidt tot een onevenwichtige situatie dan zou een partiële aftrek evenwel moeten worden toegestaan. Deze situatie noopt tot een tegenbewijsregeling. Hierbij dient het uitgangspunt te zijn dat de *linking rules* worden toegepast. Deze regel leidt uitzondering indien belastingplichtige kan aantonen dat de aftrek, *casu quo* de vrijstelling, slechts ten dele is toegepast. Hierbij ligt de bewijslast bij de belastingplichtige. Daarmee wordt *overkill* in de bepaling voorkomen. Voorts is de bepaling hiermee alsnog effectief om *mismatches* te bestrijden. Hierdoor vindt een uitruil plaats tussen rechtvaardigheid en efficiëntie.

5.3.2 Bronstaat versus ontvangstaat

Zowel door de OESO als in de literatuur worden verschillende varianten genoemd van de *linking rules*. Deze varianten stellen voor om zowel bij de ontvangstaat als bij de bronstaat een koppeling te maken met de wijze waarop de heffing in het buitenland plaatsvindt. In het vorige hoofdstuk heb ik besproken dat een samenloop van *linking rules* kan leiden tot dubbele heffing. Dit probleem noopt tot een *tie-breaker*. Een *tie-breaker* voorkomt, dan wel beperkt, deze dubbele heffing. De bepaling kan ertoe zorgen dat in één van de landen de *linking rules* niet worden toegepast. Anderzijds kan de bepaling zorgen voor een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de landen, waarbij beide landen gedeeltelijk terugtreden. Binnen de EU is voorgesteld om slechts in de ontvangstaat een koppeling te maken met de wijze waarop de heffing in het buitenland plaatsvindt. Het argument hiervoor is dat met deze benadering de wetgeving minder verregaand dient te worden aangepast³³³. Een ander argument bij deze benadering ziet op de bescherming van de heffingsgrondslag binnen de EU. Door een voorwaardelijke vrijstelling wordt voorkomen dat derde landen onbelemmerd gebruik kunnen maken van de deelnemingsvrijstelling. De Graaf gaat er vanuit dat de *tie-breaker* zal zorgen voor een terugtreding door de ontvangstaat en een exclusieve toewijzing van heffingsbevoegdheid aan de bronstaat³³⁴. Zonder verdere motivatie stelt Vleggeert dat de regel waarbij een aftrek wordt verhinderd voorrang dient te krijgen³³⁵. Wanneer deze aftrek wordt verhinderd volgt de ontvangstaat de bronstaat. Hierbij kan een vergelijking worden getrokken met de verdeling van de heffingsbevoegdheid uit het dividend- en interestartikel van het OESO-modelverdrag. Deze bepalingen zien op juridische dubbel heffing en zijn daarom niet onverkort toepasbaar. Niettemin kan inspiratie worden opgedaan voor de verdeling van heffingsbevoegdheid. In deze artikelen wordt de

³³³ Rapport van de Gedragscodegroep van 27 mei 2011, nr. 10857/11, FISC 75.

³³⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, 'Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements', in: A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen, 'Ik Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk)', Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

³³⁵ J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches', *WFR* 2013/1426.

heffingsbevoegdheid namelijk verdeeld over de bronstaat en de ontvangstaat. Met deze verdeling in het achterhoofd zou, mede gezien het karakter en de vergelijkbaarheid met zowel interest als dividend, sprake kunnen zijn van verdeling van de heffingsbevoegdheid³³⁶.

Voor de beantwoording van de vraag of de bronstaat of de ontvangstaat zou moeten terugtreden bij de verdeling van de heffingsbevoegdheid is van belang om te kijken naar KIN en KEN. Indien KEN wordt beoogd dan zou de behandeling in de ontvangstaat leidend moeten zijn. In dit geval worden alle investeringen door middel van een belastingverrekening, ongeacht de oorsprong van de inkomensbestanddelen, in de ontvangstaat even zwaar in de heffing wordt betrokken. De neutraliteit die met KEN wordt beoogd ziet op het niveau van de ontvangstaat. Indien daarentegen KIN wordt beoogd dan zou de behandeling in de bronstaat moeten worden gevolgd. Wanneer een lokaal gevestigde ondernemer in de bronstaat de deelnemerschapslening zou verstrekken, dient immers eveneens de behandeling van de bronstaat worden gevolgd. Door aansluiting te zoeken bij de behandeling in de bronstaat wordt KIN bewerkstelligd. Hierdoor komt de geldverstrekker niet op achterstand, en niet op voorsprong, ten opzichte van lokaal gevestigde geldverstrekkers. *Kemmeren* bespreekt de toerekening van heffingsgrondslag over vreemd vermogen³³⁷. Daarbij geeft hij aan dat, op grond van het territorialiteitsbeginsel³³⁸ waarbij het belastingniveau van de oorsprongsstaat beslissend is, exclusieve belastingheffing dient te worden toegewezen aan de oorsprongsstaat. Bijgevolg dient de inkomenscomponent objectief te worden vrijgesteld in de ontvangstaat, waardoor KIN wordt bereikt. Bezien vanuit het Nederlands fiscaal verdragsbeleid, indachtig de status van Nederland met een klein binnenland met een groot buitenland³³⁹, zou naar mijn mening de bronstaat als uitgangspunt moeten worden genomen. Voorts laat *Kemmeren* aantekenen dat het territorialiteitsbeginsel nauw aansluit bij het profijtbeginsel. Op basis van dit beginsel dient de inwoner die profijt heeft van een overheidsvoorziening ook bij te dragen aan de financiering van deze voorziening. Indien belastingheffing aansluit bij de plaats waar de productiefactoren worden aangewend dan wordt daarmee aangesloten bij het profijtbeginsel. Daarmee voldoet deze benadering aan de eis van rechtvaardigheid. De *tie-breaker* dient dan ook te voorzien in een bepaling waarbij de ontvangst van een vergoeding slechts kan worden vrijgesteld indien in het buitenland geen aftrek wordt genoten.

³³⁶ Voorts zij aangetekend dat hiervoor een aanpassing in de belastingverdragen is vereist. De belastingverdragen dienen te voorzien in heffingsbevoegdheid voor zowel de ontvangstaat als de bronstaat.

³³⁷ E.C.C.M. Kemmeren, 'Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', *WFR* 2009/401.

³³⁸ *Kemmeren* definieert dit beginsel als volgt: "Het houdt in dat de omvang van de heffingsrechten van een staat slechts wordt bepaald door het inkomen verdiend in die staat. In tegenstelling tot het universaliteitsbeginsel, waarbij het belastingniveau van de woonstaat prevaleert, is bij het territorialiteitsbeginsel het belastingniveau van de oorsprongsstaat beslissend." In: E.C.C.M. Kemmeren, 'Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!', *WFR* 2009/401.

³³⁹ Voor een uitgebreide bespreking van dit onderdeel verwijs ik naar paragraaf. 4.4.

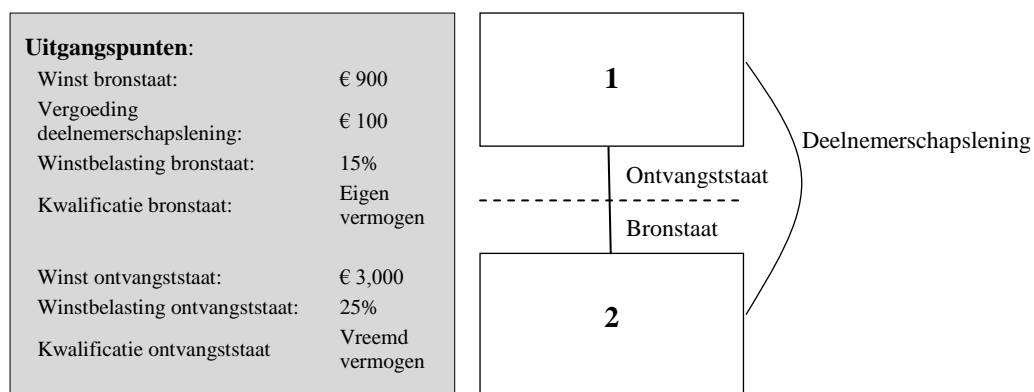
5.3.3 Reikwijdte; vermogenswinsten

Zoals ik in het voorgaande hoofdstuk heb aangetekend sluit deze oplossingsrichting mogelijk niet aan bij de oorzaak van het probleem maar slechts bij de gevolgen ervan. Hierdoor vindt met name symptoombestrijding plaats. De vraag is dan ook of deze oplossing volledig is en bijdraagt aan een oplossing van de kern van het probleem. Dit aspect ziet met name op de reikwijdte van de *linking rules*. Wanneer tegenover de aftrek van een vergoeding de corresponderende bate wordt belast dan is deze oplossing in eerste instantie sluitend. Toch schuilt in deze oplossing een onvolkomenheid. Deze onvolkomenheid ziet op de situatie waarbij geen vergoeding op de geldverstrekking wordt bedongen en eventuele winsten niet worden uitgekeerd. Dit is mogelijk vanwege het verschil in kwalificatie. Indien in de bronstaat de geldverstrekking wordt gezien als vreemd vermogen dan wordt aldaar een periodieke rentelast geboekt. Wanneer daarentegen de geldverstrekking in de ontvangstaat wordt gezien als eigen vermogen, en op het eigen vermogen geen vergoeding wordt bedongen, dan ontstaat alsnog een *mismatch*. Deze *mismatch* ziet op de vermogenswinst die ontstaat bij de geldverstrekker. Slechts bij liquidatie van de entiteit dan wel ingeval van terugbetaling van de deelnemerschapslening vindt een uitkering plaats. Het verschil tussen deze uitkering en de nominale waarde van de deelnemerschapslening omvat de vermogenswinst. In deze vermogenswinst zit, vanwege het ontbreken van de vergoeding, ook een interestcomponent *casu quo* dividendcomponent. Op grond van de beperkte reikwijdte van de bepaling, de vergoeding op de geldverstrekking, wordt het beoogde doel van de bepaling niet behaald. Daarmee zijn de *linking rules* niet effectief³⁴⁰.

Om tot een effectieve en volledige oplossing te komen moeten ook de vermogenswinsten onder de bepaling vallen. Indien in Nederland de toepassing van de deelnemingsvrijstelling afhankelijk wordt gemaakt van een corresponderende heffing in het buitenland dan is, voor wat betreft Nederland, sprake van een volledige oplossing. De deelnemingsvrijstelling ziet niet alleen op vergoedingen, ook vermogensresultaten vallen onder de reikwijdte van ‘voordelen uit hoofde van een deelneming’³⁴¹. Een andere wijze waarop een effectieve en volledige oplossing zou worden bereikt ziet op de voorkomingsmethodiek. Wanneer geen belastingvrijstelling maar een belastingverrekening zou worden gehanteerd dan kunnen belastingplichtigen geen *deduction/no inclusion* dan wel *double deduction* bewerkstelligen. Dit laat zich illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld:

³⁴⁰ Deze tussenconclusie heeft gevolgen voor de voorgestelde wijziging van de MD-Richtlijn. Indien de richtlijn niet ziet op vermogenswinsten dan is de wijziging niet effectief.

³⁴¹ Hierbij zij aangetekend dat Nederland mogelijk internationaal uit de pas gaat lopen. Hiervan is sprake indien slechts Nederland een dergelijk brede reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling kent. De omvang van dit onderzoek laat deze bespreking niet toe. Voor de reikwijdte van de buitenlandse varianten van de deelnemingsvrijstelling verwijs ik naar C. Romano, ‘Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey’, *European Taxation* juli 1999, p. 256 - 269.



Figuur 4: Uitgangspunten bij het verschil tussen een verrekeningssysteem en een vrijstellingssysteem

De uitgangssituatie is een vennootschap met een deelneming in het buitenland. Tevens is een deelnemerschapslening³⁴² verstrekt aan de deelneming. Deze lening wordt in de ontvangstaat als eigen vermogen gekwalificeerd. De bronstaat kwalificeert de lening als vreemd vermogen.

Bij een verrekeningssysteem wordt belasting geheven op basis van de nationale grondslag van de ontvangstaat. Nadat de grondslag is bepaald wordt voorkoming verleend. Deze voorkoming strekt tot maximaal de in het buitenland geheven belasting. De belasting wordt geheven zodra de inkomensbestanddelen kunnen worden gerekend tot de heffingsgrondslag. Wanneer het inkomen nog niet tot de grondslag behoort, kan nog geen heffing plaats vinden. Hierdoor is sprake van een timingseffect. Slechts op dit punt kan onder een verrekeningssysteem worden ingespeeld op een *mismatch*.

	Zonder voorkoming	Objectvrijstelling	Verrekeningssysteem
Belasting bronstaat	$900 \times 15\% =$ €135	$900 \times 15\% =$ €135	$900 \times 15\% =$ €135
Belasting ontvangstaat	$3900 \times 25\% =$ €975	$3000 \times 25\% =$ €750	$4000 \times 25\% =$ €1000
Voorkoming			- €135
			€865
Totaal	€1110	€885	€1000

Tabel 5: Illustratie verschil tussen een verrekeningssysteem en een vrijstellingssysteem

Hoewel met het verrekeningssysteem een volledige en effectieve oplossing wordt bereikt acht ik dit niet als een haalbare optie voor Nederland. Een verrekeningssysteem heeft KEN als uitgangspunt. Hiermee wordt niet alleen de heffingsgrondslag maar ook het tarief van de ontvangstaat op inkomende inkomsten opgelegd. Dit staat haaks op het verdragsbeleid dat Nederland hanteert.

³⁴² Op de deelnemerschapslening wordt een winstafhankelijke vergoeding verstrekt. Gemakshalve heb ik aangenomen dat de vergoeding €100 bedraagt.

5.3.4 Informatieasymmetrie

Om een *linking rule* effectief te kunnen toepassen is informatie vereist over de aanwezigheid van een compenserende heffing in het buitenland. De vraag is in hoeverre deze informatie beschikbaar is en in hoeverre kan worden verwacht dat belastingplichtigen deze informatie kunnen aanleveren. Indien belastingplichtige zelf niet over de informatie beschikt dan is de vraag in hoeverre de belastingdienst deze informatie van belastingplichtige kan vragen. Dit probleem speelt vooral een rol in de situatie waarbij een deelnemerschapslening wordt verstrekt aan een minderheidsdeelneming. In de parlementaire bespreking van de compenserende heffingstoets³⁴³ in de huidige deelnemingsvrijstelling deze vraag gesteld³⁴⁴. Volgens de Minister van Financiën zou de informatieverplichting geen probleem zijn. Op grond van art. 47 lid 1 ond. a AWR is de belastingplichtige gehouden gegevens en inlichtingen te verstrekken die van belang kunnen zijn voor de belastingheffing. Deze bepaling betreft een verregaande informatieverplichting³⁴⁵. De belastingplichtige wordt volgens de minister geacht over voldoende informatie te kunnen beschikken, dan wel de bevoegdheid te hebben om deze informatie op te kunnen vragen.

Ik verwacht dat de informatieverplichting niet zal zorgen voor veel problemen. Met de voorwaarden waarop een deelnemerschapslening wordt aangegaan geeft de belastingplichtige blijk van een grote mate aan vertrouwen in de debiteur. Een dergelijke lening zal niet worden aangegaan indien geen informatie beschikbaar is over het functioneren van de debiteur. Bovendien acht ik het niet waarschijnlijk dat een deelnemerschapslening zal worden aangegaan indien de belastingplichtige slechts een gering belang heeft in de debiteur. Voorts speelt de informatieverplichting slechts indien de belastingplichtige een belang heeft van minimaal 5%³⁴⁶. Naar het mij voorkomt zal het standpunt van de minister in deze dan ook niet wijzigen.

5.4 Conclusie: oplossing

In dit hoofdstuk ben ik nader ingegaan op de wijze waarop de behandeling van de deelnemerschapslening moet worden aangepast. De eerste oplossingsmogelijkheid sluit aan bij de wijze waarop een geldverstrekking wordt gekwalificeerd, het heffingsobject. Hoewel deze oplossing het probleem bij de kern aanpakt, is zij niet volledig. Bij een gelijklopende kwalificatie van de geldverstrekking kan alsnog non-heffing plaatsvinden indien de grondslag tussen landen afwijkt. Daarmee voldoet zij niet aan twee (van de drie) gestelde eisen van een goed belastingstelsel: rechtvaardigheid en effectiviteit.

³⁴³ Voor een bespreking van deze toets verwijs ik naar par. 2.5.3.5.

³⁴⁴ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 41

³⁴⁵ Het gaat het bereik de scriptie te buiten om deze verplichting tot in detail te bespreken. Voor een bespreking van de reikwijdte verwijs ik naar F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, 'Beperkingen aan de verplichtingen ingevolge art. 47 AWR', *TFB* 2006/5.

³⁴⁶ Ex art. 13 lid 2 Wet VPB 1969.

Waar de eerstgenoemde oplossing ophoudt, gaat de tweede oplossing verder. Deze oplossing is een *linking rule* ten aanzien van de behandeling van de geldverstrekking. Hierbij wordt de vrijstelling dan wel de aftrekbaarheid van de vergoeding afhankelijk gesteld van de wijze waarop de vergoeding in het buitenland wordt behandeld. Daarmee wordt een meer volledige oplossing bewerkstelligd. Om ervoor te zorgen dat deze oplossing effectief werkt dienen ook vermogenswinsten onder de reikwijdte van de *linking rule* te vallen. De reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling laat dit toe. Indien de vergoeding slechts gedeeltelijk vrijgesteld of aftrekbaar is, dan moet het niet in aanmerking nemen van de corresponderende aftrek *casu quo* vrijstelling eveneens gedeeltelijk kunnen worden toegepast. De bewijslast in deze situatie ligt echter bij de belastingplichtige. Daarmee wordt *overkill* in de bepaling voorkomen. Hierdoor wordt een evenwichtige afweging gemaakt tussen rechtvaardigheid, efficiëntie en effectiviteit. Voorts dient, ter voorkoming van *overkill*, de oplossing te worden geflankeerd door een *tie-breaker*. Indien het buitenland eveneens in een *linking rule* voorziet dan zorgt deze bepaling ervoor dat de behandeling van de bronstaat wordt gevolgd. Deze oplossing voorkomt *mismatches* op het punt van kwalificatie- en grondslagafwijkingen.

Met de tweede oplossing, waarbij de behandeling van de geldverstrekking afhankelijk is van de wijze waarop in het buitenland de geldverstrekking behandeld wordt, is het probleem van *mismatches* echter niet geheel opgelost. Wanneer *mismatches* tussen van landen worden ingeperkt op het punt van het heffingsobject en de maatstaf van heffing dan zijn de tariefverschillen het volgende punt waarop incongruenties tot uiting zullen komen. Hiervan is geen sprake in het voorbeeld van een verrekeningssysteem. Dit systeem kenmerkt zich echter door KEN. Hierdoor wordt niet alleen de heffingsgrondslag maar ook het tarief van de ontvangstaat aan de bronstaat opgelegd. Daarmee wordt een *mismatch* voorkomen, slechts op het punt van timingsverschillen kan nog een *mismatch* ontstaan. Hiermee wordt het probleem verlegd naar de heffingswijze. Bezien vanuit het Nederlands fiscaal verdragsbeleid, indachtig de status van Nederland met een klein binnenland en een groot buitenland, acht ik een verrekeningssysteem echter niet haalbaar.

Samenvatting en conclusie

Om te onderzoeken hoe de deelnemerschapslening past binnen een veranderende opvatting over *mismatches* in internationaal perspectief heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

In hoeverre dienen de wettelijke bepalingen in de vennootschapsbelasting die zien op de deelnemerschapslening te worden aangepast om (internationale) mismatches te voorkomen?

Als gevolg van de wereldwijde economische recessie staat agressieve fiscale planning hoog op de politieke agenda. De mogelijkheden om gebruik te maken van fiscale planning staan hierbij onder druk. Binnen het kader van deze internationale ontwikkelingen wint de fiscale behandeling van de deelnemerschapslening in de vennootschapsbelasting aan relevantie. De deelnemerschapslening stelt belastingplichtigen in staat om, vanwege verschillen in de belastingwetgeving van belastingjurisdicties, non-heffing of *double dips* te creëren. Deze deelnemerschapslening leent zich dan ook uitstekend voor fiscale planning. De onderzoeksvraag is tweeledig. Het eerste aspect van de vraag betreft de vraag of de bepalingen omtrent de deelnemerschapsleningen moeten worden aangepast om *mismatches* te voorkomen. Het tweede aspect betreft de vraag in hoeverre de bepalingen omtrent de deelnemerschapslening moeten worden aangepast. Dit eerste aspect is aan de orde gekomen in hoofdstuk 2 t/m 4. Het tweede aspect is aan de orde gekomen in hoofdstuk 5. Ik toets deze onderzoeksvraag op rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Aan de hand van deze criteria van een goed belastingstelsel ben ik gekomen tot een beantwoording van de onderzoeksvraag.

Voor de fiscale winstbepaling in Nederland is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen van groot belang. Verstrekte vergoedingen op eigen vermogen worden bij de belastingheffing niet in aanmerking genomen. Verstrekte vergoedingen op vreemd vermogen zijn echter aftrekbaar bij de bepaling van de winst. Bij ontvangst van de vergoeding op vreemd vermogen wordt in de belastingheffing betrokken. De ontvangst van de vergoeding op eigen vermogen is echter in beginsel vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is echter zeer dun. Dit uit zich in de veelheid van geldverstrekkingen met kenmerken die worden toegedicht aan zowel eigen als vreemd vermogen. In beginsel is, getuige de jurisprudentie van de Hoge Raad, de civielrechtelijke vorm beslissend voor het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. De deelnemerschapslening is hierop een uitzondering. Daarmee is deelnemerschapslening een belangrijke bewaker van het fiscale onderscheid tussen deze geldverstrekkingen. Op grond van drie kenmerken wordt niet de civielrechtelijke vorm aangehouden maar wordt de lening fiscaalrechtelijk behandeld als een eigen vermogen. Deze kenmerken zijn: de vrijwel gehele winstafhankelijkheid, de looptijd langer dan 50 jaar en de achtergesteldheid ten opzichte van

concurrente crediteuren. Als gevolg van deze kwalificatie wordt de lening voor de fiscale winstbepaling behandeld als eigen vermogen.

De criteria van de deelnemerschapslening zijn zeer concreet geformuleerd. Dit schept rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Hierdoor kunnen belastingplichtigen echter ook inspelen op de internationale kwalificatieverschillen. In het buitenland wordt veelal op basis van een materiële benadering een onderscheid gehanteerd tussen eigen en vreemd vermogen. Dit onderscheid wijkt echter af van het onderscheid dat in Nederland wordt gehanteerd. Er ontstaat een *mismatch*. Non-heffing die ontstaat al gevolg van deze *mismatch* wordt niet rechtvaardig geacht. Daarmee voldoet de deelnemerschapslening niet aan criteria voor een goed belastingstelsel. In de belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing wordt het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen gebaseerd op de vergoedingen van deze geldverstrekkingen. Daarmee wordt voorbij gegaan aan de kwalificatie van de bron en aangesloten bij de kwalificatie van de voordelen uit de bron; dividend, interest en mogelijk ook vermogenswinst. Ook het onderscheid tussen deze voordelen is dun. Op basis van de vraag of een lening risicodragend is hanteert het OESO-modelverdrag een onderscheid. Inkomsten uit risicodragende leningen behoren tot het dividendbegrip. Met de criteria die het OESO-commentaar hierbij hanteert ben ik van mening dat de voordelen uit de deelnemerschapslening onder het dividendartikel vallen. De bilaterale belastingverdragen houden echter niet onverkort het OESO-modelverdrag aan. Hierdoor kunnen de voordelen uit de deelnemerschapslening ook onder het interestartikel vallen. Niettemin tracht Nederland in de bilaterale belastingverdragen op te nemen dat inkomsten uit de deelnemerschapslening onder het dividendartikel vallen. Wanneer *mismatches* leiden tot non-heffing dan worden deze niet weggenomen met de bilaterale belastingverdragen. Ook onder de MD-Richtlijn en de IR-Richtlijn is de kwalificatie van de voordelen uit de deelnemerschapslening moeizaam. Vanuit een materiële communautaire benadering moeten de voordelen worden gezien als uitdelingen van winst. Daarmee verplicht de MD-Richtlijn een vrijstelling van de ontvangst van deze voordelen indien sprake is van een kwalificerend belang. Dit is eveneens het geval indien de voordelen op basis van de wetgeving in de bronstaat kwalificeren als een vergoeding op vreemd vermogen.

De EU, de OESO als de G20 zijn bezig met de aanpak tegen grondslagerosie en winstverschuiving. In deze aanpak speelt de afwezigheid van coherentie, met *mismatches* als gevolg, een grote rol. Daarbij erkennen de partijen dat de huidige bilaterale belastingverdragen en OESO-standaarden over het algemeen niet voorzien in voorkoming van *mismatches*. Met *linking rules* tracht de OESO dit probleem op te lossen. Deze *linking rules* stellen de wijze waarop een vermogensinstrument wordt behandeld afhankelijk van de wijze waarop het buitenland dit instrument behandelt. Met deze *linking rules* wordt niet aangesloten bij de kwalificatie van de geldverstrekking maar bij de wijze waarop de geldverstrekking wordt behandeld. Hierdoor wordt niet aangeknoopt bij het heffingsobject maar bij de

heffingsgrondslag. Als gevolg van deze oplossing worden zowel *double dips* als non-heffing opgelost. Hierbij is van belang dat een *tie-breaker* bepaling wordt geïntroduceerd, ter voorkoming van dubbele heffing als gevolg van gelijktijdige toepassing van de *linking rules*, in zowel de bronstaat als de ontvangstaat. Daarmee dient de bronstaat dan wel de ontvangstaat terug te treden. Een mogelijk probleem in de *linking rules* is dat hiermee de soevereiniteit van landen wordt ingeperkt. Omdat de nationale heffingsgrondslag afhankelijk is van de heffingsgrondslag in een ander land vindt een inperking plaats van de bevoegdheid om zelfstandig een heffingssysteem in te richten. De mate waarin deze inperking plaatsvindt, is afhankelijk van de concrete vormgeving van de *linking rules*. Hierbij zij aangetekend dat het recht om belasting te heffen doorgaans wordt verruimd. Naar het mij voorkomt zullen landen daardoor eerder geneigd zijn om de bepalingen toe te passen. De Commissie heeft een voorstel gepresenteerd voor de aanpassing van de MD-Richtlijn waarmee een *linking rule* wordt bewerkstelligd in de ontvangst van de geldverstrekking. Hiermee wordt beoogd om de ontvangst van de vergoeding op de deelnemerschapslening slechts vrij te stellen indien de vergoeding in het buitenland niet in aftrek is gebracht. Ten aanzien van de te volgen oplossing heeft Nederland een gemengde rol. Een belangrijk aspect dat in acht moet worden genomen is KIN, waarbij de belastingdruk van inkomsten in Nederland als zijnde ontvangstaat afhankelijk zijn van de hoogte van de belastingdruk van de bronstaat. De *linking rules* die in het kader van de EU en de OESO worden besproken, hebben betrekking op de wijze waarop de vergoeding van de geldverstrekking wordt behandeld. Deze oplossing ziet kortweg op de heffingsgrondslag. In de literatuur wordt evenwel gekeken naar een oplossing waarbij wordt aangesloten bij de kwalificatie van de geldverstrekking. Hierbij wordt aangesloten bij de oorzaak van het probleem, het verschil in heffingsobject.

Ik heb deze oplossingen getoetst aan de criteria van een goed belastingstelsel. De oplossing, die aansluit bij de kwalificatie van de geldverstrekking, pakt het probleem bij de kern aan. Zij is echter niet volledig. Bij een gelijklopende kwalificatie van de geldverstrekking kan alsnog non-heffing plaatsvinden indien de grondslag tussen landen afwijkt. Daarmee voldoet zij niet aan twee (van de drie) gestelde eisen van een goed belastingstelsel: rechtvaardigheid en effectiviteit. De tweede oplossing, een *linking rule* ten aanzien van de vergoeding van de geldverstrekking, is evenwel meer volledig. Voor de vereiste effectiviteit is het van belang dat ook vermogenswinsten tot de reikwijdte van deze *linking rule* behoren. Voor toepassing van een gedeeltelijke vrijstelling, of een gedeeltelijke aftrek, ligt de bewijslast bij de belastingplichtige. Daarmee wordt *overkill* voorkomen en is de bepaling zowel rechtvaardig als efficiënt. Met een *tie-breaker* wordt eveneens *overkill* voorkomen indien het buitenland eveneens een *linking rule* kent. Daarbij moet deze bepaling ervoor zorgen dat de behandeling van de bronstaat wordt gevolgd. Deze tweede oplossing voorkomt *mismatches* op het punt van kwalificatie- en grondslagafwijkingen. Hiermee is het probleem van *mismatches* echter niet geheel opgelost. Wanneer *mismatches* tussen van landen worden ingeperkt op het punt van het

heffingsobject en de maatstaf van heffing dan zijn de tariefverschillen het volgende punt waarop incongruenties tot uiting zullen komen. Wanneer landen een verrekeningssysteem hanteren dan wordt niet alleen de heffingsgrondslag maar ook het tarief van de ontvangststaat aan de bronstaat opgelegd. Daarmee wordt een *mismatch* voorkomen. Slechts op het punt van timingsverschillen kan nog een *mismatch* ontstaan. Dat zou slechts kunnen worden voorkomen door een nog strengere variant van een verrekeningsstelsel, namelijk een zogenaamd CFC-regime. Bezien vanuit het Nederlands fiscaal verdragsbeleid, indachtig de status van Nederland met een klein binnenland en een groot buitenland, acht ik deze oplossingen niet haalbaar.

Ik ben van mening dat de oplossing die aansluit bij de fiscale behandeling van de vergoeding van de geldverstrekking het beste voldoet aan de criteria voor een belastingstelsel. Hierbij wordt een afweging gemaakt tussen rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Daarmee worden de problemen omtrent de *mismatches* met de deelnemerschapslening niet geheel voorkomen maar wel in verregaande mate ingeperkt.

Literatuuroverzicht

Jurisprudentie Hof van Justitie EU en conclusies Hof van Justitie

- Conclusie A-G HvJ Mischo, 26 september 2002
- HvJ EG 22 december 2008, C-48/07 (Vergers du Vieux Tauves)
- HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-403/03 (Schempp)
- HvJ EG 1 oktober 2009, C-247/08 (Gaz de France)

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges en conclusies

- HR 16 juni 1920, B. 2473
- HR 27 januari 1932, B. 5159
- HR 28 juni 1933, B. 5441
- HR 18 mei 1949, B.8648
- HR 18 oktober 1950, B. 8843
- HR 7 februari 1951, B. 8939
- HR 29 juni 1955, nr. 12 404, *BNB* 1955/302
- HR 5 juni 1957, nr. 13 127, *BNB* 1957/239
- HR 4 juli 1961, *BNB* 1961/285
- HR 4 juni 1975, nr. 17 526, *BNB* 1975/152
- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB* 1988/217
- HR 3 maart 1993, nr. 28 441, *BNB* 1993/141
- HR 28 juni 1995, nr. 30 439, *BNB* 1995/271
- HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208
- HR 17 februari 1999, nr. 34 151, *BNB* 1999/176
- HR 21 februari 2001, nr. 35 074, *BNB* 2001/160
- HR 21 februari 2001, nr. 35 639, *BNB* 2001/161
- HR 24 mei 2002, nr. 37 071, *BNB* 2002/231
- HR 24 mei 2002, nr. 37 071, *BNB* 2002/231
- HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34
- HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJV AE7005
- HR 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379
- HR 20 mei 2005, nr. 40 038, *BNB* 2005/260
- HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB* 2006/82
- HR 8 september 2006, *BNB* 2007/104
- HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37
- HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, *V-N* 2013/12.19

- Hof Arnhem 19 mei 2009, LJV: BJ2973
- Hof Amsterdam 15 augustus 1989, nr. 904/88, *FED* 1990/235

- Conclusie A-G Wattel 14 juli 2011, nr. 10/05394, *V-N* 2011/63.12
- Conclusie A-G Wattel 24 mei 2011, nr. 10/04770, *V-N* 2011/40.9
- Conclusie A-G Wattel 9-1-2013, nr. 12/03540, *V-N* 2013/10.13
- Conclusie A-G Wattel 26-07-2013, nr. 12/04640, *V-N* 2013/54.10

Boeken

- J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Vermande 1997
- *Vakstudie Vennootschapsbelasting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969*
- J.N. Bouwman, *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting* (Fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2002
- R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, (FM nr. 106), Deventer: Kluwer 2003

- R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer, R.C. de Smit, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013
- L.A. Geelhoed, F. Vanistendael en P.J. Wattel, *De soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap (no. 230)
- A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen. 'k Moet eerlijk zeggen (Vriendenbundel Henk van Arendonk). Den Haag: SDU Uitgevers 2013
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht* (FED Fiscale Studieserie nr. 39), Deventer: Kluwer 2012
- J. G. Gräler, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening* (Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2012
- A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening* (Serie recht en praktijk nr.51) Deventer: Kluwer 1989
- A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993
- Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013
- G.M.M.M. Michielse, *'Thin-capitalisation' in het fiscale recht*, Deventer: Kluwer 1994
- IBFD, *IFA Cahier 97b (2012) The debt-equity conundrum*, Den Haag: SDU uitgevers 2012
- C. van Raad, *'Teksten internationaal belastingrecht 2013-2014'*, Deventer: Kluwer 2013
- L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013
- J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2007
- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (FED fiscale studieserie nr. 29), Deventer: Kluwer 2012
- J. Vleggeert, *'Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht'* (FM nr. 132), Deventer: Kluwer 2009

Tijdschriften

- J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, *MBB* 2012/2
- S. Bärsch en C. Spengel, 'Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice', *Bulletin for International Taxation*, 2013 (Volume 67), No. 10
- A.C.P. Bobeldijk en A.W. Hofman, 'Ook na de derde veegwet blijft vegen noodzakelijk!', *WFR* 2002/1576
- R.A. de Boer en M.F. Nouwen, 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp', *WFR* 2013/34
- W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFRA* 2013-25
- J.N. Bouwman en M.J. Boer, 'Belastinglekken: 'double dippen' in de VPB 1969', *FF* 2012/227
- D.M. Broekhuijsen, 'Naar een multilateraal fiscaal raamwerkverdrag', *WFR* 2013/1443
- K. Dziurdź, "'Circularly Linked" Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test', *Bulletin for International Taxation*, 2013 (Volume 67), No. 6
- F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, 'Bepalingen aan de verplichtingen ingevolge art. 47 AWR', *TFB* 2006/5
- E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe art.10b VPB 1969? Weg ermee!!!', *NTFR* 2006/1236
- E.J.W. Heithuis, 'Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?', *WFR* 2013/998
- M.P.A. de Jager, 'De Wet werken aan winst en opties in verband met een deelneming', *WFR* 2007/1016
- 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, 'De herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht', *MBB* 2007/3
- M.A. Kormelink en D.S. Smit, 'De deelnemerschapslening en de deelnemingsvrijstelling: beschouwing naar aanleiding van HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82 (prêt participatif)', *WFR* 2006/1337
- O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NTFR* 2013/1779
- P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)', *MBB* 2006/09
- R.A. de Mooij en M.P. Devereux, 'An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU', *International Tax and Public Finance* februari 2011, vol. 18, issue 1

- S.F.M. Niekel, H. de Gunst, A.C. van der Linde, 'Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen', *FED* 2002/117
- M.F. Nouwen, 'De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans', *WFR* 2012/1296
- M. Nouwen, 'The Gathering Momentum of International and Supranational Action against Aggressive Tax Planning and Harmful Tax Competition: The State of Play of Recent Work of the OECD and European Union', *European Taxation* 2013, vol. 53, no. 10
- Redactie Vakstudie Nieuws, 'Maatregelen tegen internationale belastingontwijking', *V-N* 2013/47.1
- C. Romano, 'Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey', *European Taxation* juli 1999
- R.A. Sommerhalder en F.A. Engelen, 'Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen', *WFR* 1999/470
- R.Snoeij en G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ("perpetual")', *WFR* 2010/644
- S.A.W.J. Strik, 'Stroomlijning antimisbruikbepalingen renteaftrek en de groepsrentebox', *MBB* 2006/271
- Joris G.A. Struycken, 'Ranking the debt', *Ondernemingsrecht* 2013/13
- J. Vleggeert, 'Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches', *WFR* 2013/1426
- D.M. Weber, 'Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen?', *WFR* 2003/315
- D.M. Weber, 'VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten', *WFR* 2007/1251
- C.S. Wetemans en S. Goldewijk, 'Verslag YIN-seminar 'De mismatch voorbij'', *WFR* 2013/59

Kamerstukken en beleid

- *Kamerstukken II* 1987/88, 20 365, nr. 2
- *Kamerstukken II* 1996/97, 25 087, nr. 1
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25 087, nr. 4
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27 466, nr. 6
- *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 487, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2003/04, 29 632, nr. 3
- Besluit van 25 februari 2004, nr. DGB2003/6662M, Stcrt. 2004, 50, en rectificatie Stcrt. 2004, 54, (BNB 2004/194; V-N 2004/16.5)
- Syllabus Vrijstelling, Verrekening, Verliescompensatie Internationaal Belastingrecht, Besluit van 13 april 2004, nr. IFZ 2004/236M
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. C
- Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 10
- Spoeddebat over winstbelasting multinationals, *Handelingen* 2007/08, nr. 57
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6
- *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid, *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087
- *Kamerstukken II* 2010/11, 32 740, nr. 1
- *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 3
- Motie Van Vliet, *Kamerstukken II* 2012/13, 25 087, nr. 35, Internationaal fiscaal (verdrags) beleid
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 718, nr. 3
- Brief van de staatssecretaris van Financiën, 17 januari 2013 IFZ/2013/25 U
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M

Publicaties Europese Commissie en OESO

- Voorstel van de Commissie COM (1998) 67 final, 4-03-1998
- Voorstel van de Commissie COM (2003) 841
- Rapport van de Commissie COM (2009) 179
- Mededeling van de Commissie COM (2011) 712, 11-11-2011

- Voorstel van de Commissie COM (2011)714
- Mededeling van de Commissie, COM (2012) 351, 27-6-2012
- European Commission, 'An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion', 6 december 2012, COM (2012) 722 final
- Mededeling van de Commissie, COM (2012) 8806, 6-12-2012
- Voorstel van de Commissie, COM (2013) 814, 25-11-2013
- Persbericht Europese Commissie, IP/13/1149, 25-11-2013
- Richtlijn van 30 november 2011, nr. 2011/96/EU, PbEU 2011, nr. L 345. Oorspronkelijk Richtlijn van 23 juli 1990, nr. 90/435/EEG, PbEG 1990, nr. L 225, zoals gewijzigd bij Richtlijn van 22 december 2003, nr. 2003/123/EG, PbEG 2004, nr. L 7
- Richtlijn van 3 juni 2003, nr. 2003/49/EG, PbEG 2003, nr. L 157
- Conclusie van de Europese Raad, EUCO 23/11, 24 juni 2011
- Rapport van de Gedragscodegroep van 18 november 2009, nr. 16233/09 FISC 163
- Rapport van de Subgroep aan de Gedragscodegroep van 12 mei 2010, nr. 9779/10 FISC 43
- Rapport van de Gedragscodegroep aan de ECOFIN Raad van 25 mei 2010 nr. 10033/10, FISC 47
- Progress Report from the Code of Conduct Group (Business Taxation) to the ECOFIN Council, 22 november 2010, nr. 16766/10
- Rapport van de Gedragscodegroep van 27 mei 2011, nr. 10857/11, FISC 75
- Rapport van de Gedragscodegroep van 11 juni 2012, 10903/12, par. 18
- OESO, International tax avoidance and evasion. Four related studies (no.1), Parijs: OESO 1987
- OESO, Harmful tax competition. An emerging global issue. Parijs: OESO 1998
- OESO, 'Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field 2007 Assessment by the Global Forum on Taxation,' 2007
- OESO, Addressing Tax Risks Involving Bank Losses (2010)
- OESO, Report hybrid mismatch arrangements, Tax policy and compliance issues, 6 maart 2012
- OESO, Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning, (2011)
- OESO, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues (2012)
- OESO, Addressing Base Erosion and Profit Shifting (2013)
- OESO, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Paris (2013b)
- Consultation document 'The internal market: factual examples of double non-taxation cases', TAXUD D1 D (2012)
- Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases, TAXUD D1 D (2012), 5 juli 2012

Overige

- Communiqué van de G20 van Ministers van Financiën, Los Cabos; Mexico, 4-5 november 2012
- Communiqué van de G20 Leaders Declaration, Los Cabos; Mexico, 19 juni 2012
- Art. 1 lid 1 Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van de Europese Unie, zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2006/98/EU van 20 november 2006, PbEU 2006 L, 363
- Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, rapport 'Verbreiding en verlichting'
- Australian Tax Office Interpretative Decision, 24 september 2009, ATO ID 2009/152
- Denmark, Corporation tax Country Surveys, IBFD database
- United States, Corporation tax Country Surveys, IBFD database
- L.J. Brinkhorst, Europese Unie en nationale soevereiniteit (oratie), Universiteit Leiden 2008

Bijlage 1: Kwalificatie van vermogen in jaarrekeningen

Model B, Besluit van 23 december 1983 tot vaststelling van modelschema's voor de inrichting van jaarrekeningen

Balans per

ACTIEF	PASSIEF
A. Vaste activa	A. Eigen vermogen
<i>I. Immateriële vaste activa</i>	<i>I. Gestort en opgevraagd kapitaal</i>
1. kosten van oprichting en van uitgifte van aandelen	<i>II. Agio</i>
2. kosten van onderzoek en ontwikkeling	<i>III. Herwaarderingsreserve</i>
3. concessies, vergunningen en intellectuele eigendom	<i>IV. Wettelijke en statutaire reserves</i>
4. goodwill	1. wettelijke
5. vooruitbetaald op immateriële activa	2. statutaire
<i>II. Materiële vaste activa</i>	<i>V. Overige reserves</i>
1. bedrijfsgebouwen en -terreinen	<i>VI. Onverdeelde winst</i>
2. machines en installaties	B. Voorzieningen
3. andere vaste bedrijfsmiddelen	1. voor pensioenen
4. vaste bedrijfsmiddelen in uitvoering en vooruitbetaald op materiële vaste activa	2. voor belastingen
5. niet aan de bedrijfsuitoefening dienstbaar	3. overige
<i>III. Financiële vaste activa</i>	C. Langlopende schulden (nog voor meer dan een jaar)
1. deelnemingen in groepsmaatschappijen	1. converteerbare leningen
2. vorderingen op groepsmaatschappijen	2. andere obligaties en onderhandse leningen
3. andere deelnemingen	3. schulden aan kredietinstellingen
4. vorderingen op participanten en op maatschappijen waarin wordt deelgenomen	4. vooruit ontvangen op bestellingen
5. overige effecten	5. schulden aan leveranciers en handelskredieten
6. overige vorderingen	6. te betalen wissels en chèques
B. Vlottende activa	7. schulden aan groepsmaatschappijen
<i>I. Voorraden</i>	8. schulden aan participanten en aan maatschappijen waarin wordt deelgenomen
1. grond- en hulpstoffen	9. belastingen en premies sociale verzekeringen
2. onderhanden werk	10. schulden ter zake van pensioenen
3. gereed produkt en handelsgoederen	11. overige schulden
4. vooruitbetaald op voorraden	12. overlopende passiva
<i>II. Vorderingen</i>	D. Kortlopende schulden (ten hoogste 1 jaar)
1. op handelsdebiteuren	1. converteerbare leningen
2. op groepsmaatschappijen	2. andere obligaties en onderhandse leningen
3. op participanten en op maatschappijen waarin wordt deelgenomen	3. schulden aan kredietinstellingen
4. overige vorderingen	4. vooruit ontvangen op bestellingen
5. van aandeelhouders opgevraagde stortingen	5. schulden aan leveranciers en handelskredieten
6. overlopende activa	6. te betalen wissels en chèques
<i>III. Effecten</i>	7. schulden aan groepsmaatschappijen
1. vervallen	8. schulden aan participanten en aan maatschappijen waarin wordt deelgenomen
2. vervallen	9. belastingen en premies sociale verzekeringen
<i>IV. Liquide middelen</i>	10. schulden ter zake van pensioenen
	11. overige schulden
	12. overlopende passiva
Totaal	Totaal

Bijlage 2: Kwalificatie van de deelnemerschapslening voor verdragstoepassing

Verdrag tussen Nederland en	Kwalificatie van de inkomsten uit de deelnemerschapslening voor verdragstoepassing	Verdrag tussen Nederland en	Kwalificatie van inkomsten uit de deelnemerschapslening voor verdragstoepassing
Albanië (2004)	Eigen vermogen	Mexico (1993)	Vreemd vermogen
Argentinië (1996)	Vreemd vermogen	Moldavië (2000)	Vreemd vermogen
Armenië (2001)	Vreemd vermogen	Nieuw-Zeeland (1980)	Eigen vermogen
Australië (1976)	Eigen vermogen	Nigeria (1991)	Vreemd vermogen
Bahrein (2008)	Vreemd vermogen	Noorwegen (1990)	Eigen vermogen
Bangladesh (1993)	Eigen vermogen	Oeganda (2004)	Vreemd vermogen
Barbados (2006)	Vreemd vermogen	Oekraïne (1995)	Vreemd vermogen
Belarus (1996)	Eigen vermogen	Oezbekistan (2001)	Eigen vermogen
België (2001)	Eigen vermogen	Oostenrijk (1970)	Vreemd vermogen
Brazilië (1990)	Vreemd vermogen	Oman (2009)	Vreemd vermogen
Bulgarije (1990)	Vreemd vermogen	Pakistan (1982)	Eigen vermogen
Canada (1986)	Eigen vermogen	Polen (2002)	Eigen vermogen
China (1987)	Vreemd vermogen	Portugal (1999)	Vreemd vermogen
Denemarken (1996)	Vreemd vermogen	Qatar (2008)	Vreemd vermogen
Duitsland (1959)	Eigen vermogen	Roemenië (1998)	Vreemd vermogen
Egypte (1999)	Eigen vermogen	Russische Federatie (1996)	Vreemd vermogen
Estland (1997)	Eigen vermogen	Saudi-Arabië (2008)	Vreemd vermogen
Filipijnen (1989)	Eigen vermogen	Singapore (1971)	Vreemd vermogen
Finland (1995)	Eigen vermogen	Slovenië (2004)	Vreemd vermogen
Frankrijk (1973)	Vreemd vermogen	Slowakije (1974)	Eigen vermogen
Ghana (2008)	Vreemd vermogen	Spanje (1971)	Eigen vermogen
Georgië (2002)	Vreemd vermogen	Sri Lanka (1982)	Eigen vermogen
Griekenland (1981)	Eigen vermogen	Suriname (1975)	Eigen vermogen
Hongarije (1986)	Eigen vermogen	Tadzjikistan (1986)	Eigen vermogen
Ierland (1969)	Vreemd vermogen	Taiwan (2001)	Vreemd vermogen
India (1988)	Eigen vermogen	Thailand (1975)	Vreemd vermogen
Indonesië (2002)	Eigen vermogen	Tsjechië (1974)	Eigen vermogen
Israël (1973)	Eigen vermogen	Tunesië (1995)	Eigen vermogen
Italië (1990)	Eigen vermogen	Turkije (1986)	Vreemd vermogen
Japan (1970)	Vreemd vermogen	Venezuela (1991)	Eigen vermogen
Joegoslavië (1982)	Eigen vermogen	Ver. Arabische Emiraten (2007)	Vreemd vermogen
Jordanië (2006)	Eigen vermogen	Verenigde Staten (1992)	Eigen vermogen
Kazachstan (1996)	Vreemd vermogen	Verenigd Koninkrijk (1980)	Eigen vermogen
Koeweit (2001)	Vreemd vermogen	Vietnam (1995)	Eigen vermogen
Kroatië (2000)	Eigen vermogen	IJsland (1997)	Eigen vermogen
Letland (1994)	Eigen vermogen	Zambia (1977)	Vreemd vermogen
Litouwen (1999)	Eigen vermogen	Zimbabwe (1989)	Eigen vermogen
Luxemburg (1968)	Eigen vermogen	Zuid-Afrika (2005)	Eigen vermogen
Macedonië (1998)	Eigen vermogen	Zuid-Korea (1978)	Vreemd vermogen
Maleisië (1988)	Vreemd vermogen	Zweden (1991)	Eigen vermogen
Malta (1977)	Eigen vermogen	Zwitserland (1951)	Vreemd vermogen
Marokko (1977)	Vreemd vermogen	Zwitserland (2010)	Vreemd vermogen

Opmerkingen

- *Vreemd vermogen indien in het verdrag is opgenomen dat winstdelende interest onder het interestartikel valt*
- *Eigen vermogen is opgenomen indien het verdrag meldt: voor inkomsten uit winstdelende obligaties vindt het dividendartikel toepassing*
- *Eigen vermogen is opgenomen indien het interestartikel meldt: omvat niet de artikelen die in het dividendartikel zijn behandeld*