

Eigen vermogen versus vreemd vermogen

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics
Bachelorscriptie Fiscale Economie

Naam: Arwin van Helden
Studentnummer: 432850
Begeleider: R.B.N. van Ovost
Tweede beoordelaar: L.C. van Hulten

Datum definitieve versie: 20-07-2018



ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
ERASMUS SCHOOL
OF ECONOMICS

Inhoudsopgave

1. Inleiding	4
2. Wat wordt er verstaan onder eigen vermogen en vreemd vermogen?	5
2.1 Wat is eigen vermogen?	5
Aandelenkapitaal.....	5
Reserves	6
Onverdeelde winst	6
2.2 Wat is vreemd vermogen?	7
Kortlopende schulden	7
Langlopende schulden.....	7
3. Hoe worden eigen vermogen en vreemd vermogen behandeld?	8
3.1 Hoe wordt eigen vermogen behandeld?.....	8
Deelnemingsvrijstelling	8
Eisen deelnemingsvrijstelling	8
Keerzijde.....	9
3.2 Hoe wordt vreemd vermogen behandeld?.....	10
Behandeling voor de ontvanger	10
Behandeling voor de betaler	10
Afwwaarden.....	10
4. Wetsartikelen met renteaftrekbeperkingen	11
4.1 Fraus legis	11
4.2 Artikel 10a	12
4.3 Artikel 10b	14
4.4 Artikel 13l	15
4.5 Artikel 15ad	16
4.6 Conclusie	17
5. Jurisprudentie op het gebied van de aftrekbaarheid van renten	18
5.1 Bosal-arrest	18
Situatie.....	18
Standpunt van de belastingdienst.....	19
Standpunt van de belastingplichtige	19
Uitspraak	19
5.2 Credit Suisse arresten.....	19
Situatie.....	19
Standpunt van de belastingdienst.....	20
Standpunt van de belastingplichtige	20

Uitspraak door de Hoge Raad.....	21
Tegenwoordig.....	21
5.3 Parallellie-arrest	22
Situatie.....	22
Standpunt van de belastingdienst.....	22
Standpunt van de belastingplichtige	22
Uitspraak van de Hoge Raad	22
Tegenwoordig.....	23
5.4 BEPS plannen.....	23
5.5 ATAD	24
5.6 Mandatory Disclosure-richtlijn.....	25
5.7 Veranderde tijdsgeest	25
5.8 Conclusie	26
6. De herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen	28
6.1 Bodemloze putlening.....	28
6.2 Deelnemerschapslening	29
6.3 Schijnlening	30
6.4 Onzakelijke lening.....	30
6.5 Conclusie	31
7. Conclusie	33
Bronnenlijst	35

1. Inleiding

Internationale belastingconstructies hebben nooit zo hoog op de politieke agenda gestaan als vandaag de dag¹. Met deze constructies wordt door belastingplichtigen geprobeerd om het bedrag dat zij aan belasting moeten betalen te verlagen. Dit wordt gedaan door middel van verschillende structuren die ervoor zorgen dat winsten kunstmatig worden verplaatst naar landen waar deze lager, of helemaal niet, belast worden.

Om activiteiten te financieren kunnen ondernemingen ervoor kiezen om gebruik te maken van eigen vermogen of vreemd vermogen. Deze keuze wordt vaak gemaakt op basis van bedrijfseconomische redenen, maar dat is niet altijd het geval. De reden dat bedrijven internationale constructies opzetten is om zo weinig mogelijk belasting te betalen. Deze constructies kunnen daarvoor zorgen omdat eigen vermogen en vreemd vermogen voor de vennootschapsbelasting verschillend worden behandeld. De rentekosten die worden betaald op vreemd vermogen zijn in principe aftrekbaar van de winst, terwijl dat voor de vergoedingen op eigen vermogen, doorgaans dividenden, niet het geval is. Door deze aftrekbaarheid van de betaalde rente kunnen bedrijven onderling winsten verplaatsen door rentekosten in rekening te brengen. Op deze manier is het mogelijk voor bedrijven om onderling winsten te verschuiven en zo de te betalen belasting te verlagen.

Er zijn echter ook allerlei maatregelen getroffen om deze internationale constructies tegen te gaan. Dit is onder andere gedaan door verschillende renteaftrekbeperkingen op te nemen in de wet. Hierin worden situaties genoemd waarin de betaalde renten niet in aftrek mogen worden gebracht. Daarnaast zijn er ook vele rechterlijke uitspraken geweest waarin is besloten dat renten niet in aftrek mochten worden gebracht, bijvoorbeeld omdat de handelingen van de belastingplichtigen in strijd waren met doel en strekking van de wet. Ook zijn er gevallen waarin leningen fiscaal behandeld worden als eigen vermogen door middel van een herkwalificatie. Omdat er dus vele situaties zijn waarin er wordt afgeweken van de standaardbehandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen, wordt hier in deze scriptie een duidelijk overzicht van gegeven. De vraag die hierbij centraal staat is dan ook:

Hoe verhoudt de behandeling van financieringen met eigen vermogen zich tot de behandeling van financieringen met vreemd vermogen?

Om deze vraag te beantwoorden zal er onderzoek worden verricht aan de hand van een uitgebreide literatuurstudie. Hierbij wordt onder meer stilgestaan bij de wetteksten en de relevantie jurisprudentie. In het tweede hoofdstuk van deze scriptie zal aandacht besteed worden aan wat er precies wordt verstaan onder eigen vermogen en vreemd vermogen. In het derde hoofdstuk zal vervolgens worden gekeken naar de hoe deze verschillende vormen van vermogen in beginsel worden behandeld. In de volgende hoofdstukken komen de uitzonderingen op die standaardbehandeling ter sprake. Dat gebeurt eerst in de vorm van wetsartikelen en vervolgens in de vorm van jurisprudentie. Daarna zal er worden gekeken naar gevallen waarin herkwalificatie van het vermogen plaatsvindt. Ten slotte wordt er in de conclusie een antwoord worden gegeven op de centrale vraag.

¹ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

2. Wat wordt er verstaan onder eigen vermogen en vreemd vermogen?

2.1 Wat is eigen vermogen?

Boekhoudkundig gezien bestaat het eigen vermogen uit verschillende onderdelen, die altijd als eerste post aan de creditzijde van de balans te vinden zijn. Als de waarde van het eigen vermogen niet bekend is, kan deze op een eenvoudige manier berekend worden. Dit wordt gedaan door de activa, de volledige debetzijde van de balans, te verminderen met de schulden van de onderneming, die aan de creditzijde te vinden zijn. Wat dan overblijft is het eigen vermogen waar de onderneming over beschikt. Bij ondernemingen met een in aandelen verdeeld kapitaal is, op basis van artikel 372 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, een van de onderdelen van het eigen vermogen het aandelenkapitaal. Een ander onderdeel van het eigen vermogen zijn de reserves. Deze reserves kunnen om verschillende redenen en met verschillende doelen worden opgenomen op de balans. Het derde en laatste onderdeel is de nog onverdeelde winst die is gemaakt door de onderneming. Hieronder zullen de verschillende onderdelen verder worden uitgewerkt.

Aandelenkapitaal

Het aandelenkapitaal is opgebouwd uit drie verschillende zaken die verband houden met elkaar. Ten eerste is er het maatschappelijk aandelenkapitaal, dit is het totale aandelenkapitaal dat de onderneming maximaal uit kan geven. Het deel daarvan dat niet is uitgegeven wordt geschaard onder de noemer 'aandelen in portefeuille'. Dit is het deel van de aandelen dat nog steeds in handen is van het bedrijf zelf, of dat weer is teruggekocht door de onderneming. Het maatschappelijk aandelenkapitaal verminderd met de aandelen in portefeuille geeft het geplaatst aandelenkapitaal. Dit is het gedeelte van het totaal aantal aandelen dat al wel is uitgegeven en dus in handen van derden is. Voor de vennootschapsbelasting wordt er aangehaakt bij dit geplaatst aandelenkapitaal voor de deelnemingsvrijstelling² en de fiscale eenheid³. Als het geplaatst aandelenkapitaal niet volledig is volgestort, wordt in plaats daarvan het gestorte aandelenkapitaal vermeld. Indien de stortingen zijn uitgeschreven, wordt zowel het gestorte als het opgevraagde kapitaal vermeld⁴. Het geplaatste aandelenkapitaal is ook het deel waarvoor een vergoeding betaald zal moeten worden aan de verstrekkers van het eigen vermogen in de vorm van dividend. Het uitgeven van nieuwe aandelen is een manier om het eigen vermogen te vergroten en zo liquide middelen in de onderneming te krijgen.

Het aandelenkapitaal kan uit verschillende soorten aandelen bestaan. Zo zijn er de normale aandelen, dit zijn de standaard aandelen die een bedrijf uit kan geven. Deze aandelen zijn de basis van waarvan de andere soorten aandelen kunnen verschillen. Over het algemeen geven deze aandelen recht op de uitkering van dividenden. Naast de normale aandelen kunnen er door de onderneming ook preferente aandelen worden uitgegeven. Deze aandelen hebben bepaalde voordelen ten opzichte van de normale soort. Dit kunnen verschillende voordelen zijn. Zo kan er in de statuten zijn opgenomen dat deze aandelen dividend krijgen uitgekeerd voordat de andere aandelen dat krijgen. Als er weinig dividend beschikbaar is geeft dit dus een extra zekerheid voor de houder van deze preferente aandelen. Daarnaast kan er ook zijn opgenomen dat als het slecht gaat met deze onderneming, de houders van deze aandelen als

² Artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

³ Artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

⁴ Artikel 373, lid 2 Burgerlijk wetboek boek 2

eerste de waarde van deze aandelen terug krijgen. Bij een faillissement zullen waarschijnlijk niet alle aandeelhouders terugbetaald kunnen worden, dus ook deze mogelijkheid geeft extra zekerheid ten opzichte van de normale aandelen. Een andere optie is dat aan deze preferente aandelen een groter stemrecht verbonden zit, of dat de normale aandelen helemaal geen stemrecht hebben.

Als het slecht gaat met de onderneming waarin de aandelen worden gehouden, zijn de verstrekkers van het eigen vermogen in het nadeel ten opzichte van de verstrekkers van vreemd vermogen. Bij een faillissement moeten namelijk eerst de schulden worden afgelost. Pas daarna, als er dan nog geld over is, komen de verstrekkers van het eigen vermogen, de aandeelhouders, aan de beurt.

Reserves

Een van de reserves die op de balans van een onderneming kan zijn opgenomen is de agioreserve, die kan ontstaan bij de uitgifte van aandelen. Als er meer dan de nominale waarde wordt betaald voor de aandelen bij de uitgifte, wordt het meerdere toegevoegd aan de agioreserve. Daarnaast worden er onder de post eigen vermogen op de balans ook nog andere reserves opgenomen. Een van die andere reserves is de herwaarderingsreserve, die ontstaat bij een waardevermeerdering van materiële vaste activa, immateriële vaste activa en voorraden van de onderneming, met uitzondering van agrarische voorraden⁵. Door de extra ontstane waarde toe te voegen aan de reserve valt deze niet gelijk vrij in de winst. Op deze manier worden de waardestijgingen buiten de winst gehouden, totdat deze reserve vrijvalt. De hoogte van de herwaarderingsreserve is het verschil tussen de boekwaarde en de actuele waarde van het goed.

Daarnaast zijn er ook nog de statutaire reserves en de overige reserves. De statutaire reserves zijn reserves die gemaakt moeten worden omdat dit zo in de statuten van de onderneming is opgenomen. De overige reserves zijn de reserves die door de onderneming op de balans zijn opgenomen, maar niet tot de eerder genoemde categorieën behoren.

Onverdeelde winst

Dit onderdeel van het eigen vermogen geeft het deel van de winst aan waarvan nog niet is besloten waarvoor het is bestemd. Dit kan dus nog voor meerdere doeleinden gebruikt worden. Zo kan dit bijvoorbeeld worden toegevoegd aan een van de bovenstaande reserves. Daarnaast kan dit, of een gedeelte hiervan, ook worden gebruikt om een dividenduitkering te doen aan de aandeelhouders. Zulke dividenduitkeringen zijn niet verplicht, maar afhankelijk van de onderneming kan zo'n uitkering wel verwacht worden door de aandeelhouders.

⁵ Artikel 390 Burgerlijk Wetboek boek 2

2.2 Wat is vreemd vermogen?⁶

Vreemd vermogen is hetgeen er aan de creditzijde van de balans overblijft na het eigen vermogen. Dit vermogen bestaat voornamelijk uit schulden die zijn aangegaan door de onderneming. Vreemd vermogen zal dus na verloop van tijd moeten worden terugbetaald aan de partij waarbij deze schuld is aangegaan. Het vreemd vermogen kan, afhankelijk van de looptijd, onderverdeeld worden in langlopende en kortlopende schulden.

Kortlopende schulden

Kortlopende schulden zijn schulden die binnen een jaar moeten worden afgelost. Voorbeelden hiervan zijn schulden aan leveranciers, handelskredieten en te betalen wissels en cheques. Omdat deze schulden binnen de termijn van een jaar zullen moeten worden afgelost door de onderneming zal hier vaak geen rente worden gerekend door de partij die de kortlopende lening of het uitstel van betaling verstrekt.

Langlopende schulden

Voor langlopende schulden geldt dat deze een looptijd hebben van langer dan een jaar. Vaak zal het hier gaan om een lening die is aangegaan door de onderneming om bepaalde activiteiten of activa te financieren. Dit zijn dus vaak schulden waarover meerdere jaren rente en aflossing betaald zullen moeten worden aan de schuldeiser.

Ook dit vermogen, vooral dat verkregen uit langlopende schulden, wordt niet zonder tegenprestatie verstrekt aan de onderneming. Waar de vergoeding voor eigen vermogen dividend was, is het hier gewoonlijk rente. Deze rente is een percentage van de schuld of lening dat, meestal jaarlijks, betaald moet worden aan de schuldeiser.

Het eigen vermogen en vreemd vermogen, de volledige creditzijde, zorgen dus voor de financiering van alle bezittingen van de onderneming, de debetzijde. Als de onderneming de debetzijde dus uit wil breiden, zal dat moeten gebeuren door een verhoging in de creditzijde door het eigen vermogen of het vreemd vermogen toe te laten nemen.

Dat er onderscheid gemaakt wordt tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is onder andere van belang omdat voor beide een andere fiscale behandeling geldt. Dit zal in de volgende hoofdstukken duidelijk naar voren komen.

⁶ Artikel 375 Burgerlijk wetboek boek 2

3. Hoe worden eigen vermogen en vreemd vermogen behandeld?

3.1 Hoe wordt eigen vermogen behandeld?

Het gaat hierbij niet alleen om de behandeling van het vermogen zelf, maar vooral ook om de behandeling van de opbrengsten en kosten die daaruit voortvloeien. Zoals eerder genoemd is de beloning voor het verstrekken van eigen vermogen dividend. Dit dividend wordt niet op dezelfde manier behandeld als de rente die wordt ontvangen uit het verstrekken van vreemd vermogen.

Het dividend dat wordt ontvangen uit het verstrekken van eigen vermogen aan een onderneming wordt bij de ontvangende partij niet in de heffing van de vennootschapsbelasting betrokken als er sprake is van een deelneming op grond van artikel 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting. Er is hier dus geen belasting verschuldigd over de verkrijging. Het dividend is bij de verkrijger vrijgesteld omdat dit bedrag bij de uitkerende partij al belast is als winst. Zonder vrijstelling zou hier dus sprake zijn van economisch dubbele belasting, dezelfde winst zou dan bij twee verschillende partijen worden belast.

Deelnemingsvrijstelling⁷

Het voorkomen dat de winst op twee plekken belast gaat worden is ook de gedachte achter de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Door middel van de deelnemingsvrijstelling worden voordelen die worden behaald uit een deelneming niet bij de moedermaatschappij in de heffing betrokken. Bij voordelen gaat het hier dan over dividenden die worden ontvangen uit hoofde van de deelneming en winsten die worden gemaakt met de vervreemding van de aandelen in de dochter door de moedermaatschappij. Als de relatie tussen de ondernemingen voldoet aan bepaalde voorwaarden⁸, zal er altijd sprake zijn van de deelnemingsvrijstelling. De vrijstelling is dus geen facultatieve regeling waar ondernemingen voor kunnen kiezen, en beperkt zich ook niet enkel tot in deelnemingen in Nederlandse ondernemingen. Een uitzondering geldt voor beleggingsinstellingen, die mogen geen gebruik maken van deze deelnemingsvrijstelling.

Eisen deelnemingsvrijstelling

Om onder de deelnemingsvrijstelling te vallen worden er eisen gesteld aan de relatie tussen de moeder- en dochteronderneming. Alleen als er aan deze eisen wordt voldaan is er sprake van een deelneming en is de deelnemingsvrijstelling dus van toepassing. Om aan deze eisen te voldoen zijn er verschillende mogelijkheden, afhankelijk van de rechtsvorm van de dochteronderneming. Als de dochter een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, moet de moeder tenminste 5% van het nominaal gestorte kapitaal van de dochter bezitten. Als het gaat om een deelneming in een fonds voor gemene rekening moet minimaal 5% van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in bezit zijn van de onderneming die de deelneming houdt. Voor een deelneming in een coöperatie is lid zijn hiervan voldoende om er sprake te laten zijn van een deelneming. Bij een open commanditaire vennootschap wordt het zijn van een commanditaire vennoot die tenminste recht heeft op 5% van de voordelen die worden

⁷ Artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

⁸ Artikel 13, lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

behaald uit die commanditaire vennootschap gekwalificeerd als het hebben van een deelneming⁹.

Als er niet aan een van deze voorwaarden wordt voldaan kan er nog wel sprake zijn van een deelneming op basis van de zogenoemde meetrekgeregeling¹⁰. Hiervan is sprake als de onderneming waarin de mogelijke deelneming wordt gehouden verbonden is met de houder van de aandelen, of als een met de moeder verbonden lichaam een deelneming heeft in de dochteronderneming.

Keerzijde

De andere kant van deze deelnemingsvrijstelling is dat de kosten die gemaakt worden bij de verwerving of vervreemding van deze aandelen er ook onder vallen. Hierdoor zijn deze kosten dus niet aftrekbaar voor de moedermaatschappij. Dit is gedaan omdat de moedermaatschappij anders een dubbel voordeel zou hebben, de opbrengsten zouden zijn vrijgesteld en de kosten zouden aftrekbaar zijn van de winst. Door deze kosten ook in de vrijstelling te betrekken wordt dat voorkomen.

Ook verliezen die mogelijk gemaakt worden op de verkoop van de deelneming mogen niet in aftrek worden gebracht op overige winsten. Deze verliezen kunnen ontstaan als de deelneming voor een lager bedrag wordt verkocht dan waarvoor zij ooit is aangekocht door de moederonderneming.

De deelnemingsvrijstelling lijkt in de eerste instantie een gunstige regeling voor de moederonderneming, maar dit is dus niet in alle gevallen zo. Zolang het goed gaat met de dochteronderneming, waardoor de waarde van de deelneming stijgt en er voordelen uit worden ontvangen, heeft de deelnemingsvrijstelling een gunstige uitwerking door dubbele heffing te voorkomen. Maar zodra het slecht gaat met de dochteronderneming, waardoor de waarde daalt en er geen positieve voordelen uit voortvloeien, zal deze regeling een negatief effect hebben voor de moederonderneming. De dochter kan haar verliezen zelf wel in aanmerking nemen, waardoor zij deze eventueel kan verrekenen met winsten uit eerdere jaren. Bij uiteindelijke liquidatie van de dochter kunnen de verliezen wel weer in aanmerking worden genomen bij de moederonderneming¹¹.

Daarnaast zijn er ook bepaalde regels omtrent het eigen vermogen zelf. Zo zijn er regels opgesteld wanneer reserves vrij moeten vallen in de winst. Bij bijvoorbeeld de eerdergenoemde herwaarderingsreserve is beslist dat deze vrij moet vallen in de winst bij de verkoop van het activum waarop deze betrekking heeft¹². Fiscaal zijn er ook zulke regels voor de herinvesteringsreserve. Die dient in principe vrij te vallen na drie jaren, tenzij het bedrijfsmiddel een langer tijdvak vereist of de voortbrenging of aanschaffing is vertraagd¹³.

⁹ Artikel 13, lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

¹⁰ Artikel 13, lid 5 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

¹¹ Artikel 13d, lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

¹² Artikel 390, lid 3 Burgerlijk wetboek boek 2

¹³ Artikel 3.54, lid 5 Wet inkomstenbelasting 2001

3.2 Hoe wordt vreemd vermogen behandeld?

Behandeling voor de ontvanger

Zoals eerder werd vermeld is de vergoeding voor het verschaffen van vreemd vermogen doorgaans de rente die over het verstrekte bedrag wordt gerekend. Deze rente wordt fiscaal gezien in beginsel anders behandeld dan de dividenden die uit eigen vermogen worden ontvangen. Rentelast wordt ontvangen door een onderneming worden namelijk wel tot de winst van die onderneming gerekend. Hierover is de ontvangende partij dus wel belasting verschuldigd. Er zijn hier echter ook uitzonderingen op van toepassing, deze zullen in de hoofdstukken 4, 5 en 6 ter sprake komen.

Behandeling voor de betaler

Voor de betalende partij zorgt dit ervoor dat de betaalde rentes als kosten aftrekbaar zijn van de winst en er daar dus geen belasting over verschuldigd is. Dit zorgt ter voorkoming van economisch dubbele belasting, de rente zou anders bij zowel de ontvanger als de betaler worden belast. Ook de uitzonderingen hierop zullen in de hoofdstukken 4, 5 en 6 worden behandeld.

Afwaarderen

Bij het verstrekken van een lening aan een onderneming kan het door omstandigheden gebeuren dat deze onderneming niet in staat zal zijn het geleende bedrag terug te betalen aan de verstrekker van die lening. In zulke gevallen mag de verstrekker de resterende schuld afwaarderen ten laste van de winst, en zo het verlies dat wordt geleden dempen. Hoewel de schuldeiser dit bedrag af kan boeken, heeft dit geen gevolgen voor de schuldenaar. De schuld zal op zijn balans blijven staan en hij heeft nog steeds de verplichting deze terug te betalen. Als de schuldenaar zijn schuld uiteindelijk toch blijkt af te kunnen lossen, terwijl deze al is afgeboekt door de schuldeiser, zal het afgeboekte bedrag weer tot de winst worden gerekend. Omdat het mogelijk is om hiermee winsten te verschuiven tussen verschillende jaren en er mogelijk misbruik gemaakt kan worden door verbonden ondernemingen, is er jurisprudentie geweest waarin omstandigheden worden genoemd, zoals de onzakelijke lening, wanneer het niet toegestaan is de schuld af te boeken ten laste van de winst. Dit zal in hoofdstuk 6.4 ter sprake komen.

4. Wetsartikelen met renteaftrekbeperkingen

Zoals eerder genoemd mogen de renten die betaald worden op verstrekkingen van vreemd vermogen in aftrek worden gebracht op de winst bij de betalende partij. Omdat deze mogelijkheid tot aftrek gunstig is voor bedrijven, willen zij hier graag gebruik van maken. Dit proberen zij door bepaalde constructies op te zetten waardoor eigen vermogen transacties worden omgebouwd tot transacties met vreemd vermogen. Op deze manier kunnen de renten die worden betaald dan wel in aftrek worden gebracht op de winsten, waar dat anders niet het geval zou zijn. De Nederlandse wetgever was het echter niet eens met deze constructies en heeft daarom enkele wetsartikelen geschreven om dit te voorkomen. Deze wetartikelen zijn de zogenoemde renteaftrekbeperkingen. Op basis van deze artikelen is in bepaalde gevallen de rente niet meer, of niet meer geheel, aftrekbaar voor de onderneming.

4.1 Fraus legis

Hoewel fraus legis niet in de wettekst is opgenomen, wordt het wel in dit hoofdstuk behandeld. Dit wordt gedaan omdat het wel betrekking heeft op de wetteksten, namelijk de interpretatie daarvan. Onder fraus legis wordt het misbruiken van recht door belastingplichtigen voorkomen. Dit misbruik ontstaat als regels worden gebruikt op een manier zoals deze niet bedoeld zijn door de wetgever. De belastingplichtige handelt dan in strijd met doel en strekking van de wet. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn als er op een bepaalde manier wordt gehandeld en daar geen andere motivering voor is dan het verlagen van de te betalen belasting.

Voordat fraus legis een bekend fenomeen werd, werden dit soort zaken op een andere manier geregeld. Toen werd er namelijk nog gebruik gemaakt van hoofdstuk VI uit de AWR. De artikelen die in dit hoofdstuk staan hebben hetzelfde doel als het fraus legis leerstuk dat tegenwoordig wordt gebruikt, namelijk het voorkomen dat het recht wordt gebruikt op een manier waarvoor deze niet bedoeld is. Dit moet dus zorgen voor zogenoemde 'richtige' heffing. Zo wordt er in het eerste artikel van dit hoofdstuk genoemd dat er geen rekening wordt gehouden met rechtshandelingen die geen werkelijke verandering hebben veroorzaakt of als doel hebben gehad. Dit artikel is gericht op de directe belastingen. Daarnaast wordt er ook genoemd dat rechtshandelingen niet in aanmerking worden genomen als er geen andere reden voor was, of wordt geacht te zijn, dan het verminderen van het heffen van belastingen¹⁴. Op deze manier wordt er gezien op de 'richtige' heffing van belastingen. Waar dit hoofdstuk VI anders is dan hoe het leerstuk van fraus legis nu wordt gebruikt is dat er bij hoofdstuk VI eerst, middels een beschikking¹⁵, toestemming van de minister gevraagd diende te worden om deze rechtshandelingen buiten beschouwing te laten of te vervangen door een andere rechtshandeling voor fiscale heffingen. Tegenwoordig is, omdat er gebruik kan worden gemaakt van het leerstuk van fraus legis, zo'n goedkeuring van de minister niet meer nodig om rechtshandelingen niet in aanmerking te nemen¹⁶.

Er kan gebruik gemaakt worden van het leerstuk van fraus legis als er wordt voldaan aan twee cumulatieve vereisten¹⁷. Ten eerste moet de reden waarom de rechtshandeling wordt gedaan,

¹⁴ Artikel 31 Algemene wet inzake Rijksbelastingen

¹⁵ Artikel 32 Algemene wet inzake Rijksbelastingen

¹⁶ Persbericht Ministerie van Financiën, 29 juli 1987, nr. 87/222

¹⁷ E.C.C.M. van Kemmeren, Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21

het ontgaan van belastingen zijn. De handeling heeft geen praktische betekenis, anders dan het besparen van belastingen. Dit vereiste wordt ook wel het motiefvereiste genoemd, omdat het hier niet gaat om de handeling zelf maar om de beweegredenen achter die handeling. Het tweede vereiste is dat de handeling zelf in strijd moet zijn met doel en strekking van de wet. In plaats van naar de beweegredenen wordt hier dus wel gekeken naar de handeling zelf. Als aan beide vereisten wordt voldaan, dus het motief van de handeling was het verminderen van belasting en de handeling zelf was in strijd met doel en strekking van de wet, kan er over worden gegaan op *fraus legis*. Op deze manier kan de inspecteur dus bepaalde handelingen wel belasten of niet in aftrek laten komen, terwijl deze onbelast of aftrekbaar zouden zijn als enkel de wettekst letterlijk zou worden gevolgd. De inspecteur maakt dan gebruik van de teleologische interpretatie, deze gaat uit van de bedoeling die de wetgever had bij het schrijven van de wettekst.

4.2 Artikel 10a

Voor de vennootschapsbelasting wordt de eerste renteaftrekbeperking uitgewerkt in artikel 10a. Hiermee wordt voorkomen dat bedrijven hun winsten kunstmatig kunnen verlagen door renten te creëren en die in aftrek te brengen op de winst. Dit is dus een anti-ontgaansbepaling, hij ziet namelijk op het tegengaan van het ontgaan van belastingen. Naast renten ziet deze regeling ook op kosten en valutaresultaten. Het proces van het verlagen van de winst door kunstmatige constructies te gebruiken wordt ook wel winstdrainage genoemd. Dit artikel bepaalt dat de renten van bepaalde schulden niet in aftrek mogen worden gebracht op de winst. Het moet hier dan gaan om een schuld bij een verbonden lichaam die is aangegaan om een specifieke reden. Ook schulden die via een omweg zijn aangegaan bij een verbonden lichaam vallen hieronder, omdat het van belang is dat de schulden rechtens dan wel in feite verschuldigd zijn aan een verbonden lichaam. Door wie de lening in feite wordt geacht te zijn verstrekt, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden die hiervoor relevant zijn. In kamerstukken werden een aantal omstandigheden genoemd die in dat geval van belang zijn. Het gaat dan onder andere om de rente die wordt gerekend, de looptijd van de lening, het afgesproken aflossingsschema, de hoogte van de lening in relatie tot de intrinsieke waarde van de aandelen die ermee worden overgenomen en eventuele zekerheden die worden gesteld bij het aangaan van de lening¹⁸. Op basis van deze omstandigheden moet worden bepaald door wie het risico van de lening in werkelijkheid wordt gedragen, en daarmee door wie de lening in feite is verstrekt. Bij complexe internationale structuren zal het voor de inspecteur echter moeilijk zijn om al deze factoren te beoordelen.

Op basis van dit artikel kunnen lichamen op verschillende manieren verbonden zijn met elkaar¹⁹. Zo zijn beide ondernemingen met elkaar verbonden als een van hen tenminste een derde gedeelte belang heeft in de andere onderneming. Daarnaast zijn lichamen verbonden als er een derde partij is die ten minste een derde belang heeft in allebei de ondernemingen. Ook lichamen die samen in een fiscale eenheid zitten worden standaard aangemerkt als verbonden lichamen. Naast verbonden lichamen zijn voor dit artikel ook verbonden natuurlijke personen van belang. Een natuurlijk persoon wordt als verbonden aangemerkt als hij ten minste een derde belang heeft in de betreffende onderneming, of in een lichaam dat verbonden is met die onderneming²⁰. Om tegen deze anti-misbruik bepaling aan te lopen moet

¹⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3

¹⁹ Artikel 10a, lid 4 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

²⁰ Artikel 10a, lid 5 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

er gebruik worden gemaakt van schulden om specifieke redenen, ook wel besmette rechtshandelingen genoemd.

Bij de eerste soort schuld die in dit artikel genoemd wordt, gaat het om een schuld die verband houdt met het doen van een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de lener of een met hem verbonden belastingplichtig lichaam. Het gaat hier dus om het lenen van een bedrag met als reden dit, in de genoemde vorm van winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal, gelijk over te brengen naar een andere onderneming. Door middel van deze constructie kunnen de ondernemingen geld onderbrengen in de partij die winstuitdeling krijgt, terwijl de rentelasten bij de partij vallen die de lening aan is gegaan. Een constructie als deze kan vooral gunstig zijn voor belastingplichtige als de betrokken ondernemingen zich in verschillende landen bevinden. Hierdoor kan gebruik gemaakt worden van de verschillende tarieven die landen hanteren voor de vennootschapsbelasting. Het voordeel ontstaat als de rentebaten vallen in een land met een laag tarief, waardoor er weinig belasting over wordt geheven, terwijl de rentelasten vallen in een land met een hoger tarief. Omdat de rente dan belast is tegen een laag tarief, terwijl deze aftrekbaar is tegen een hoger tarief, ontstaat er een voordeel voor de betrokken ondernemingen. De wet beperkt hier tot winstuitdelingen die gedaan worden aan een verbonden lichaam, omdat bij winstuitdelingen aan een rechtspersoon met een kleiner belang vaak wel zakelijke motieven ten grondslag liggen. Ook bij winstuitdelingen tussen moeder en dochter kan er sprake zijn van zakelijke motieven, maar dat moet dan worden aangetoond door de belastingplichtige. De belastingplichtige krijgt de mogelijkheid dat aan te tonen op basis van de tegenbewijsregeling uit lid 3.

De tweede besmette handeling die wordt genoemd in artikel 10a, is als er een lening wordt aangegaan met als doel om een met dat geleende bedrag een kapitaalstorting te doen in een verbonden onderneming. Dit is vergelijkbaar met de eerstgenoemde besmette rechtshandeling, alleen werkt het hier de andere kant op. Dit tweede onderdeel ziet op de interne verhangning van ondernemingen.

Als derde besmette rechtshandeling wordt genoemd het aangaan van een lening met als doel een belang te verkrijgen of vergroten, door belastingplichtige of door een met hem verbonden Nederlandse persoon of Nederlands lichaam, in een lichaam dat na die handeling verbonden zal zijn met de onderneming. In de praktijk is de kans wel kleiner dat er een verband wordt geacht te zijn als de lening pas op een later moment wordt verstrekt²¹.

Of er een verband is tussen de lening en de besmette rechtshandeling dient ook naar omstandigheden te worden beoordeeld. Het maakt daarvoor niet uit of de lening op hetzelfde moment wordt verstrekt als dat de besmette rechtshandeling plaatsvindt. Ook hoeft de lening niet te zijn verstrekt voordat de rechtshandeling is gedaan. Er kan nog steeds sprake zijn van een verband, ook al is de lening verstrekt nadat de handeling al heeft plaatsgevonden. Er zijn twee manieren waarop de lening als besmet kan worden aangemerkt. De eerste manier is door een zogenoemde bestedingsbesmetting. Hierbij wordt de lening aangewend voor het doen van een besmette rechtshandeling. De lening is hier dus al aangegaan, waarna er een besmette rechtshandeling met het geleende bedrag wordt gedaan. De tweede manier waarop de lening besmet kan worden is als de lening zelf zijn oorsprong vindt in een besmette rechtshandeling²².

²¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3

²² Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 14

Omdat deze besmette handelingen ook kunnen gebeuren terwijl het bedrijf wel met enkel zakelijke motieven handelt, kunnen in sommige gevallen de renten toch in aftrek worden toegestaan. De belastingplichtige kan namelijk gebruik maken van de zogenoemde tegenbewijsregeling. Hij heeft dan twee mogelijkheden om te bewijzen dat hij wel aftrek zou moeten krijgen voor de renten²³.

De eerste mogelijkheid is dat bewezen moet worden dat de schuld en de rechtshandeling die als besmet zou worden aangemerkt, in overwegende mate zakelijke motieven hebben. Het motief achter het verrichten van die handeling mag dus niet enkel zijn om de te betalen belasting te verlagen, maar er moeten andere redenen zijn waarom de structuur zo is opgesteld. Dit wordt ook wel de dubbele zakelijkheidstoets genoemd, omdat zowel de schuld als de rechtshandeling worden getoetst op zakelijke motieven. Hoewel er achteraf altijd wel redenen te verzinnen zijn, wordt er enkel voldaan aan deze toets als de aangedragen reden ook aannemelijk wordt bevonden.

Als tweede mogelijkheid tot het wel aftrekbaar laten zijn van de rente moet de belastingplichtige bewijzen dat deze tegen een naar Nederlandse maatstaven redelijk tarief wordt belast. Als er dus voldoende belasting wordt betaald over de rente door de ontvangende partij, mag de betalende partij in Nederland de rente wel in aftrek brengen op de winst. Om te worden aangemerkt als een naar Nederlandse maatstaven redelijk tarief, moet er minstens 10% belasting worden geheven over de renteontvangsten. Hoewel het tarief op basis van deze regel nominaal wel kan voldoen aan de eis van minimaal 10%, kan het effectieve tarief toch lager liggen door de mogelijkheid verliezen te verrekenen. Als dat het geval is krijgt de inspecteur de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat er toch geen zakelijke motieven ten grondslag liggen aan het doen van de rechtshandeling in kwestie.

4.3 Artikel 10b

Ook in het volgende artikel, artikel 10b, wordt een aftrekbeperking gegeven voor renten op leningen. Deze regeling ziet op zeer specifieke leningen, omdat deze aan een tweetal eisen moeten voldoen. Ten eerste mag de lening geen vaste aflossingsdatum hebben, of, als deze er wel is, moet deze datum later zijn dan tien jaar na het verstrekken van de lening. De lening moet dus een zeer lange, dan wel oneindige looptijd hebben. Het is niet mogelijk om een looptijd te kiezen van minder dan tien jaar en deze dan steeds te verlengen zodat de lening alsnog een langere looptijd dan tien jaar krijgt. Als bedrijven ervoor kiezen om op deze manier de einddatum van de lening steeds verder naar de toekomst te verschuiven, zal de lening worden geacht vanaf het begin af aan te zijn aangegaan met de langere looptijd die is ontstaan door het verschuiven van de aflossingsdatum.

Daarnaast moet de vergoeding die overeen is gekomen tussen de betrokken partijen ook tussen onafhankelijke partijen tot stand kunnen zijn gekomen. Er moet dus een marktconforme, zakelijke rente worden gerekend over de lening. Als de rente namelijk een stuk hoger of lager zou liggen, zouden twee onafhankelijke partijen daar niet op uitgekomen kunnen zijn. Als de rente dus niet als zakelijk kan worden aangemerkt is het duidelijk dat een van de twee betrokken ondernemingen de andere wilde bevoordelen. Als er aan deze twee

²³ Artikel 10a, lid 3 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

eisen wordt voldaan, komen op basis van dit artikel zowel de renten als de waardemutaties van de lening niet in aftrek op het resultaat.

4.4 Artikel 13I

Naast de eerdergenoemde bepalingen waarin de aftrek van renten wordt beperkt, is er ook nog artikel 13I van de Wet op de Vennootschapsbelasting. In dit artikel wordt er steeds gesproken over geldleningen, waarvan de definitie ook wordt gegeven. Onder een geldlening wordt voor dit artikel namelijk een schuld verstaan die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst. Ook hier worden omstandigheden genoemd waaronder renten die betaald worden op leningen niet in aftrek mogen worden gebracht. Hier gaat het specifiek om de renten die betaald worden op leningen die verband houden, of worden geacht verband te houden, met de financiering van deelnemingen. Het gaat hier echter niet om alle renten die worden betaald in verband met deze financieringen, maar om de deelnemingsrente die als bovenmatig wordt gezien. Leningen waarvan de te betalen bovenmatige rente lager is dan €750.000 zullen geen last hebben van dit artikel, omdat die leningen zijn vrijgesteld van deze regeling op basis van lid 1.

In lid 2 wordt uitgelegd hoe de bovenmatige deelnemingsrente berekend dient te worden. Dit doet men door het totaal aan renten die betaald moeten worden in dat jaar, te vermenigvuldigen met de verhouding tussen de totale schulden en de deelnemings schulden. Die verhouding wordt bepaald aan de hand van de balans aan het begin van het jaar waarop de berekening betrekking heeft. Tijdelijke veranderingen in deze verhouding worden hierbij buiten beschouwing gelaten. Er wordt hier dus geen gebruik gemaakt van de werkelijke rente die wordt betaald over die deelnemings schuld, maar een gedeelte van de totale renten.

Er is, volgens lid 3, sprake van een deelnemings schuld als de verkrijgingsprijs van de deelnemingen hoger is dan het eigen vermogen van de onderneming die de deelnemingen houdt. De deelnemings schuld kan nooit meer bedragen dan het totaal aan schulden dat de onderneming heeft, of het totaal van de verkrijgingsprijzen van de verschillende deelnemingen die de onderneming heeft aangekocht. Als de deelnemings schuld op deze manier is berekend, worden hier de waarde van de schulden die voldoen aan de artikelen 10a en 10b, zoals die eerder zijn genoemd, op in aftrek gebracht. Voor deze schulden geldt namelijk al een aftrekbeperking, dus het zou voor de onderneming zeer nadelig zijn als deze ook nog bij deze berekening zouden worden meegenomen. Na het aftrekken van deze schulden mag de totale deelnemings schuld echter niet lager worden dan nihil.

In lid 5 staat echter een uitzondering genoemd voor deelnemingen die hier niet onder vallen en waarvan de rente dus niet als bovenmatig zal worden aangemerkt. Het gaat dan om deelnemingen die zorgen voor een uitbreiding van operationele activiteiten. Er moet sprake zijn van een uitbreiding van activiteiten voor de groep waarin de investerende partij zich bevindt, dus inclusief met hem verbonden lichamen. Het moet dan gaan om een uitbreiding van activiteiten in de periode van 12 maanden voor de investering, tot 12 maanden nadat de investering is gedaan. Als een uitbreiding van het belang in zo'n deelneming wordt aangemerkt als een uitbreiding van operationele activiteiten, zal de verkrijgingsprijs van deze deelnemingen niet worden meegenomen bij de berekening van de deelnemings schuld.

Als de deelneming voor 1 januari 2006 is verworven hoeft de onderneming, op basis van lid 10, niet te bewijzen dat er sprake is van een uitbreiding van operationele werkzaamheden. Er mag dan namelijk standaard 90% van de verkrijgingsprijs buiten aanmerking worden gelaten. Er kan dan nog steeds gekozen worden om wel een uitbreiding van activiteiten te bewijzen, waardoor de volledige verkrijgingsprijs buiten aanmerking wordt gelaten, maar in veel gevallen zal dit de moeite niet waard zijn. Het is dan namelijk lastig om na zo'n lange tijd nog te bewijzen dat er sprake was van een uitbreiding.

De in lid 5 genoemde omstandigheden waaronder de rente wel in aftrek mag worden genomen, kennen zelf ook weer uitzonderingen. Deze uitzonderingen worden genoemd in het zesde lid van hetzelfde artikel. Zo kan er geen gebruik gemaakt worden van het vijfde lid als de betaalde renten door een met de onderneming verbonden lichaam aftrekbaar zijn van de winst en zo de winstbelasting voor dat verbonden lichaam vermindert. Een andere uitzondering is als de renten en kosten die verschuldigd zijn over een schuld die betrekking heeft op de financiering van een deelneming direct of indirect tegenover een vergoeding voor het verstrekken van vermogen staan van de onderneming waarin de deelneming wordt gehouden. De uitzondering geldt dan als die vergoeding ook weer in aftrek kan worden gebracht op een belasting die naar de winst wordt geheven, terwijl het krijgen van die vergoeding niet belast is bij de verkrijgende partij. Een naar Nederlandse maatstaven niet redelijke heffing, zoals eerder ook al genoemd werd bij artikel 10a, wordt hetzelfde behandeld als dat er helemaal geen heffing plaats zou vinden. De laatste uitzondering die in dit artikel wordt genoemd is vrij algemeen. Hier wordt namelijk gezegd dat er geen sprake is van lid 5 als de verwerving of uitbreiding van de deelneming niet gedaan zou zijn als er geen sprake zou zijn geweest van aftrekbaarheid van renten. Hier wordt dus getoetst of de motieven achter het verkrijgen of uitbreiden van een belang wel zakelijk zijn en de handeling niet alleen wordt verricht om fiscale redenen.

4.5 Artikel 15ad

In dit artikel wordt ook nog een renteaftrekbepanking uitgewerkt, waarbij het hier gaat om de renten die worden betaald op leningen die zijn gebruikt voor de verwerving of uitbreiding van een belang in een maatschappij. Op basis van lid 1 mag deze rente slechts in aftrek worden genomen tot een bedrag dat gelijk is aan de winst in het betreffende jaar van de fiscale eenheid waar de ondernemingen deel van uitmaken. Voor het berekenen van deze winst moet het verminderd worden met de winsten die toerekenbaar zijn aan de andere maatschappijen in de fiscale eenheid, maar vermeerderd met de renten waar dit artikel op ziet. Deze aftrekbepanking ziet echter enkel op het teveel aan overnamerenten, dus in situaties waarin er sprake is van een lage overnamerente zal er geen hinder worden ondervonden van dit artikel.

Welk deel van de overnameschulden overmatig is wordt uitgewerkt in lid 5. Er is sprake van een bovenmatige overnameschuld als het totale bedrag aan overnameschulden, die gebruikt zijn voor de verwerving of uitbreiding van het belang in een onderneming, meer bedraagt dan een bepaald percentage van de verkrijgingsprijs van dezelfde belangen. Dit percentage wordt gegeven in het zesde lid. Maximaal gaat het om een percentage van 60%, maar dat wordt elk opvolgend jaar verminderd met 5 procentpunt, tot een minimum van 25%.

Het teveel aan overnamerente kan worden berekend aan de hand van lid 3 en 4 van dit artikel. Het gaat hier namelijk om het laagste bedrag van €1.000.000 (lid 3) en het bedrag dat wordt

berekend aan de hand van lid 4. Op basis van dit lid wordt de bovenmatige deelnemingsrente gesteld op de rente die verschuldigd is over het bovenmatige deel van de overnameschuld met betrekking tot de ondernemingen die in dat betreffende jaar en in voorgaande jaren in de fiscale eenheid zijn gevoegd.

4.6 Conclusie

Omdat bedrijven, onder andere door middel van het ombouwen van transacties, gebruik wilden maken van de mogelijkheden tot renteaftrek, heeft de wetgever een aantal artikelen in de wet opgenomen die dit moeten voorkomen. Deze aftrekbeperkingen zien op de renten die worden betaald voor leningen die tot stand zijn gekomen tussen verbonden partijen, langlopende leningen met een lage rente en op bovenmatige overname- en deelnemingsrente. Deze artikelen zorgen ervoor dat de genoemde renten niet, of niet geheel, in aftrek mogen worden gebracht op de winst van de betalende partij, maar geven die partijen nog wel de mogelijkheid om aan te tonen dat zij wel recht hebben op aftrek.

5. Jurisprudentie op het gebied van de aftrekbaarheid van renten

Naast de wetteksten waarin, door middel van renteaftrekbeperkingen, uitzonderingen op de normale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen worden gegeven, is er ook jurisprudentie geweest over dit onderwerp. Er zijn dus gevallen geweest waarin de belanghebbende en de belastingdienst allebei een andere interpretatie hadden van hoe de wet was bedoeld en hoe deze gebruikt kon worden. In deze situaties wilden de belastingplichtigen dan ook vaak betaalde renten in aftrek brengen, terwijl de inspecteur deze renten niet in aftrek wilde toestaan. Uiteindelijk was er een uitspraak voor nodig om te bepalen wie er in het gelijk gesteld zou worden in deze geschillen. Hieronder zullen enkele van de belangrijkste arresten over dit onderwerp worden behandeld. Daarnaast zal er aandacht worden besteed aan plannen van de OESO en de EU, die zijn opgesteld om agressieve belastingconstructies tegen te gaan.

5.1 Bosal-arrest²⁴

Situatie

Deze zaak gaat, zoals de naam al zegt, over Bosal Holding BV, die de belanghebbende was in deze situatie. Voor de financiering van deelnemingen in dochterondernemingen in verschillende lidstaten van de toenmalige Europese Gemeenschap (EG) zijn kosten gemaakt door Bosal Holding BV. Deze EG bestaat sinds het Verdrag van Lissabon in 2009 in werking is getreden niet meer. De EG heeft bestaan van 1993, toen het de Europese Economische Gemeenschap opvolgde, tot aan december 2009²⁵. Tegenwoordig is dit de Europese Unie (EU) geworden, voor de zaken die van belang waren voor dit arrest is er niet veel veranderd. Bij dit arrest uit 2003 stond de aftrekbaarheid van de kosten die gemaakt werden met betrekking tot het verkrijgen en houden van deelnemingen centraal. Met name ging het hier over het verschil in behandeling tussen deelnemingen die zich in Nederland bevonden en deelnemingen die zich in het buitenland, in dit geval in andere lidstaten van de EG, bevonden. De situatie was namelijk zo dat er een onderscheid gemaakt werd tussen de behandeling van deze twee situaties, waardoor de vraag opkwam of dit niet in strijd was met het EG-recht. De deelnemingen bevonden zich in negen verschillende lidstaten. Volgens het EG-recht mochten situaties waarbij gebruik werd gemaakt van buitenlandse ondernemingen namelijk niet slechter behandeld worden dan situaties waarbij de betrokken ondernemingen zich in dezelfde lidstaat bevonden, wat hier dus wel het geval zou zijn. Ook vandaag de dag mag dat niet het geval zijn op basis van het tegenwoordige EU-recht²⁶. Hier was er wel sprake van een slechtere behandeling van de buitenlandse situaties ten opzichte van de binnenlandse situaties, omdat de kosten die werden gemaakt voor de Nederlandse deelnemingen wel in aftrek mochten worden gebracht, maar de kosten die werden gemaakt voor de buitenlandse ondernemingen niet. De kosten die voor de financiering van de buitenlandse deelnemingen werden gemaakt zouden niet aftrekbaar zijn omdat de kosten niet zorgden voor winst die in Nederland belast zou kunnen worden. Voor de Nederlandse deelnemingen gold dit natuurlijk wel, omdat deze in Nederland belastingplichtig waren.

²⁴ HvJ EU, ECLI:EU:C:2003:479 (Bosal)

²⁵ Europa Nu. Europese Gemeenschap (EG). Geraadpleegd van:
https://www.europa-nu.nl/id/vgb8kr3821yw/europese_gemeenschap_eg

²⁶ Artikelen 18-21, 45, 49 en 63 EU-verdrag

Standpunt van de belastingdienst

De Nederlandse belastingdienst wilde de kosten niet in aftrek toestaan vanuit het oogpunt dat er voor hen geen opbrengsten tegenover de kosten stonden. De winsten die zouden worden behaald door de buitenlandse dochterondernemingen vallen onder de belastingregels van het land waarin deze ondernemingen zijn gevestigd. In Nederland konden deze opbrengsten dus niet belast worden. Ook eventuele dividenduitkeringen die werden gedaan aan de Nederlandse moedermaatschappij, zouden niet tot Nederlandse heffing leiden door de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting.

Standpunt van de belastingplichtige

Bosal Holding BV was het niet eens met dit standpunt van de belastingdienst, omdat zij nu voor twee, in hun ogen, vergelijkbare situaties op twee verschillende manieren werden behandeld. Als de lijn van de Nederlandse belastingdienst zou worden gevolgd zou het voordeliger zijn om te investeren in ondernemingen in Nederland in plaats van in buitenlandse ondernemingen. Dit was een belangrijk pijnpunt, omdat dit onder het EG-verdrag niet was toegestaan. Dit was namelijk in strijd met artikel 43 van het EG-verdrag, waarin de vrijheid van vestiging wordt beschreven. Voor de wetwijziging in 2002 was dit uitgewerkt in artikel 52.

Uitspraak

In de uitspraak door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen werd gezegd dat de Nederlandse overheid inderdaad geen onderscheid mocht maken tussen de Nederlandse en de buitenlandse dochterondernemingen. De reden daarvoor was dat het in strijd was met het toen geldende EG-recht. In deze uitspraak werd Bosal Holding BV dus in het gelijk gesteld en werd er bepaald dat beide gevallen gelijk behandeld moesten worden. Op deze manier was het niet gunstiger om te investeren in je eigen land ten opzichte van het buitenland. Er was dan dus geen sprake meer van discriminatie, er was geen verschil meer in behandeling die in strijd kon zijn met het EG-recht.

5.2 Credit Suisse arresten²⁷

Situatie

Dit arrest gaat, zoals de naam al zegt, over Credit Suisse, een bank die internationaal opereert. De bank heeft zijn hoofdkantoor in Zwitserland, maar heeft daarnaast ook nog een dochtermaatschappij en een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. De essentie van dit arrest zit hem in de bijzondere manier waarop Credit Suisse de dochteronderneming heeft gefinancierd. Dit proces liep namelijk door middel van een constructie via Nederland. Er werd voor gekozen om, via een in Nederland gevestigde holding, Nederlandse ondernemingen die beschikten over boekwinsten te kopen. Deze winstvennootschappen zijn verder lege vennootschappen, de activa en passiva daaruit waren al verkocht. Wel rustte er nog een belastingclaim op die vennootschappen, omdat er wel winsten waren gemaakt. Vanuit het Verenigd Koninkrijk werden er dan door de vaste inrichting leningen verstrekt aan deze Nederlandse ondernemingen. Omdat deze Nederlandse vennootschappen hier rente over moesten betalen, konden zij gebruik maken van verliesverrekening. Op deze manier werden deze vennootschappen als het ware 'geleegd'.

²⁷ nr. 15/05357, BNB 2017/162, V-N 2017/22.9 (Credit Suisse)

Ook werd er hier gebruik gemaakt van een entiteit in Luxemburg, die onder de Nederlandse winstvennootschappen hing. De vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk verstrekte voor grote bedragen leningen aan de Nederlandse winstvennootschappen, waardoor er in Nederland zeer hoge rentekosten opkwamen. Door die rentekosten bleef er van de winst die al in de ondernemingen zat niets meer over. Door die Nederlandse ondernemingen werd dat bedrag vervolgens in de vorm van een deelnemerschapslening verstrekt aan de Luxemburgse onderneming. Deze deelnemerschapslening zal ter sprake komen in hoofdstuk 6.2. Omdat er hier sprake was van een deelnemerschapslening waren de voordelen die hieruit werden verkregen door de Nederlandse winstvennootschappen vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13.

Omdat er van de reeds bij aankoop gerealiseerde winsten niets meer over bleef, kwam de belastingclaim die nog op deze ondernemingen rustte, te vervallen. In Luxemburg werd de vanuit Nederland verstrekte deelnemerschapslening wel gezien als vreemd vermogen, waardoor daar de rentekosten die daarover betaald werden wel aftrekbaar waren. Luxemburg verstrekte deze bedragen weer door aan de dochteronderneming die zich in het Verenigd Koninkrijk bevond. Omdat er in Luxemburg daardoor renteopbrengsten binnenkwamen die gelijk waren aan de door hen betaalde rentekosten, werd er per saldo niets geheven in Luxemburg. Deze hele constructie was dus bedoeld om een lening te laten lopen van de vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk naar de dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk.

De Nederlandse belastingdienst was het niet eens met deze constructie en vond dat de rente niet in aftrek mocht worden gebracht. De Nederlandse belastingdienst wilde de aftrek voorkomen op basis van het eerder genoemde artikel 10a van de Wet op de Vennootschapsbelasting, of op basis van *fraus legis*. Daarnaast had de belastingdienst ook nog enkele boetes opgelegd, waarover werd gediscussieerd of deze wel terecht waren. Over deze situatie is vervolgens door beide partijen doorgeprocedeerd tot de Hoge Raad²⁸.

Standpunt van de belastingdienst

Hoewel er volgens de letter van de wet niets was aan te merken op de aangifte van de belastingplichtige, was de belastingdienst het toch niet eens met de opgezette constructie. Zij vond dat er hier sprake was van een situatie waarin *fraus legis* gold. De belastingdienst was namelijk van mening dat er werd gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet. Hier ging de belastingdienst dus uit van de teleologische interpretatie van de wetsartikelen, hij keek niet per se naar wat er in de letterlijke tekst van de wet stond, maar hoe dit was bedoeld door de wetgever. Daarnaast vond zij dat het verminderen van de belastingdruk het doorslaggevende motief voor het doorvoeren van de rechtshandeling was, omdat de enige reden dat Nederland in de handeling werd betrokken het verminderen van de belastingdruk was.

Standpunt van de belastingplichtige

De belastingplichtige, Credit Suisse, was het niet eens met het standpunt van de belastingdienst. Dit was omdat zij, volgens de wettekst, niets hadden gedaan dat in strijd was met de wet. Zij gingen hier dus uit van de grammaticale interpretatie van de wet, dus wat er

²⁸ Halters, M. (2017, 24 april). Oordeel Hoge Raad in arresten Credit Suisse. Geraadpleegd van: <http://www.taxence.nl/fiscaal-nieuws/nieuws/fiscaal-nieuws/oordeel-hoge-raad-in-arresten-credit-suisse.132597.lynkx>

letterlijk in de artikelen stond. Als de wet letterlijk genomen zou worden, zouden er geen punten zijn geweest waardoor zou kunnen worden geconcludeerd dat zij een onjuiste aangifte zouden hebben gedaan. De letterlijke wettekst stond dus de aftrek van de rente in Nederland toe.

Uitspraak door de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft hier geoordeeld dat de rentelasten niet volledig in aftrek mogen worden gebracht van de winst. De rentelasten mogen alleen in aftrek worden gebracht op winsten die door de onderneming die deze lasten draagt zelf worden gemaakt. Op de winsten die verkregen werden door het aankopen van de Nederlandse ondernemingen mogen de rentelasten dus niet in aftrek worden gebracht. Hoewel er dus volgens de letterlijke wettekst geen verboden handelingen waren uitgevoerd, was de Hoge Raad toch van mening dat er sprake was van *fraus legis*, waardoor de rente niet zomaar in aftrek mocht worden gebracht.

De opgelegde boetes die ter discussie stonden moesten naar het oordeel van de Hoge Raad komen te vervallen. Dit moest gebeuren omdat de belanghebbende ondernemingen objectief pleitbare standpunten hadden, er bestonden dus redelijke argumenten om aan te nemen dat de belanghebbenden hun belastingaangiften op deze manier hadden mogen invullen. Op voorhand had de belastingplichtige niet kunnen weten dat er in deze situatie sprake zou zijn van *fraus legis*.

Tegenwoordig

Deze structuur zou tegenwoordig niet meer gebruikt kunnen worden, omdat in de tijd dat dit arrest werd uitgesproken artikel 10a niet van toepassing was als er een heffing gold van minimaal 10%. Nu kan dit niet meer zo stellig gezegd worden, omdat de belastinginspecteur tegenwoordig nog de mogelijkheid heeft aannemelijk te maken dat de rechtshandeling, dan wel de manier waarop deze rechtshandeling is gefinancierd, of allebei, vanwege fiscale motieven zijn aangegaan op grond van lid 3, onderdeel b van artikel 10a. Daarnaast zou tegenwoordig de vergoeding die werd verkregen voor de deelnemerschapslening niet meer zijn vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling, wegens lid 17 van artikel 13. De opbrengsten zouden in Nederland niet meer vrijgesteld zijn, als de kosten in Luxemburg aftrekbaar zijn. Tegenwoordig zou er dus geen voordeel meer behaald kunnen worden door deze handeling via Nederland te laten lopen, omdat de opbrengsten die in Nederland worden gekregen dan gewoon in de Nederlandse heffing zullen worden betrokken.

Daarnaast kan er ook geen gebruik meer gemaakt worden van deze structuur op basis van artikel 20a van de Wet op de Vennootschapsbelasting. In lid 9 van dit artikel is namelijk bepaald dat de winsten die bij aankoop al in de ondernemingen zitten niet meer kunnen worden afgezet tegen verlieslijdende activiteiten die later in die ondernemingen worden ingebracht. Er kan dan geen gebruik meer gemaakt worden van de *carry back*-verliesverrekening nadat er in belangrijke mate een wijziging is geweest in de aandeelhouders die het uiteindelijke belang in de ondernemingen hebben. Eerst werd de grens voor de verliescompensatie gesteld op 1 januari van het jaar waarin het uiteindelijke belang in belangrijke mate is gewijzigd. Nu wordt die grens gesteld op de datum waarop deze wijziging van het belang plaatsvindt. Er kan dus niet meer worden verrekend met eventuele voorgaande maanden in het kalenderjaar waarin deze wijziging geschiedt, terwijl dat eerst nog wel mogelijk was voor deze maanden.

5.3 Parallellie-arrest²⁹

Situatie

Dit arrest gaat over een vergelijkbare situatie als het Credit Suisse arrest. Ook hier is er weer een structuur opgezet, met als doel vermogen over te brengen van de ene onderneming naar de andere onderneming. Hier gaat het vooral om het begin van de reeks handelingen die gedaan worden om ervoor te zorgen dat dat vermogen bij een andere onderneming terecht komt. Dit arrest ziet namelijk vooral op de eerste lening die wordt aangegaan, bij een derde partij. Bij deze derde partij komt het bedrag dat uiteindelijk door de verschillende ondernemingen zal gaan, in de eerste instantie vandaan. Het gaat hier om het feit dat als er door de laatste partij in de reeks, waar het geld uiteindelijk terecht komt, rechtstreeks bij de derde partij was geleend, er geen sprake zou zijn van artikel 10a. Een van de voorwaarden van artikel 10a is namelijk dat de lening moet zijn aangegaan bij een verbonden persoon of een verbonden lichaam, en dat is een derde per definitie niet. De rente zou in dat geval dus gewoon in aftrek mogen worden gebracht op de winst door de betalende partij. Hoewel er in de wettekst staat dat het moet gaan om een lening die rechtens, dan wel in feite, is verstrekt door een verbonden lichaam of verbonden persoon, is dit in de jurisprudentie niet altijd zo duidelijk geweest. Er wordt in de jurisprudentie namelijk gezegd dat er moet worden gekeken naar de materiële crediteur, en niet naar de formele crediteur. Hoewel hier rechtens wordt geleend van een verbonden partij, is dit in feite niet het geval, omdat de onderneming die de lening is aangegaan bij de derde enkel fungeert als doorgeefluik.

Standpunt van de belastingdienst

In deze situatie was de belastingdienst van mening dat de rente wel in aftrek beperkt diende te worden. Zij kwamen tot deze mening omdat er naar oordeel van de belastingdienst niet werd voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets zoals deze staat in artikel 10a van de Wet op de Vennootschapsbelasting. Zij achtten dat de lening en de rechtshandeling niet aan waren gegaan, dan wel uitgevoerd, met enkel zakelijke motieven. De structuur die hier op werd gezet door de belastingplichtige moest, naar mening van de belastingdienst, wel om fiscale redenen op deze manier zijn gedaan.

Standpunt van de belastingplichtige

De belastingplichtige was in deze situatie van mening dat er moest worden gekeken waar de lening in feite vandaan komt. Dat er dan een partij tussen zit die in principe niets verandert aan de lening en enkel fungeert als doorgeefluik, vond zij in dit geval niet relevant. Belastingplichtige was hier dus van mening dat de rente die werd betaald aan de verbonden partij niet in aftrek mocht worden beperkt.

Uitspraak van de Hoge Raad

De Hoge Raad was hier van mening dat er moet worden gekeken naar de gelijkenissen tussen de leningen. Als de lening die van de derde afkomstig is vrijwel gelijk is aan de lening die door wordt verstrekt aan een verbonden lichaam, bestaat er voldoende parallelliteit tussen de leningen en wordt er voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets zoals die wordt genoemd in lid 3 van artikel 10a. De belastingplichtige komt dus wel in artikel 10a terecht in deze situatie, maar door het voldoen aan de zakelijkheidstoets heeft dit geen gevolgen voor de aftrekbaarheid van de rente. Om de parallelliteit tussen de leningen te toetsen moet er onder

²⁹ ECLI:NL:HR:2017:640 (Parallellie-arrest)

andere worden gekeken naar de looptijd van beide leningen, de rente die bij beide leningen overeen is gekomen en de valuta waarin de leningen zijn verstrekt. In dit geval mocht de rente die werd betaald over de lening dus niet in aftrek worden beperkt en werd de belastingplichtige in het gelijk gesteld.

Tegenwoordig

Per 1 januari 2018 is de zakelijkheidstoets van lid 3 van artikel 10a aangepast door de wetgever. Nu dient, ook als materieel van een derde wordt geleend, de belastingplichtige aannemelijk te maken dat de rechtshandeling is uitgevoerd op basis van zakelijke motieven. Er wordt dus niet meer standaard voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets, wat nog wel het geval was op het moment dat dit arrest werd gewezen. Als van een derde wordt geleend worden er aan deze lening dus geacht zakelijke motieven ten grondslag te liggen, maar dient dit voor de rechtshandeling zelf nog aannemelijk gemaakt te worden. Als de rechtshandeling de aanschaf van een normale vennootschap in een land waar een redelijk tarief belasting wordt geheven betreft, zullen hier niet veel problemen ontstaan voor de belastingplichtige. Als er echter, zoals dat hier het geval was, een entiteit wordt gekocht waar de materiële onderneming al van verkocht is en deze entiteit zich in een land bevindt waar weinig tot geen belasting wordt geheven, zal de zakelijkheid van die rechtshandeling een stuk moeilijker aannemelijk te maken zijn.

5.4 BEPS plannen

Het tegengaan van constructies die door de belastingplichtigen worden opgezet gebeurt niet alleen per land, maar ook in samenwerkingsverbanden tussen verschillende landen. Een samenwerkingsverband tussen verschillende landen is de OESO, ook wel de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling. Dit is een economisch samenwerkingsverband tussen 35 verschillende landen dat is opgericht in 1961³⁰. Dit samenwerkingsverband heeft ook strategieën opgesteld tegen belastingontwijking, de zogenoemde BEPS plannen, wat staat voor *base erosion and profit shifting*. Deze term verwijst naar strategieën om belasting te ontwijken door middel van verschillen in regels tussen landen, bijvoorbeeld door het verschuiven van winst naar landen waarin dit niet, of tegen een zeer laag tarief, wordt belast³¹. Op 5 oktober 2015 is, op verzoek van de G20, het definitieve actierapport van het BEPS-project openbaar gemaakt. In dit rapport zijn 15 actiepunten opgenomen, die vooral moeten leiden tot een meer coherente samenhang tussen de belastingsystemen in de verschillende landen³². Het vierde punt dat wordt genoemd heeft betrekking op de mogelijkheid tot aftrek van renten en andere betalingen. De wijze van behandeling voor de aftrekbaarheid van deze bedragen die hierin wordt aangeraden, zorgt ervoor dat de aftrekbare renten direct samenhangen met de hoeveelheid economische activiteiten³³. Bij dit vierde actiepunt worden drie manieren aangeraden waarop er met de renten om kan worden gegaan³⁴.

³⁰ OESO. (z.d.). Geraadpleegd van: www.oecd.org/about/

³¹ OESO. (z.d.). Geraadpleegd van: <http://www.oecd.org/tax/beps/>

³² OESO. (2015). Geraadpleegd van: <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

³³ OECD (2016), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

³⁴ OECD (2016), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

Ten eerste kan er voor worden gekozen om een vaste ratio regel in te stellen. De betaalde renten mogen dan worden afgetrokken, tot een maximum percentage van de winst van het bedrijf. Op deze wijze wordt, zoals gezegd, getracht een verband te leggen met de mate van economische activiteit. Bij deze eerste optie wordt niet meegewogen dat sommige bedrijven in een groep nu eenmaal grotere investeringen nodig hebben dan andere. Daardoor hebben zij hogere rentekosten terwijl dit niets met fiscale redenen te maken hoeft te hebben.

Het tweede onderdeel houdt daar wel rekening mee. Hierin wordt namelijk voorgesteld om, naast de vaste ratio, hogere aftrek toe te staan in bepaalde situaties. Dit voorkomt dat de bedrijven die grote investeringen nodig hebben dubbel belast worden. Dit tweede onderdeel geeft de optie om te kiezen voor een percentage dat afhankelijk is van de gehele groep, en dus niet alleen van een onderdeel daarvan. Dit kan gedaan worden naast de optie met de vaste ratio, of als een onderdeel van een optie met een vaste ratio en een groepsratio.

Het derde onderdeel geeft aan dat er moet worden gekeken naar de mate waarin bedrijven gebruik kunnen maken van het verplaatsen van de winst door middel van renten. Er moet daarvoor een grens worden opgesteld op basis van de hoogte van de rentekosten. Bedrijven die kosten hebben die onder die grens vallen, worden dan niet beperkt in de mate waarin zij deze renten in aftrek kunnen brengen. Als er meerdere bedrijven uit een groep zich in hetzelfde land bevinden, moet daar voor het vaststellen van de grens wel rekening mee worden gehouden. Er moeten om die reden ook regels op worden gesteld die voorkomen dat bedrijven zich op gaan splitsen zodat er uiteindelijk meerdere entiteiten in hetzelfde land zitten, om te proberen op die manier onder de grens te zitten met de individuele entiteiten.

Op 8 december 2015 is uit de conclusies van de Europese Raad gebleken dat zij het eens zijn met deze BEPS plannen en dat er oplossingen moeten worden gevonden voor het ontwijken van belastingen, die in lijn zijn met deze plannen³⁵. Daarnaast wordt er in deze conclusies benadrukt dat er, waar nodig, EU-richtlijnen moeten komen om de BEPS plannen op EU-niveau te implementeren. Op deze manier moet ervoor worden gezorgd dat er meer coherentie is tussen de 28 verschillende vennootschapsbelastingstelsels met betrekking tot het invoeren van deze plannen.

5.5 ATAD

Op het niveau van de Europese Unie wordt een aantal van de BEPS-actiepunten geïmplementeerd in de ATAD, wat staat voor *anti tax avoidance directive*. De ATAD is een richtlijn waarvan alle lidstaten, op basis van het EU-verdrag, verplicht zijn deze op te nemen in hun wetgeving. Er zijn een ATAD 1 en een ATAD 2, waarbij nummer 2 ziet op hybride structuren. Hier zal verder aandacht worden besteed aan ATAD 1, die een aantal maatregelen tegen het ontwijken van belastingen bevat. Een van die verplichte maatregelen is de earningsstrippingregeling. Deze regeling ziet op het verschuiven van winsten door middel van het in rekening brengen van renten. De mogelijkheid tot aftrek van deze renten wordt beperkt door deze regeling, waarbij het gaat om het gesaldeerde bedrag aan renten. Het gaat hier dus om de renten die worden betaald, verminderd met de renten die worden verkregen. Er wordt verwacht dat de in hoofdstuk 4.4 en 4.5 genoemde beperkingen van aftrek die verband houden

³⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt

met deelnemingsrente en de rente die betrekking heeft op overnames zullen worden afgeschaft na invoering van deze regeling³⁶.

Daarnaast worden lidstaten verplicht een zogenoemde CFC-maatregel in te voeren. CFC staat hierbij voor *controlled foreign company*. Het gaat hier dus om buitenlandse vennootschappen die onder controle staan van binnenlandse vennootschappen, waarbij deze worden gebruikt om winsten naar dat buitenland te verschuiven. Om te worden aangemerkt als een gecontroleerde vennootschap moet er aan een tweetal punten worden voldaan. Ten eerste moet de binnenlandse vennootschap een belang van minimaal 50% hebben in de buitenlandse vennootschap. Ten tweede moet de belasting die betaald wordt over de verschoven winsten de helft, of lager, zijn van de belasting die er in het binnenland betaald had moeten worden. Volgens deze maatregel hebben overheden twee mogelijkheden om de winsten die naar het buitenland zijn verplaatst toch in de binnenlandse heffing te betrekken. De eerste mogelijkheid richt zich op de passieve inkomsten, zoals renten en dividenden. Het is daarvoor van belang dat er geen sprake is van economische activiteiten bij de CFC. De tweede mogelijkheid gaat uit van een benadering van de winst op basis van het *at arm's length* beginsel³⁷.

5.6 Mandatory Disclosure-richtlijn

Gebaseerd op het 12^e punt van deze BEPS-plannen heeft de Europese Commissie op 21 juni 2017 een richtlijn gepubliceerd met betrekking tot het verplicht openbaar maken van belastingconstructies³⁸. Op 25 mei 2018 zijn deze plannen door de Europese Raad aangenomen³⁹. In deze *mandatory disclosure*-richtlijn worden belastingadviseurs, accountants en advocaten verplicht om, wanneer zij deze opzetten, mogelijk agressieve belastingstructuren aan te geven. Volgens Vladislav Goranov, momenteel de president van de Europese Raad, komt er op deze manier meer overzicht op de verschillende structuren, waardoor deze eerder kunnen worden aangepakt en er minder inkomsten voor de lidstaten worden verloren. Om ervoor te zorgen dat dit ook daadwerkelijk gebeurt, worden er straffen aan verbonden als er wordt besloten deze constructies niet aan te geven. Lidstaten hebben nog tot 31 december 2019 om deze richtlijn op te nemen in hun wetgeving⁴⁰.

5.7 Veranderde tijdsgeest

Zoals de staatssecretaris eerder al benoemde toen hij zich beklaagde bij het Hof⁴¹, wordt er tegenwoordig anders gedacht over het proberen te ontwijken van belastingen dan vroeger. Tegenwoordig wordt het maatschappelijk niet meer geaccepteerd als bedrijven niet meer hun zogenoemde *fair share* betalen. Waar het vroeger geaccepteerd werd als bedrijven door middel van verschillende constructies probeerden hun te betalen belasting te verlagen, wordt

³⁶ Elsweier, F. (z.d.). ATAD 1 en 2: De implementatie van anti-belastingontwijkingsmaatregelen. Geraadpleegd van: <https://www.navigator.nl/topic/1113/atad-1-en-2-de-implementatie-van-anti-belastingontwijkingsmaatregelen>

³⁷ Elsweier, F. (z.d.). ATAD 1 en 2: De implementatie van anti-belastingontwijkingsmaatregelen. Geraadpleegd van: <https://www.navigator.nl/topic/1113/atad-1-en-2-de-implementatie-van-anti-belastingontwijkingsmaatregelen>

³⁸ P.G.H. Albert. Noot bij HR 21-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (Credit-Suisse)

³⁹ Raad van de Europese Unie, Corporate tax avoidance: Transparency rules adopted for tax intermediaries press release, 25-05-2018

⁴⁰ Raad van de Europese Unie, Corporate tax avoidance: Transparency rules adopted for tax intermediaries press release, 25-05-2018

⁴¹ BNB 2017/162, punt 9.4 en 9.29 van de conclusie van de A-G

dat nu niet meer geaccepteerd door de maatschappij. Wat precies die *fair share* is die bedrijven moeten betalen is echter niet zo makkelijk vast te stellen. Waar normaal gesproken wordt uitgegaan van de winst van een bedrijf om de te betalen belasting te bepalen, geeft dat dus een resultaat dat door velen niet wenselijk wordt bevonden. Door prof. dr. Vording en prof. dr. Boer is een voorstel gedaan om de te betalen belasting op een andere wijze te berekenen. Er moet daarvoor bijvoorbeeld vooral worden gekeken naar de zichtbaarheid die de onderneming heeft binnen de samenleving, omdat de maatschappij daar vooral hun oordeel over de *fair share* op baseert⁴². Het lijkt namelijk niet *fair* dat een bedrijf dat, door middel van bijvoorbeeld bedrijfspanden, duidelijk opvalt in de samenleving, maar weinig tot niet bijdraagt aan de maatschappij door middel van belastingen. Als oplossing wordt in het artikel een minimumbelasting voorgesteld, waar alleen gebruik van wordt gemaakt als de gewone fiscale regels niet leiden tot een maatschappelijk gewenste uitkomst. Dit zou dan kunnen gebeuren door middel van ficties, zoals dat bijvoorbeeld ook het geval is bij de gebruikelijk-loonregeling uit de loon/inkomstenbelasting⁴³.

Er moet echter wel een onderscheid gemaakt worden tussen het ontduiken en het ontwijken van belastingen. Het ontduiken van belastingen is niet toegestaan volgens de wet. Er wordt dan op illegale wijze geprobeerd de te betalen belasting te verlagen. Het ontwijken van belastingen gebeurt echter wel volgens de regels. Hierbij wordt er geprobeerd om, zonder de fiscale regels te overtreden, de te betalen belasting zo laag mogelijk te houden. Vooral op dit laatste is de kritiek in de afgelopen jaren toegenomen, omdat ontduiking altijd al strafbaar was.

Deze verandering van perspectief moet dus ook worden meegenomen in de hier, vaak oudere, besproken arresten. De manier waarop er door de samenleving tegen belastingen aan wordt gekeken was in die tijden anders dan nu het geval is. Bedrijven kijken nog steeds hetzelfde naar de belastingen, voor hen blijven het economische kosten. De veranderde maatschappelijke mening kan er echter wel voor zorgen dat bedrijven minder snel internationale structuren op zullen zetten door de slechte publiciteit die dat kan veroorzaken.

5.8 Conclusie

De wettekst biedt op verschillende vlakken de mogelijkheid tot meerdere interpretaties. Om deze reden zijn de belastingplichtige en de inspecteur het niet altijd eens over de aangifte die wordt gedaan door de belastingplichtige. Er is in die gevallen dan een uitspraak nodig om te bepalen wie er in het gelijk wordt gesteld. Het kan dan zijn dat de belastingplichtige in het gelijk wordt gesteld, zoals in het Bosal-arrest en parallelle-arrest het geval was. De Nederlandse overheid maakte daar onterecht onderscheid tussen situaties of beperkte onterecht het recht op aftrek. Het kan echter ook zo zijn dat de overheid gelijk blijkt te hebben, zoals bij Credit Suisse. Hier was de uitspraak uiteindelijk dat de belastingplichtige handelingen had verricht die niet waren toegestaan. Deze uitspraken geven dus verdere uitwerking aan de manieren waarop eigen vermogen en vreemd vermogen moeten worden behandeld, door te laten zien hoe de wetteksten in de praktijk uit zullen pakken. Dit toont dat eigen vermogen en vreemd vermogen niet altijd worden behandeld zoals in hoofdstuk 3 is besproken.

Deze uitspraken staan echter niet op zichzelf. Zoals namelijk is laten zien kunnen arresten er ook toe leiden dat de wetteksten worden aangepast om verschil van interpretatie in de

⁴² H. Vording en J.P. Boer, 'Fair share': naar een alternatieve minimumbelasting in de VPB?, WFR 2013/1435

⁴³ Artikel 12a Wet op de loonbelasting 1964

toekomst te voorkomen. Deze arresten hebben dus niet alleen invloed op de specifieke situatie waarover de uitspraak wordt gedaan, maar zorgen ook voor een verandering in de behandeling van het vermogen in de toekomst.

Naast deze jurisprudentie zijn er door samenwerkingsorganisaties ook bepaalde richtlijnen opgesteld om het ontwijken van belastingen tegen te gaan. Een daarvan is de BEPS-richtlijn, die ervoor moet zorgen dat bedrijven hun winsten niet meer kunstmatig kunnen verplaatsen door middel van renten en zo de belasting die zij moeten betalen te verlagen. Bij het bepalen van de aftrekbaarheid van die renten moet er onder andere worden gekeken naar de mate waarin er zich daadwerkelijk economische activiteiten bevinden in de betrokken landen.

Er moet bij deze arresten echter wel rekening gehouden worden met het feit dat er tegenwoordig maatschappelijk anders wordt gekeken naar het opzetten van internationale constructies om de belasting te verminderen. Tegenwoordig wordt dit door de samenleving niet meer geaccepteerd en worden bedrijven geacht hun *fair share* aan belastingen te betalen. Hier ben ik het zelf ook mee eens. Als bedrijven niet hun *fair share* betalen zal dit ergens anders vandaan moeten komen en zullen anderen dus meer moeten betalen.

Deze samenwerkingsorganisaties en veranderde tijdsgeest zorgen ervoor dat het voor bedrijven minder aantrekkelijk wordt om gebruik te maken van het verschil in behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen door bijvoorbeeld internationale constructies op te zetten, omdat dit niet meer het gewenste effect zal hebben of om de negatieve publiciteit die dat veroorzaakt.

6. De herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen

Zoals eerder genoemd, bestaat er door het verschil in behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen de mogelijkheid om hier een voordeel uit te halen. In principe is de civielrechtelijke vorm waarin het vermogen wordt verstrekt beslissend voor de behandeling daarvan⁴⁴. Er zijn echter een aantal situaties waarin de civielrechtelijke vorm niet leidend is in de manier waarop de geldverstrekking wordt behandeld voor de vennootschapsbelasting. In deze gevallen wordt de lening fiscaal behandeld als een kapitaalverstrekking. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 18 oktober 1950 aangegeven wat een kapitaalverstrekking is. Daarin zegt hij dat onder een kapitaalverstrekking moet worden verstaan hetgeen wordt afgestaan op een wijze zodat het gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijke en in het risico delende vermogen. Er mag geen aanspraak ontstaan op de ontvangende partij die het karakter heeft van een vordering⁴⁵. Als de lening wordt aangemerkt als een kapitaalverstrekking vindt er dus een fiscale herkwalificatie plaats van vreemd vermogen naar eigen vermogen.

In de jurisprudentie zijn er een aantal belangrijke arresten geweest waarin grenzen zijn gesteld aan de mogelijkheden waarop met de regels om kan worden gegaan. Het gaat hierbij om de uitzonderingen van de bodemloze putlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening⁴⁶. In deze situaties wordt door de belastingplichtige geprobeerd om feitelijk eigen vermogen te laten behandelen als vreemd vermogen voor de vennootschapsbelasting en op deze manier een voordeel te verkrijgen. Deze herkwalificatie van het vermogen kan grote gevolgen hebben voor de betrokken ondernemingen.

6.1 Bodemloze putlening

Het begrip 'bodemloze putlening' wordt voor het eerst geïntroduceerd in BNB 1988/217, ook wel het Unilever-arrest genoemd⁴⁷. In de situatie waar dit arrest op ziet, werden door een moedermaatschappij leningen verstrekt aan een verlieslijdende buitenlandse dochter. Omdat het bij de dochter op zakelijk gebied niet goed liep, heeft de moedermaatschappij de leningen afgewaardeerd ten laste van haar winst. De inspecteur was het niet eens met deze afwaardering, omdat hij vond dat de leningen eigenlijk als kapitaalverstrekkingen moesten worden beschouwd, waardoor er niet mocht worden afgeboekt op grond van artikel 13, lid 1 van de Wet op de Vennootschapsbelasting.

Bij een bodemloze putlening gaat het om een lening die door een moederonderneming wordt verstrekt aan haar dochteronderneming. In principe hoeft de relatie tussen de ondernemingen geen gevolgen te hebben voor het mogen verstrekken van een lening, maar dan moet er wel sprake zijn van zakelijke omstandigheden. Er is sprake van een zakelijke lening als dezelfde lening ook tot stand had kunnen komen tussen derden, die dus geen reden zouden hebben elkaar te bevoordelen. Bij een bodemloze putlening is echter duidelijk dat deze niet tussen derden tot stand zou kunnen komen. Het gaat namelijk om een lening waarbij het op het moment dat deze wordt verstrekt al duidelijk moet zijn dat deze niet, of niet geheel,

⁴⁴ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (Unileverarrest)

⁴⁵ HR 18 oktober 1950, BNB B 8843

⁴⁶ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (Unileverarrest)

⁴⁷ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (Unileverarrest)

terugbetaald zal kunnen worden⁴⁸. Dit lijkt dus meer op een gift van kapitaal dan op een daadwerkelijke lening. Tussen onafhankelijke partijen zou dit dus niet kunnen gebeuren.

Voor de ondernemingen is het gunstig als de verstrekking wordt aangemerkt als vreemd vermogen, omdat de moederonderneming de schuld af kan waarden ten laste van de winst als het slecht gaat met de dochteronderneming. Als de verstrekking wordt gekwalificeerd als eigen vermogen heeft de moederonderneming die optie niet, en kan ze dus geen afwaardering ten laste van de winst brengen. Voor de moeder zou dit dus een garantie geven, als het slecht gaat met de dochter kan de moeder daar alsnog haar nadeel beperken door middel van een verlaging van de belastbare winst.

Ook is de behandeling van het vermogen van belang voor de voordelen die worden verkregen uit de verstrekking van het vermogen. Als het wordt gezien als een kapitaalstorting, dus als eigen vermogen, is het dividend dat de moeder hieruit krijgt vrijgesteld. Daartegenover staat dan dat het uit te keren dividend niet aftrekbaar is bij de dochtermaatschappij. Als de verstrekking wordt gezien als een normale lening, dus als vreemd vermogen, heeft dit bijna tegengestelde gevolgen voor de ondernemingen. Bij de dochteronderneming zijn de rentebetalingen die worden gedaan aan de moeder aftrekbaar van de winst. Bij de moeder moeten deze ontvangsten dan juist wel in de heffing betrokken worden. Het hangt dus af van de kwalificering van het vermogen waar de voordelen belast zullen worden.

6.2 Deelnemerschapslening

Onder een deelnemerschapslening wordt een lening verstaan die, door de manier waarop deze is vormgegeven, feitelijk meer functioneert als eigen vermogen dan als vreemd vermogen. Deze lening is ook opgenomen in artikel 10, lid 1, onderdeel d van de Wet op de Venootschapsbelasting. Daarin wordt namelijk een aftrekbeperking gegeven voor vergoedingen en waardemutaties op leningen die zijn verstrekt op een wijze, zodat deze feitelijk functioneren als eigen vermogen⁴⁹. Door de Hoge Raad is een drietal cumulatieve eisen gesteld waaraan de lening moet voldoen om te worden aangemerkt als een deelnemerschapslening⁵⁰.

Ten eerste moet er sprake zijn van een winstafhankelijke vergoeding voor de lening. Dit is anders dan wat er normaal als vergoeding wordt afgesproken tussen twee partijen, dan wordt er namelijk gekozen voor een percentage van het geleende bedrag. Deze manier van het berekenen van een vergoeding is meer vergelijkbaar met de vergoeding die wordt gerekend voor eigen vermogen. Hier is namelijk wel vaak sprake van een winstafhankelijke vergoeding, omdat de verstrekker van het eigen vermogen een percentage van de winst van de onderneming ontvangt, doorgaans in de vorm van dividend.

De tweede eis is dat de lening achtergesteld moet zijn ten opzichte van de andere schulden die de onderneming heeft. De schuldeiser staat hierdoor dus als laatste in de lijn voor het terugbetalen van de schuld, alle andere verstrekkers van vreemd vermogen worden eerder terugbetaald. Ook dit doet denken aan het verstrekken van eigen vermogen, omdat de

⁴⁸ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (Unileverarrest)

⁴⁹ Artikel 10, lid 1, onderdeel d van de Wet op de Venootschapsbelasting 1969

⁵⁰ HR 11 maart 1998, nr. 32240, BNB 1998/208

verstrekkers van eigen vermogen zijn achtergesteld ten opzichte van de verstrekkers van vreemd vermogen, zoals is gezegd in hoofdstuk 2.1.

De derde en laatste eis die wordt gesteld is dat er geen vaste looptijd mag zijn afgesproken voor de lening. Er mag dus geen uiterlijke datum overeen zijn gekomen tussen de partijen waarop de lening uiterlijk afgelost dient te worden. Ook hier heeft dit meer weg van eigen vermogen dan van vreemd vermogen. In het algemeen is het gebruikelijk om bij het aangaan van een lening af te spreken wanneer deze lening afgelost dient te worden. Bij het verstrekken van eigen vermogen gebeurt dit niet. In jurisprudentie is naar voren gekomen dat aan deze laatste eis ook al wordt voldaan als er een looptijd overeen is gekomen tussen beide partijen die langer is dan vijftig jaar⁵¹.

6.3 Schijnlening

Bij deze soort lening geeft de naam eigenlijk al aan waar het om gaat. Beide partijen proberen hier de schijn op te houden dat er sprake is van het verstrekken van vreemd vermogen, terwijl het in werkelijkheid gaat om het verstrekken van eigen vermogen. Dat er sprake zou zijn van een lening is hier dus slechts schijn. Om deze reden wordt de schijnlening fiscaal dus ook behandeld als eigen vermogen en is de vergoeding die daarover betaald wordt dus niet aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. Er zijn voor de schijnlening geen duidelijke eisen gesteld, waar dat, zoals hierboven vermeld, bij de deelnemerschapslening wel het geval is. Het is ook lastig om hier duidelijke eisen te moeten stellen, omdat het hier vooral gaat om de gedachte die de belastingplichtigen hadden achter deze handeling. Voor een derde is het moeilijk om erachter te komen wat de belastingplichtigen in gedachten hadden⁵².

6.4 Onzakelijke lening

Hoewel er hier geen sprake is van herkwalificatie van kapitaal, wordt de onzakelijke lening toch behandeld in dit hoofdstuk. Dit wordt gedaan omdat het wel vergaande gevolgen heeft voor de betrokken ondernemingen als de lening wordt aangemerkt als een onzakelijke lening.

Een lening wordt aangemerkt als onzakelijk als de lening, tegen de voorwaarden waartegen hij is verstrekt, niet tussen twee onafhankelijke derden tot stand had kunnen komen. Als deze lening met een derde overeen zou zijn gekomen had die derde daar alleen mee akkoord gegaan als er een winstafhankelijke rente was afgesproken⁵³. Dat de rente tussen derden winstafhankelijk moet zijn is een belangrijk punt voor de onzakelijke lening. Als er namelijk een niet-winstafhankelijke rente wordt gerekend die onzakelijk is, maar derde partijen deze lening wel aan zouden gaan tegen een hogere rentevoet, wordt die lening niet aangemerkt als een onzakelijke lening. Voor de fiscale behandeling van deze lening dient dan wel uit te worden gegaan van de hogere, zakelijke, rente. Dit wordt ook wel *at arms length* genoemd. Het bedrag aan renten dat aftrekbaar en belast is, komt dus niet overeen met wat er in werkelijkheid aan renten wordt betaald. Op deze manier wordt de lening omgevormd tot een zakelijke lening.

⁵¹ HR 11 maart 1998, nr. 32240, BNB 1998/208

⁵² Van Strien, J. (z.d.). Eigen vermogen versus vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting. Geraadpleegd van: <https://www.navigators.nl/topic/1078/eigen-vermogen-versus-vreemd-vermogen-in-de-vennootschapsbelasting>

⁵³ HR 25 november 2011, BNB 2012/37

Omdat de lening alleen tussen derden tot stand zou kunnen komen tegen een winstafhankelijke rentevoet, is het niet zo makkelijk om tot de zakelijke rente te komen die fiscaal in aanmerking moet worden genomen. Om die reden heeft de Hoge Raad beslist hoe deze rente berekend dient te worden. Dit moet gebeuren door er vanuit te gaan dat de lening zou worden verstrekt door een derde, terwijl de vennootschap die de lening in werkelijkheid verstrekt hiervoor borg zou staan⁵⁴. Deze rente moet fiscaal in aanmerking worden genomen, in plaats van de winstafhankelijke rente die werkelijk wordt gerekend.

De zakelijkheid van de lening wordt bepaald op het moment waarop deze wordt verstrekt. Uit het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013 blijkt echter dat ook onzakelijke handelingen die gedaan worden nadat de lening is verstrekt, ervoor kunnen zorgen dat de lening alsnog als onzakelijk wordt aangemerkt⁵⁵. De bewijslast hiervoor ligt bij de inspecteur.

Als een lening als onzakelijk wordt bestempeld is het gevolg dat voor de verstrekker van de lening eventuele verliezen op deze lening niet in aftrek mogen worden gebracht. Wanneer de lening wel zakelijk is, heeft de verstrekker namelijk, omdat de lening in de ondernemings sfeer valt, de mogelijkheid eventuele afwaarderingen ten laste van zijn winst te brengen. Als het slecht gaat met de onderneming die het bedrag heeft geleend, en daardoor de kans op terugbetaling van het geleende bedrag klein wordt, mag de verstrekker van de lening de vordering die hij heeft niet afwaarderen ten laste van de winst. Dit principe van het afwaarderen van vorderingen is eerder ter sprake gekomen in hoofdstuk 3.2.

In zijn uitspraak van 14 oktober 2016 geeft de Hoge Raad aan wanneer er sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden waardoor de lening niet als onzakelijk wordt aangemerkt, terwijl dat anders wel het geval was geweest. Deze bijzondere omstandigheden doen zich voor als er een zakelijke relatie bestaat tussen de verstrekker en de ontvanger van de lening, die ervoor zou zorgen dat de lening tussen die partijen ook tot stand zou zijn gekomen als de ondernemingen niet verbonden waren⁵⁶. Daarnaast is er geen sprake van een onzakelijke lening als het aandeelhouderschap voortvloeit uit het verstrekken van de lening⁵⁷.

6.5 Conclusie

Er zijn dus een aantal gevallen waarin er een herkwalificatie plaatsvindt van eigen vermogen naar vreemd vermogen. Dit is onder andere het geval bij de bodemloze putlening. Bij deze lening is het bij aangaan ervan al duidelijk dat er niet terugbetaald zal worden. Ook vindt er een herkwalificatie plaats bij de deelnemerschapslening. Hierbij is de lening zo vormgegeven dat deze eigenlijk meer functioneert als eigen vermogen dan als vreemd vermogen. Om deze reden wordt de lening dan ook behandeld als eigen vermogen. Het derde en laatste geval waarin er een herkwalificatie plaatsvindt is de schijnlening, waarbij er wordt geprobeerd de schijn op te houden dat het gaat om een lening, maar waarbij het eigenlijk gaat om een verstrekking van eigen vermogen. Daarnaast kan een lening worden aangemerkt als een onzakelijke lening. Als dat het geval is mag de lening niet worden afgewaardeerd ten laste van de winst.

⁵⁴ Elswaier, F. (z.d.). De onzakelijke lening. Geraadpleegd van: <https://www.navigator.nl/topic/1022/de-onzakelijke-lening>

⁵⁵ HR 1 maart 2013, 12/03088, BNB 2013/148

⁵⁶ HR 14 oktober 2016, nr. 16/01370, V-N2016/53.13

⁵⁷ HR 3 mei 2013, nr.11/04193, BNB 2013/171 en HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170

In het geval van een herkwalificatie wordt de behandeling van het vermogen dus totaal omgekeerd. Het vreemde vermogen wordt behandeld volgens de standaardregels van het eigen vermogen. Zelf ben ik het hier ook mee eens, omdat het vermogen, door de manier waarop het is verstrekt, meer karakteristieken heeft van eigen vermogen dan van vreemd vermogen. Naar mijn mening is het dan correct dat het ook op die wijze behandeld wordt.

7. Conclusie

Eigen vermogen en vreemd vermogen worden elk op een andere manier behandeld voor de vennootschapsbelasting. De vergoedingen op eigen vermogen, dividenden, zijn, als er aan de voorwaarden wordt voldaan, vrijgesteld van belasting bij de ontvangende partij op basis van de deelnemingsvrijstelling uit artikel 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting. Daar staat dan tegenover dat deze dividenden bij de betalende partij niet van de winst mogen worden afgetrokken. Met vreemd vermogen wordt anders omgegaan. De vergoedingen die hierover worden betaald zijn aftrekbaar voor de betalende partij en belast bij de ontvangende partij. Omdat dit verschil bestaat is er voor bedrijven de mogelijkheid om, door middel van het ombouwen van transacties met eigen vermogen naar transacties met vreemd vermogen, gebruik te maken van de verschillende systemen en zo de winsten te verschuiven, vaak naar landen waar er weinig belasting over betaald hoeft te worden.

Overheden liepen om deze reden grote bedragen aan inkomsten mis, waardoor de wetgever enkele renteaftrekbeperkingen op heeft genomen in de wettekst. Deze aftrekbeperkingen zorgen ervoor dat de renten die betaald worden, geheel of gedeeltelijk, niet in aftrek mogen worden gebracht van de winst. Deze beperkingen zijn opgenomen in de artikelen 10a, 10b, 13l en 15ad van de Wet op de Vennootschapsbelasting. Elk van deze artikelen ziet op een specifieke situatie waaronder de renten niet in aftrek worden toegestaan. Naast deze artikelen kan de inspecteur ook een beroep doen op het beginsel van *fraus legis*. Dit kan worden gedaan als de handelingen van de belastingplichtige in strijd zijn met doel en strekking van de wet.

In de rechtspraak zijn er ook vele zaken naar voren gekomen waarin de belastingplichtige en de inspecteur het niet eens waren over hoe de renten moesten worden behandeld. Hiervan zijn er in deze scriptie een aantal behandeld. Deze uitspraken laten zien dat in sommige gevallen de belastingplichtige in het gelijk wordt gesteld, en de renten dus wel in aftrek mogen worden gebracht, terwijl in andere gevallen de inspecteur in het gelijk wordt gesteld, waardoor de renten niet, of niet geheel, in aftrek zijn toegestaan.

Door samenwerkingsverbanden, zoals de OESO en de EU, worden ook richtlijnen opgesteld om internationale belastingconstructies tegen te gaan. Hiervan zijn de BEPS-plannen, de ATAD en de *mandatory disclosure*-richtlijn behandeld. Deze moeten ervoor zorgen dat het voor bedrijven niet meer mogelijk wordt om internationale constructies op te zetten met als doel het verlagen van de belastingen die zij moeten betalen. Mijn voorkeur gaat daarbij uit naar de BEPS plannen van de OESO. In deze plannen wordt voor de aftrekbaarheid van de rente aangegrepen bij de economische activiteiten in een land, wat ik een goede maatstaf vind. Hieraan is namelijk te zien in hoeverre er daadwerkelijk handelingen worden verricht in een land, of dat er alleen maar gebruik wordt gemaakt van dat land om andere redenen, zoals het verminderen van de te betalen belasting.

Daarnaast zijn ook de gevallen besproken waarin er een herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen plaatsvindt. Dit is het geval bij de bodemloze putlening, de deelnemerschapslening en de schijnlening. In deze gevallen wordt er door de belastingplichtige geprobeerd om verstrekkingen, die in principe eigen vermogen bevatten, te laten behandelen als vreemd vermogen voor de vennootschapsbelasting. Door middel van herkwalificatie van deze verstrekkingen wordt er echter voor gezorgd dat dit niet lukt.

Daarnaast is ook de onzakelijke lening besproken. Als een lening als onzakelijk wordt bestempeld, zorgt dit ervoor dat de lening niet mag worden afgewaardeerd ten laste van de winst van de verstrekende partij.

Zelf ben ik het, door het verschil in aard, ermee eens dat eigen vermogen en vreemd vermogen op verschillende manieren behandeld moeten worden voor de vennootschapsbelasting. Hoewel ondernemingen de mogelijkheid moeten hebben om hun winsten te maximaliseren door middel van zo laag mogelijke kosten, waar belastingen onder vallen, en zo hoog mogelijke opbrengsten, moet er door het maatschappelijk nut van belastingen wel onderscheid gemaakt worden tussen de belastingen en de overige kosten voor de ondernemingen. De renten moeten in principe wel als kosten in aftrek worden toegestaan, tenzij zij alleen worden gecreëerd om de te betalen belasting te verminderen. Er moeten daarom grenzen worden gesteld aan het kunnen verlagen van de te betalen belastingen, omdat er anders teveel opbrengsten zouden worden misgelopen door de overheid. De aftrekbeperkingen die in de wetsartikelen zijn opgenomen zijn vind ik een goede manier om deze grenzen op te stellen. Deze aftrekbeperkingen zijn een, naar mijn mening, gerechtvaardigde inbreuk op de standaardmanier waarop het vermogen wordt behandeld, omdat deze nodig zijn om ervoor te zorgen dat er voldoende belastingen worden geïnd. Mijn visie sluit hier aan bij de gedachte dat bedrijven hun *fair share* aan belastingen moeten betalen. Als zij hun deel niet betalen, zal dat ervoor zorgen dat er elders meer belastingen zullen moeten worden geheven en zullen anderen dus slechter af zijn, wat naar mijn mening niet mag gebeuren.

Dit alles is het antwoord op de vraag die centraal stond: *Hoe verhoudt de behandeling van financieringen met eigen vermogen zich tot de behandeling van financieringen met vreemd vermogen?* Deze twee financieringen worden ieder op hun eigen manier behandeld, maar om misbruik door het verschil van deze twee behandelingen te voorkomen zijn er allerlei uitzonderingen gemaakt op deze standaardbehandelingen. Deze uitzonderingen zorgen ervoor dat er niet kan worden gezegd dat eigen vermogen en vreemd vermogen altijd op dezelfde manier worden behandeld, maar dat er moet worden gekeken naar het specifieke geval.

Bronnenlijst

Wetsartikelen Burgerlijk Wetboek boek 2

Artikel 372

Artikel 373

Artikel 375

Artikel 390

Wetsartikelen Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 10a

Artikel 10b

Artikel 13

Artikel 13d

Artikel 13l

Artikel 15

Artikel 15ad

Artikel 20a

Overige wetsartikelen

Artikel 31 Algemene wet inzake Rijksbelastingen

Artikel 32 Algemene wet inzake Rijksbelastingen

Artikel 3.54 Wet inkomstenbelasting 2001

Artikelen 18-21, 45, 49 en 63 EU-verdrag

Artikel 12a Wet op de loonbelasting 1964

Artikel 52 en later 43 EG-verdrag

Internetbronnen

Elsweier, F. (z.d.). ATAD 1 en 2: De implementatie van anti-belastingontwijkingsmaatregelen. Geraadpleegd van: <https://www.navigator.nl/topic/1113/atad-1-en-2-de-implementatie-van-anti-belastingontwijkingsmaatregelen>

Elsweier, F. (z.d.). De onzakelijke lening. Geraadpleegd van: <https://www.navigator.nl/topic/1022/de-onzakelijke-lening>

Europa Nu. Europese Gemeenschap (EG). Geraadpleegd van: https://www.europa-nu.nl/id/vgb8kr3821yw/europese_gemeenschap_eg

Halters, M. (2017, 24 april). Oordeel Hoge Raad in arresten Credit Suisse. Geraadpleegd van: <http://www.taxence.nl/fiscaal-nieuws/nieuws/fiscaal-nieuws/oordeel-hoge-raad-in-arresten-credit-suisse.132597.lynkx>

OESO. (z.d.). Geraadpleegd van: www.oecd.org/about/

OESO. (z.d.) Geraadpleegd van: <http://www.oecd.org/tax/beps>

OESO. (2015). Geraadpleegd van: <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

Van Strien, J. (z.d.). Eigen vermogen versus vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting. Geraadpleegd van: <https://www.navigator.nl/topic/1078/eigen-vermogen-versus-vreemd-vermogen-in-de-vennootschapsbelasting>

Jurisprudentie

BNB 2017/162, punt 9.4 en 9.29 van de conclusie van de A-G

ECLI:NL:HR:2017:640 (Parallellie-arrest)

HR 1 maart 2013, 12/03088, BNB 2013/148

HR 3 mei 2013, nr. 11/04193, BNB 2013/171

HR 3 mei 2013, nr. 11/03249, BNB 2013/170

HR 11 maart 1998, nr. 32240, BNB 1998/208

HR 14 oktober 2016, nr. 16/01370, V-N2016/53.13

HR 18 oktober 1950, BNB B 8843

HR 25 november 2011, BNB 2012/37

HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (Unileverarrest)

HvJ EU, ECLI:EU:C:2003:479 (Bosal)

nr. 15/05357, BNB 2017/162, V-N 2017/22.9 (Credit Suisse)

Overig

Albert, P.G.H., Noot bij HR 21-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (Credit-Suisse)

Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3

OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

OECD (2016), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

Persbericht Ministerie van Financiën, 29 juli 1987, nr.87/222

Raad van de Europese Unie, Corporate tax avoidance: Transparency rules adopted for tax intermediaries press release, 25-05-2018

Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt

Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 14

Van Kemmeren, E.C.C.M., Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21

Vording, H., en Boer, J.P., 'Fair share': naar een alternatieve minimumbelasting in de VPB?, WFR 2013/1435