

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Winstdrainage, derdenfinanciering en de zakelijkheidstoets

Een onderzoek naar de motivatie, inhoud en implicaties van de wijziging van artikel 10a lid 3 van de
Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Naam student: Anouk Schipper

Studentnummer: 412904

Begeleider: mr. D.E. van Sprundel

Tweede beoordelaar: L.C. van Hulten Msc

Datum: 21 juli 2018

Inhoudsopgave

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | Inleiding | 2 |
| 1.1. | Aanleiding en relevantie | 2 |
| 1.2. | Probleemstelling en deelvragen | 4 |
| 1.3. | Methodologie | 4 |
| 1.4. | Opzet | 4 |
| 2. | Geschiedenis, doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb | 6 |
| 2.1. | Winstdrainage..... | 6 |
| 2.2. | Richtige heffing en fraus legis | 7 |
| 2.2.1. | Winstdrainagejurisprudentie | 8 |
| 2.3. | Totstandkoming artikel 10a Wet Vpb | 11 |
| 2.3.1. | Het huidige artikel 10a Wet Vpb..... | 12 |
| 2.3.2. | Doel en strekking | 14 |
| 2.3.3. | Artikel 10a-besluit 2013..... | 15 |
| 2.4. | Tussenconclusie | 16 |
| 3. | Externe financiering en parallelliteit in BNB 2017/156..... | 17 |
| 3.1. | De uitspraak van de Hoge Raad | 17 |
| 3.2. | Verhouding parlementaire geschiedenis artikel 10a Wet Vpb | 19 |
| 3.2.1. | Verhouding met artikel 10a-besluit 2013 | 21 |
| 3.3. | Voorzienbaarheid | 21 |
| 3.4. | Tussenconclusie | 23 |
| 4. | Wijziging artikel 10a lid 3 sub a Wet Vpb..... | 24 |
| 4.1. | Inhoud wijziging | 24 |
| 4.2. | Motivatie wetgever..... | 24 |
| 4.3. | Commentaren en adviezen..... | 27 |
| 4.4. | Verhouding doel en strekking artikel 10a | 28 |
| 4.5. | Tussenconclusie | 32 |
| 5. | Conclusie..... | 34 |
| 5.1. | Discussie en aanbevelingen | 35 |
| | Literatuurlijst | 37 |

1. Inleiding

1.1. Aanleiding en relevantie

Een onderneming in de zin van de vennootschapsbelasting is in beginsel vrij in haar financieringskeuze.¹ Financiering kan plaatshebben door aantrekking van vreemd vermogen of eigen vermogen. In het Nederlandse fiscale stelsel kan deze keuze beïnvloed worden door het onderscheid dat wordt gemaakt tussen aftrekbaarheid van de vergoedingen op het vreemd en het eigen vermogen. Bij het bepalen van de fiscale winst voor de vennootschapsbelasting zijn betaalde vergoedingen op eigen vermogen, zoals dividend, niet aftrekbaar van de winst. Dit is opgenomen in artikel 10 lid 1 sub a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). Deze vergoedingen raken niet de fiscale winst van de vennootschap. Uit artikel 8 lid 1 Wet Vpb jo. artikel 3.8 Wet op de Inkomstenbelasting 2001, waarin het totaalwinstbegrip staat opgenomen, volgt dat betaalde vergoedingen op vreemd vermogen in beginsel wel aftrekbaar zijn van de fiscale winst. Deze aftrekbaarheid is echter niet onbeperkt: in de loop der jaren zijn er verscheidene renteaftrekbepalingen opgenomen in de Wet Vpb. Een renteaftrekbepaling kan slechts van toepassing zijn, indien er sprake is van een lening in civielrechtelijke zin. Er dient geen fiscale herkwalficatie van de lening plaats te vinden. Dit gebeurt, indien de lening feitelijk als eigen vermogen kwalificeert. De vergoeding wordt dan behandeld als een vergoeding op eigen vermogen en is derhalve niet aftrekbaar. Renteaftrekbepalingen komen in zo'n geval uiteraard niet meer aan bod. Eén van de renteaftrekbepalingen die mogelijk van toepassing is in het geval van een civiel- en fiscaalrechtelijke lening is opgenomen in artikel 10a Wet Vpb.

Artikel 10a Wet Vpb ziet op 'winstdrainage': uitholling van de belastinggrondslag. Door bovengenoemd onderscheid tussen de vergoedingen op vreemd en eigen vermogen is het mogelijk op een gekunstelde manier de grondslag voor de belasting te verkleinen. Artikel 10a Wet Vpb ziet op situaties waarin de belastingplichtige vennootschap een lening bij een verbonden lichaam is aangegaan en deze lening bovendien verband houdt met een zogenoemde 'besmette rechtshandeling'. Deze besmette rechtshandelingen staan opgesomd in lid 1 sub a, b en c. In het kort poogt artikel 10a Wet Vpb te voorkomen dat eigen vermogen als het ware in vreemd vermogen wordt omgezet, waardoor kunstmatig een renteaftrek wordt gecreëerd. Denk bijvoorbeeld aan het schuldig blijven van een dividendbetaling door een dochtervennootschap aan de moedervennootschap: het schuldig blijven van dividend is feitelijk een lening, wat met zich meebrengt dat de rente in beginsel bij de dochter aftrekbaar is en de rente-inkomsten belast zijn bij de moeder. Indien op de winst van de dochtervennootschap een relatief hoog vennootschapsbelastingtarief van toepassing is, heeft er 'succesvolle' winstdrainage plaatsgevonden. De rente-inkomsten zullen bij de moedervennootschap immers relatief laag belast zijn. In situaties als deze regelt artikel 10a Wet Vpb dat de betaalde rente van aftrek uitgezonderd is.

Indien de rente op een verbonden lening ingevolge het eerste lid van artikel 10a Wet Vpb niet aftrekbaar is, heeft de belastingplichtige nochtans twee escapemogelijkheden: de twee tegenbewijsregelingen genoemd in lid 3. In sub b staat de compenserende heffingstoets: kort samengevat is de betaalde rente alsnog aftrekbaar, indien bij de ontvanger van de rente belastingheffing over de winst plaatsvindt die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Deze toets bespreek ik niet nader, aangezien de tegenbewijsregeling in artikel 10a lid 3 sub a Wet Vpb degene is die centraal staat in deze scriptie. Dit is de zogenoemde 'dubbele zakelijkheidstoets': indien de belastingplichtige erin slaagt aannemelijk te maken

¹ HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224.

dat zowel de verbonden lening als de daarmee verband houdende rechtshandeling door zakelijke gronden zijn ingegeven, vindt de renteaftrekbeperking uit het eerste lid geen toepassing. Naar aanleiding van arresten uit april 2017 heeft de wetgever deze tegenbewijsregeling per 1 januari 2018 aangepast.

In april 2017 heeft de Hoge Raad de zogenoemde Credit Suisse-arresten gewezen. In één van deze arresten stond de tegenbewijsregeling uit artikel 10a lid 3 sub a Wet Vpb centraal.² Meer specifiek betrof het een situatie waarin geld doorgeleend werd in concernverband. Vennootschappen lenen regelmatig binnen een concern. Denk hierbij aan de situatie waarin een groepsmaatschappij leent van een derde (doorgaans een bank) en dit geld doorgeleend wordt aan een andere (gelieerde) groepsmaatschappij. De Hoge Raad oordeelde in het betreffende Credit Suisse-arrest dat artikel 10a Wet Vpb op deze situatie van toepassing is. Met betrekking tot de verbonden lening staat in het eerste lid namelijk het volgende genoteerd: “(...) *schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam (...)*”. Aangezien in voornoemd geval de lening rechtens verschuldigd is aan een verbonden lichaam achtte de Hoge Raad, ondanks de feitelijke verschuldigdheid aan de bank, artikel 10a lid 1 Wet Vpb en daarmee de aftrekbeperking van toepassing. De Hoge Raad beargumenteerde daaropvolgend echter dat direct voldaan werd aan de dubbele zakelijkheidstoets ex lid 3 sub a van het artikel, vanwege parallelliteit tussen de interne en externe lening. Er is sprake van parallelliteit, indien de voorwaarden van beide leningen overeenkomstig zijn, waardoor een direct verband tussen de leningen ontstaat. Dit begrip zal verderop in deze scriptie uitgebreider aan bod komen. Door voldoende parallelliteit werd aan de tegenbewijsregeling uit artikel 10a lid 3 voldaan en was de rente alsnog aftrekbaar.

De wetgever was niet tevreden met dit arrest van de Hoge Raad en heeft besloten de dubbele zakelijkheidstoets aan te passen.³ Per 1 januari 2018 luidt artikel 10a lid 3 sub a Wet Vpb als volgt:

“(Het eerste lid vindt geen toepassing) indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en, ongeacht of die schuld in feite is verschuldigd aan een ander dan een met de belastingplichtige verbonden lichaam of met hem verbonden natuurlijk persoon, aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (...)”

Het onderstreepte zinsdeel is de toevoeging aan het artikel. Door deze wetswijziging dient bij uiteindelijke externe financiering evengoed de zakelijkheid van de rechtshandeling getoetst te worden en is het mogelijk dat belastingplichtige niet aan de tegenbewijsregeling voldoet, terwijl dit voorafgaand aan de wetswijziging wel het geval was. Vaak is sprake van grote rentebedragen en de niet-aftrekbaarheid hiervan kan grote nadelige gevolgen hebben voor belastingplichtigen.

Met voornoemde wetswijziging heeft de wetgever artikel 10a Wet Vpb verder ‘aangescherpt’. Waar de Hoge Raad oordeelde dat de wetgever met artikel 10a niet bedoeld kon hebben dat externe financieringsrente in aftrek beperkt zou worden, dacht de wetgever zelf hier blijkbaar anders over en dit roept een aantal vragen op. Wordt met de veranderde tegenbewijsregeling beter voldaan aan hetgeen beoogd wordt met betreffend artikel? Had de wetgever het betreffende Credit Suisse-arrest kunnen zien aankomen? In deze scriptie wordt naar antwoorden gezocht op dit soort vragen.

² HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640.

³ *Kamerstukken II 2017/18*, 34785, 5.

1.2. Probleemstelling en deelvragen

De probleemstelling van deze scriptie luidt als volgt:

Hoe verhoudt de wijziging van de dubbele zakelijkheidstoets in artikel 10a lid 3 sub a van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 zich tot het doel en de strekking van deze winstdrainageregeling?

Met beantwoording van deze vraag wordt de winstdrainagebepaling in kaart gebracht en geanalyseerd hoe deze zich heeft ontwikkeld tot aan de wetwijziging die per 1 januari van dit kalenderjaar ingevoerd is. Hiertoe worden artikel 10a Wet Vpb en de wetwijziging beschreven. Tevens wordt geanalyseerd hoe het Credit Suisse-arrest omtrent paralleliteit zich tot dit artikel verhoudt en of dit arrest voorzienbaar was op grond van eerder commentaar of de parlementaire geschiedenis. De beantwoording van de probleemstelling vindt plaats aan de hand van de volgende deelvragen:

1. *Wat is de ontstaansgeschiedenis en doel en strekking van artikel 10a van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969?*
2. *Hoe verhoudt het oordeel omtrent paralleliteit in BNB 2017/156 zich tot de parlementaire geschiedenis en strekking van artikel 10a Wet Vpb 1969 en meer specifiek tot het besluit uit 2013?*
3. *In hoeverre was de uitspraak van de Hoge Raad in BNB 2017/156 voorzienbaar?*
4. *Wat houdt de wijziging per 1 januari 2018 van artikel 10a Wet Vpb 1969 in en wordt nu beter voldaan aan hetgeen met artikel 10a beoogd is?*

1.3. Methodologie

Zoals blijkt uit de deelvragen in de vorige paragraaf wordt het antwoord op de probleemstelling stapsgewijs gevonden. De eerste deelvraag en een gedeelte van de vierde deelvraag zijn beschrijvend; hiermee wordt uiteengezet hoe artikel 10a Wet Vpb ontstaan is, wat de inhoud van het artikel is en wat er veranderd is per 1 januari 2018. Pas wanneer dit duidelijk is, kan geanalyseerd worden hoe de wijziging zich tot doel en strekking van het artikel verhoudt. De tweede deelvraag, de derde deelvraag en het tweede gedeelte van de vierde deelvraag zijn analyserend. In deze analyse wordt niet alleen de wetwijziging betrokken, maar ook het Credit Suisse-arrest en het artikel 10a-besluit uit 2013⁴ om zo goed mogelijk de verhouding tussen de wetwijziging en doel en strekking van artikel 10a te duiden.

Voor dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van Nederlandse wetgeving, literatuur, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en andere documenten, met name commentaren, die betrekking hebben op artikel 10a Wet Vpb.

1.4. Opzet

Het tweede hoofdstuk van deze scriptie gaat over de geschiedenis, het doel en de strekking van artikel 10a Vpb. Er wordt een antwoord gegeven op de eerste deelvraag. Door middel van parlementaire geschiedenis worden het ontstaan en de ontwikkeling van dit artikel uiteengezet. De focus ligt voornamelijk op lid 1 en lid 3 van het artikel. In dit hoofdstuk komt ook het artikel 10a-besluit uit 2013 aan de orde.

Een antwoord op de tweede deelvraag wordt in het derde hoofdstuk gegeven. Het oordeel van de Hoge Raad in Credit Suisse-arrest wordt uiteengezet, waarna de verhouding van dit arrest met artikel 10a Wet Vpb en het besluit uit 2013 bekeken wordt. Ook de derde deelvraag wordt in dit hoofdstuk

⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, *Stcrt.* 2013, 8768.

behandeld. De mogelijke voorzienbaarheid van het arrest wordt besproken, onder andere door middel van commentaar op artikel 10a Vpb.

Behandeling van de laatste deelvraag vindt plaats in hoofdstuk vier. De focus ligt op de wetswijziging en de motivatie die de wetgever hiervoor gegeven heeft. Adviezen en commentaren van organisaties op de wetswijziging, gegeven voordat deze doorgevoerd werd, worden besproken. Aan de hand van deze commentaren en antwoorden op eerdere deelvragen wordt uiteindelijk beoordeeld of het doel van artikel 10a beter gediend wordt door de wetswijziging.

Het laatste hoofdstuk behelst een samenvatting en conclusie, waarin de probleemstelling beantwoord wordt, alsook een korte discussie van de uitkomst van het onderzoek en een aantal aanbevelingen.

2. Geschiedenis, doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb

Zoals in de inleiding benoemd, kent Nederland verschillende fiscale behandelingen van de vergoedingen op vreemd vermogen en eigen vermogen. Het fenomeen winstdrainage vindt hierin dan ook zijn grondslag. Nederland kent sedert het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 een klassiek stelsel.⁵ Binnen dit stelsel wordt een vennootschap gezien als een zelfstandige entiteit, die zelfstandig belast wordt. Bij de heffing van vennootschapsbelasting wordt er geen rekening gehouden met de heffing van de inkomstenbelasting, wanneer winst op een later moment wordt uitgekeerd aan de aandeelhouder, en andersom. Sinds 1997 geldt dit stelsel voor aandeelhouders zonder aanmerkelijk belang, die zich in box 1 of box 3 bevinden.⁶ Er is dus sprake van economische dubbele heffing over uitgekeerde winsten. De zelfstandigheid van de vennootschap in het klassieke stelsel werkt echter niet zo ver door dat vergoedingen op eigen vermogen ten laste van de winst mogen komen: deze vergoedingen worden niet gekwalificeerd als bedrijfskosten, maar als winstbestemmende uitkeringen. Het gegeven dat rentebetalingen op vreemd vermogen wel aftrekbaar zijn, brengt het risico van grondslagerosie of winstdrainage met zich mee.⁷

Alvorens artikel 10a in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 werd opgenomen, werden winstdrainageconstructies bestreden door middel van de bijzondere rechtsmiddelen richtige heffing en fraus legis. Een veelheid aan jurisprudentie werd gewezen. Voordat in het vervolg van dit hoofdstuk de totstandkoming, het doel en de strekking van artikel 10a Wet Vpb aan bod komen, wordt tevens beknopt aandacht besteed aan de winstdrainagejurisprudentie; artikel 10a kan grotendeels gezien worden als codificatie van deze jurisprudentie.

2.1. Winstdrainage

In de inleiding is winstdrainage korthedshalve omschreven als uitholling van de belastinggrondslag. Strik en De Vries omschrijven winstdrainage meer uitgebreid als “een georkestreerd geheel van (rechts)handelingen waardoor op Nederlandse belastbare winsten lasten komen te drukken zonder dat de tegenover die lasten staande baten hier te lande of elders in de wereld (effectief) belast worden”.⁸ De kortere definitie van Marres luidt: “Het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting”.⁹ Beide definities zijn ruim, omdat winstdrainage meerdere verschijningsvormen kent. Hierbij kan gedacht worden aan kunstmatige creatie van vreemd vermogen, bijvoorbeeld door het schuldig blijven van dividend of een terugbetaling van kapitaal aan de moedervenootschap. Hiernaast kan winstdrainage plaatsvinden door het financieren van overnames door middel van leningen binnen het concern of door het rondpompen van geld binnen een concern.

Winstdrainage gaat al met al om het aangaan van verbonden leningen en het creëren van rentelasten, die aftrekbaar zijn tegen een relatief hoog vennootschapsbelastingtarief, terwijl de rente-inkomsten relatief laag belast worden. Verderop in dit hoofdstuk worden de precieze rechtshandelingen genoemd waar artikel 10a Wet Vpb op ziet. Deze constructies zijn voordelig voor belastingplichtigen,

⁵ Besluit Secretaris-Generaal van het Departement van financiën van 30 april 1942, *Stb.* 1942, 402.

⁶ Van der Geld 2015, p. 5-8.

⁷ Van Strien 2006, p. 3-4.

⁸ Strik & De Vries 2010, p. 191.

⁹ Marres 2005, p. 1.

terwijl de Belastingdienst de ontvangsten ziet afnemen. De wetgever heeft logischerwijs gezocht naar mogelijkheden om dusdanige constructies tegen te gaan.

2.2. Richtige heffing en fraus legis

In de jaren twintig van de vorige eeuw ontweken belastingplichtigen de inkomstenbelasting door hun onderneming in te brengen in een naamloze vennootschap (NV). Destijds vond er namelijk geen belastingheffing plaats over ingehouden winsten van de NV: slechts bij uitdeling diende dividend- of tantiëmebelasting betaald te worden. Ter voorkoming van deze vlucht naar de NV en ontwijking van inkomstenbelasting introduceerde de wetgever de Wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen van 29 april 1925 (Wet RH 1925). Het leerstuk van de richtige heffing is overgenomen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en bevindt zich momenteel in Hoofdstuk VI van deze wet.¹⁰

Richtige heffing ziet slechts op directe belastingen en de inkomstenbelasting.¹¹ Indien een rechtshandeling het ontwijken van deze belastingen tot doel heeft, kan het rechtsmiddel worden toegepast. Als gevolg hiervan wordt de betreffende rechtshandeling geëlimineerd; met de rechtshandeling wordt geen rekening gehouden. De toepassing van het rechtsmiddel richtige heffing vereist een machtiging van de minister van Financiën.¹² In 1987 werd echter bekend gemaakt dat gedurende een periode van vijf jaar geen machtigingen meer verleend zouden worden.¹³ Tot op heden heeft het leerstuk van de richtige heffing geen toepassing meer gevonden en waarschijnlijk zal dit ook niet meer gebeuren: het leerstuk van fraus legis lijkt de fiscus namelijk meer mogelijkheden te bieden.¹⁴

In 1926 wees de Hoge Raad het zogenoemde Driedagenarrest, waarin de grondslag voor het leerstuk van fraus legis is neergelegd.¹⁵ De drie elementen voor de toepassing van fraus legis die in dit arrest genoemd worden, zijn in 1984 nogmaals door de Hoge Raad bevestigd.¹⁶ Het leerstuk van fraus legis dient als ultimum remedium en kent de volgende drie vereisten:¹⁷

1. het oogmerk van transacties of handelingen is de ontwijking van Nederlandse belasting (motiefvereiste);
2. het samenstel van transacties heeft overigens geen reële praktische betekenis (motiefvereiste);
3. doel en strekking van de Nederlandse belastingwet of een bepaling daarvan zouden miskend worden, indien bij het door belastingplichtige beoogde resultaat zou worden aangesloten (normvereiste).

Fraus legis wijkt in die zin van het leerstuk van richtige heffing af, dat het toepasbaar is op alle belastingen en niet slechts op de directe belastingen. Bovendien kan bij de leer van de fraus legis substitutie van een rechtshandeling plaatsvinden: de rechtshandeling wordt vervangen door een sterk vergelijkbare rechtshandeling die wel tot belastingheffing leidt. Binnen het leerstuk van de richtige heffing kan slechts eliminatie van een rechtshandeling plaatsvinden. Fraus legis is derhalve een rechtsmiddel met ruimere toepassingsmogelijkheden leerstuk en daarmee aantrekkelijker voor de fiscus. De toepassingsvoorwaarden voor fraus legis en richtige heffing komen overigens nagenoeg overeen.¹⁸ In de

¹⁰ De Werd 2017, par. 7.4.1.

¹¹ Zie artikel 31 AWR.

¹² Zie artikel 32 AWR.

¹³ Persbericht van het Ministerie van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222.

¹⁴ Niessen, *FED* 1987/366.

¹⁵ HR 26 mei 1926, NJ 1926, p. 723 (*Driedagenarrest*).

¹⁶ HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603.

¹⁷ Van Kemmeren, *TFO* 1994/21.

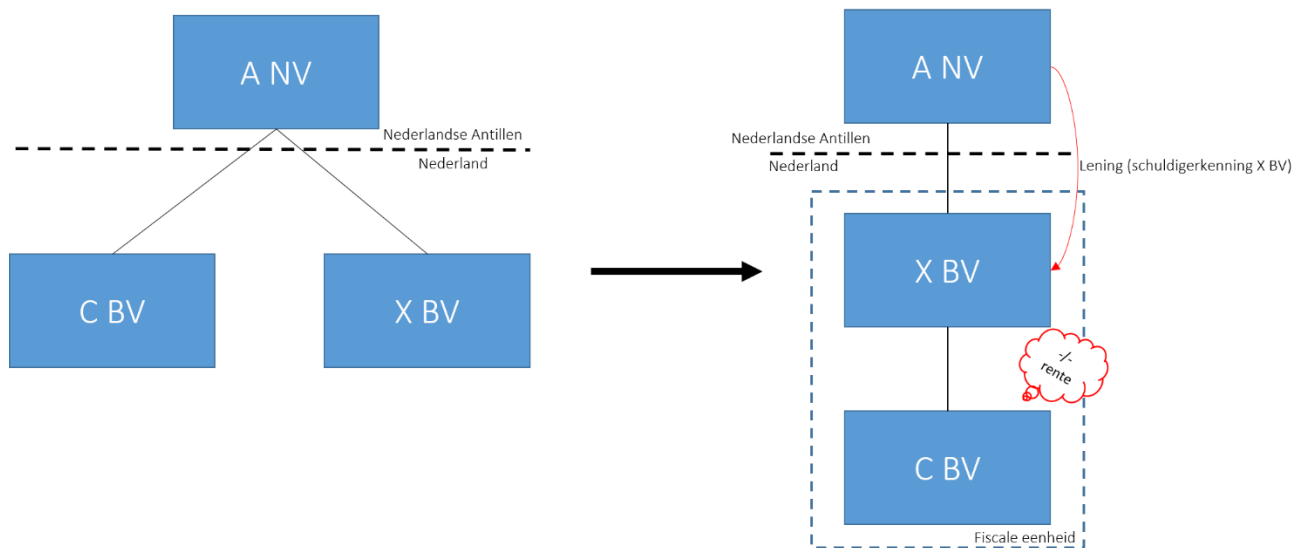
¹⁸ Niessen, *WFR* 1984/1661.

volgende paragraaf betreffende winstdrainagejurisprudentie blijft het onderscheid tussen beide leerstukken dan ook achterwege.

2.2.1. Winstdrainagejurisprudentie

Met name arresten die beslecht zijn in het nadeel van de fiscus hebben geleid tot antimisbruikwetgeving, waaronder ook artikel 10a Wet Vpb valt. Van Strien noemt dit 'aanstichtarresten'.¹⁹ Deze arresten zagen voornamelijk op situaties waarin renteaftrek geclaimd werd in geval van een interne verhangning: de aankoop van aandelen in handen van een gelieerde vennootschap. Deze interne verhangning werd gefinancierd door middel van een interne lening of schuldigerkenning. Een ander deel van de jurisprudentie betrof de schuldigerkenning van onder meer dividenduitkeringen en kapitaalstortingen. Deze twee categorieën van winstdrainagejurisprudentie zullen dan ook besproken worden.

Het eerste standaardarrest in het kader van winstdrainageproblematiek stamt uit 1989.²⁰ Moedervervenootschap A was gevestigd op de Nederlandse Antillen en had twee in Nederland gevestigde dochters, C en X. X kocht de aandelen in C van A en derhalve was er sprake van een interne verhangning. X blijft de koopsom schuldig en daarmee heeft A feitelijk een lening aan X verstrekt, waarop X rente betaalt. C en X gingen een fiscale eenheid aan en wilden binnen deze fiscale eenheid de rentelasten van X ten laste van de fiscale eenheidswinst brengen. In onderstaande afbeelding is de situatie grafisch weergegeven. De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van een "wezenlijke verandering (...) in vermogenspositie, noch in het belang of de zeggenschap (...)" en dat sprake was van strijd met doel en strekking van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Dit arrest is dus in het voordeel van de fiscus beslecht. Eenzelfde uitkomst is terug te vinden in onder meer BNB 1990/72²¹ en BNB 2003/183.²²



Figuur 1: Grafische weergave BNB 1989/217

¹⁹ Van Strien 2006, p. 252-253.

²⁰ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

²¹ HR 7 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4049.

²² HR 6 december 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE5299.

Behalve door middel van interne verhangings, is uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag mogelijk door het schuldig blijven van onder meer kapitaalstortingen of dividenduitkeringen. Dit levert belastingplichtigen de meeste voordelen op, indien de gecreëerde rentelasten tegen een relatief hoog tarief aftrekbaar zijn en de rentebaten tegen een relatief laag tarief belast worden. In onderstaande tabel is een overzicht van de belangrijkste winstdrainagearresten gegeven. Bij elk arrest staat de bekritiseerde rechtshandeling genoteerd, alsmede de uitkomst van het geschil.

Tabel 1: Winstdrainagejurisprudentie

| BNB-nummer | Rechtshandeling | Uitkomst: rente... | Opmerkingen |
|--------------------|-----------------------------------|--------------------|---|
| BNB 1989/217 | Interne verhangings | niet aftrekbaar | Standaardarrest |
| BNB 1990/72 | Interne verhangings | niet aftrekbaar | Bevestiging BNB 1989/217 |
| BNB 1993/195 | Interne verhangings | niet aftrekbaar | Bevestiging BNB 1989/217 |
| BNB 1993/196 | Interne verhangings | aftrekbaar | Bevestiging BNB 1993/194: geen strijd met doel en strekking door compenserende heffing, zelfs niet indien feitelijk niet gegeven door verliesverrekening |
| BNB 1996/3 | Interne verhangings | aftrekbaar | FBI (0%-tarief), maar doorstootverplichting, dus indirecte compenserende heffing |
| BNB 1996/4 (Bovag) | Interne verhangings | niet aftrekbaar | Verschillendewegenleer. Uiteindelijke doel zakelijk, maar bereikt door niet-noodzakelijke rechtshandelingen met fiscaal motief |
| BNB 1996/5 (Plc) | Interne verhangings | aftrekbaar | Compenserende heffing bij buitenlandse crediteur. In feite geen belasting verschuldigd door verrekening en <i>advance corporation tax</i> |
| BNB 1996/6 | Interne verhangings | aftrekbaar | Externe financiering door crediteur. Groep als geheel ingeleend van derde |
| BNB 2003/183 | Interne verhangings | niet aftrekbaar | Feitelijke leiding crediteur verplaatst naar Curaçao. Eventuele tarief compenserende heffing bepalen na verplaatsing leiding. |
| BNB 1993/194 | Schuldig blijven dividend | aftrekbaar | Compenserende heffing bij crediteur |
| BNB 1993/197 | Schuldig blijven kapitaalstorting | niet aftrekbaar | Niet voldaan aan compenserende heffing; bij crediteur sprake van 'gekochte verliezen' |
| BNB 1999/323 | Schuldigerkenningen | aftrekbaar | Crediteur was gekochte vennootschap met verliezen, zette onderneming nog paar jaar verlieslatend voort, daarna schuldigerkenningen; nuancering BNB 1993/197 |
| BNB 1999/325 | Schuldig blijven dividend | aftrekbaar | Dochtervennootschap volgestort met dividendvordering. Rente op vordering aftrekbaar, want toename vordering zelfde bedrag in aanmerking genomen |
| BNB 2001/399 | Teruglenen dividend | niet aftrekbaar | Dividend aan moeder op Nederlandse Antillen, teruggeleend aan dochter van belanghebbende, waarmee gevoegd in fiscale eenheid |
| BNB 2004/142 | Schuldig blijven dividend | niet aftrekbaar | Bevestiging 2001/399 |

De creatie van rentelasten bij een dochtervennootschap kan geschieden door het schuldig blijven van dividend. In BNB 2001/399 keerde belanghebbende dividend uit aan haar moedermaatschappij, die op de Nederlandse Antillen gevestigd was.²³ Dit dividend werd gedeeltelijk door de moedermaatschappij teruggelend aan een dochter van belanghebbende, waarmee belanghebbende in een fiscale eenheid gevoegd was. Volgens de Hoge Raad was er sprake van een samenstel van rechtshandelingen, waaraan belastingontwijking ten grondslag lag. Renteaftrek werd derhalve niet toegestaan. In 1993 wees de Hoge Raad overigens een arrest, waarin het schuldig blijven van dividend centraal stond, maar de rente niet in aftrek beperkt werd.²⁴ De moedermaatschappij was namelijk, evenals de dochtervennootschap, feitelijk in Nederland gevestigd. Bij de berekening van de belastbare winst voor de vennootschapsbelasting werden de rentebaten bij de moedervennootschap in aanmerking genomen. Over het geheel bezien was derhalve geen sprake van vrijdeling van belastingheffing.

Indien een kapitaalstorting door een moedervennootschap schuldig gebleven wordt, heeft de dochtervennootschap waarin de kapitaalstorting plaatsvond feitelijk de lening verstrekt. De rentelasten zijn in dit geval gecreëerd bij de moeder en de rentebaten bij de dochter. In BNB 1993/197 was sprake van een zodanige constructie. De dochter en crediteur in deze zaak was een gekochte vennootschap met verrekenbare verliezen.²⁵ De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van strijd met doel en strekking van de Wet en dat de rentelasten bij belanghebbende (moedervennootschap) niet voor aftrek in aanmerking kwamen. Dit arrest vormt een interessant contrast met BNB 1993/196, één van de arresten uit de jaren 90 van de vorige eeuw, waarin renteaftrek toegestaan werd, vanwege de aanwezigheid van compenserende heffing. Door de aanwezigheid van compenserende heffing bij de crediteur, hoeft er geen sprake te zijn van strijd met doel en strekking van de wet. In BNB 1993/196 was sprake van een interne verhangung teneinde verrekenbare verliezen te benutten. Daar de rente-inkomsten bij de schuldeiser geheel tot de fiscale winst behoorden, oordeelde de Hoge Raad dat de rentelasten bij de crediteuren aftrekbaar waren. De aanwezigheid van de verrekenbare verliezen stond derhalve niet in de weg aan het oordeel dat er sprake was van compenserende heffing. In BNB 1993/197 was dit wel het geval, daar de verliezen aangekocht waren. Het argument van de Hoge Raad in BNB 1993/196 dat rente-inkomsten bij de schuldeiser geheel tot de fiscale winst behoren, is mijns inziens opvallend. Het leerstuk van *fraus legis* ziet op het doelbewust handelen in strijd met doel en strekking van de wet, met als doorslaggevend motief belastingbesparing en zonder dat er een feitelijke wijziging plaatsvindt. Hiervan kan net zo goed sprake zijn, wanneer de crediteur beschikt over niet-aangekochte verliezen en een constructie opzet die geen feitelijke verandering teweegbrengt, maar wel leidt tot verrekening van de verliezen bij de crediteur en aftrek van renten bij de debiteur. Ik ben het derhalve ook eens met het oordeel van de Hoge Raad in BNB 1993/197. Het verschil tussen de aftrekbaarheid van renten in beide arresten kan tevens verklaard worden door de aanwezigheid van zakelijke motieven in BNB 1993/196. Het verschil tussen de uitkomst van de arresten is mijns inziens beter te onderbouwen op basis van dit argument, dan op basis van het argument dat “(verlies)verrekening niet wegneemt dat de rente (...) ten volle als winst in aanmerking wordt genomen”.

Compenserende heffing speelde tevens een belangrijke rol in BNB 1996/3. De Hoge Raad achtte compenserende heffing aanwezig, vanwege de heffing die indirect over de rente-inkomsten plaatsvond.²⁶ De rentebaten belandden in casu namelijk bij een fiscale beleggingsinstelling (FBI), die onderworpen is aan

²³ HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB3138.

²⁴ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281.

²⁵ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568.

²⁶ HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681.

een 0%-vennootschapsbelastingtarief. Door de doorstootverplichting die een dusdanige entiteit heeft, was volgens de Hoge Raad toch sprake van compenserende heffing bij de crediteur. Met Van Strien²⁷ ben ik van mening dat dit terecht is. Het 0%-tarief voor de fiscale beleggingsinstelling is een bewuste keuze geweest, met als doel het zo veel mogelijk fiscaal gelijkstellen van particuliere beleggers die beleggen via een instelling en rechtstreekse beleggers. Om tegen te gaan dat de gelden (onbelast) in de vennootschap blijven en nooit uitgekeerd worden, is echter een doorstootverplichting in het leven geroepen.²⁸ Het aantonen van compenserende heffing bij de FBI is simpelweg niet mogelijk en het zou tevens tegenstrijdig zijn met de wetsgedachte, om dit van een belanghebbende te eisen. Derhalve acht ik het redelijk om, zoals de Hoge Raad ook gedaan heeft, de belasting bij de achterliggende aandeelhouders te beschouwen als mogelijke compenserende heffing bij de crediteur, omdat dit feitelijk ook de heffing is waar de ontvangen rentebaten in betrokken worden.

Tot slot wees de Hoge Raad in 1995 het zogenoemde Plc-arrest.²⁹ In dit arrest was sprake van een interne verhangings. De rentelasten kwamen in Nederland terecht, terwijl de rentebaten in de grondslag voor de Engelse vennootschapsbelasting vielen. Volgens de Hoge Raad was hierdoor sprake van compenserende heffing; het feit dat de rente in Engeland de facto tegen ongeveer 13% belast werd door verrekening van buitenlandse vennootschapsbelasting en *advance corporation tax* deed hier niet aan af. De Hoge Raad oordeelde anders dan het Hof en verwees de zaak dan ook terug. Bij het oordeel van de Hoge Raad wil ik een kanttekening plaatsen die vergelijkbaar is met mijn opmerkingen bij BNB 1993/96. Volgens de Hoge Raad brengt de aanwezigheid van compenserende heffing met zich mee dat niet gesproken kan worden van *fraus legis*, ongeacht of vrijdeling van belasting de enige of hoofdzakelijke reden vormt voor het tot stand brengen van de rentelast. In casu ben ik het hier echter niet mee eens. Feitelijk is er namelijk geen sprake van een redelijke heffing in Engeland. Door allerlei verrekeningen wordt er de facto niet over de renteopbrengsten geheven en het concern zal zich hiervan bewust zijn geweest. Er is sprake van een constructie, een interne verhangings, die in feite geen verandering in het concern met zich meebrengt en bovendien worden rentelasten gecreëerd in Nederland. Het (fiscale) motief van de belastingplichtige dient wel degelijk meegewogen te worden, zoals ook het Hof Leeuwarden overwogen heeft. Ik begrijp dan ook niet dat de Hoge Raad slechts het Engelse winstbelastingtarief meegenomen heeft in zijn beslissing en geen waarde heeft toegekend aan verrekeningen, waardoor het daadwerkelijke tarief lager uitvalt. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat dit arrest beschouwd kan worden als aanleiding voor de invoering van artikel 10a Wet Vpb.³⁰

2.3. Totstandkoming artikel 10a Wet Vpb

In 1996 wordt artikel 10a toegevoegd aan de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel noemt de staatssecretaris van Financiën de twee voornaamste drijfveren. Ten eerste worden de duidelijkheid en rechtszekerheid gediend met de codificatie van jurisprudentie op het gebied van kasrondjes³¹ en interne verhangings. Ten tweede was de staatssecretaris niet content met de gewezen jurisprudentie uit 1995, waaronder het hierboven genoemde Plc-arrest. De Hoge Raad achtte strijd met doel en strekking van de wet niet aanwezig, indien rente bij de schuldeiser in aanmerking is genomen tegen een naar Nederlandse maatstaven redelijke

²⁷ Van Strien 2006, p. 255.

²⁸ Artikel 28 lid 2 onder b Wet Vpb.

²⁹ HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682 (*Plc-arrest*).

³⁰ Faber & Van der Geld, *WFR* 1996/749.

³¹ 'Kasrondje' is de benaming voor het storten van eigen vermogen in een gelieerde entiteit, waarna deze storting teruggeleend wordt en een renteverplichting ontstaat.

heffing. Dat deze redelijke heffing ook een buitenlandse heffing omvatte, die door allerlei verrekeningen de facto slechts tot geringe belastingbetaling leidde, stemde de staatssecretaris ontevreden. De winstdrainagejurisprudentie, en met name de tegenbewijsregeling, werd met de invoering van artikel 10a dan ook aangescherpt.³² Bij wet van 13 december 1996 heeft deze invoering plaatsgevonden.³³

Artikel 10a in zijn eerste vorm regelde dat schuldig erkenning van kapitaalstortingen, winstuitdelingen en teruggaaf van gestort kapitaal altijd in strijd waren met doel en strekking van de wet. De rente werd dus in elk van deze gevallen in aftrek beperkt. Indien sprake was van rentebetalingen aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon en deze betaling verband hield met bepaalde rechtshandelingen, werd de rente tevens in aftrek beperkt vanwege strijd met doel en strekking van de wet. Bij deze laatste categorie bestond echter de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren door aan te tonen dat sprake was van compenserende heffing of zakelijke overwegingen. Voorgaande werd toepasselijk in zowel binnenlandse als buitenlandse situaties. Door de eerste nota van wijziging werd het mogelijk tegenbewijs te leveren in geval van schuldig erkenning. Hiervoor was het noodzakelijk aannemelijk te maken dat aan de schuldig erkenning in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag lagen. Een aantal jaren later werd het leveren van tegenbewijs voor schuldig erkenningen ook mogelijk door middel van een strenge vorm van compenserende heffing.³⁴ Tegenbewijs leveren op grond van in overwegende mate zakelijke overwegingen was van meet af aan slechts mogelijk indien de zakelijkheid van zowel de lening als de rechtshandeling werd aangetoond.

Op 1 januari 2007 werd de Wet werken aan winst van kracht. Deze wet ligt grotendeels ten grondslag aan de vorm van artikel 10a Wet Vpb zoals we deze anno 2018 kennen. Verscheidene winstdrainageregelingen zijn ondergebracht in artikel 10a en zodoende vielen vanaf dat moment ook externe acquisities binnen het bereik van dit artikel. Tevens werd de tegenbewijsregeling op grond van compenserende heffing iets aangepast. Aan de tegenbewijsregeling werd voldaan, indien aannemelijk gemaakt werd dat de compenserende heffing ten minste 10% bedroeg.³⁵ Deze laatste wijziging is per 1 januari 2008 direct aangescherpt door de inspecteur de mogelijkheid te geven aannemelijk te maken dat aan de schuld of rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Tot slot werd artikel 10a Wet Vpb per 1 januari 2007 slechts nog van toepassing op aangelegenheden tussen verbonden lichamen.³⁶

De meest recente wetgeving met betrekking tot artikel 10a Wet Vpb is het besluit van 25 maart 2013. Dit besluit wordt besproken in paragraaf 2.3.3, na een uiteenzetting van inhoud, doel en strekking van het huidige artikel 10a.

2.3.1. Het huidige artikel 10a Wet Vpb

Lid 1 van het huidige artikel 10a stelt dat renten, waaronder kosten en valutaresultaten, ter zake van schulden die rechtens dan wel in feite, direct of indirect aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon verschuldigd zijn, niet in aftrek komen indien betreffende schulden rechtens dan wel in feite, direct of indirect verband houden met een drietal rechtshandelingen. Deze rechtshandelingen zijn een winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal, een kapitaalstorting en een verwerving of uitbreiding van een belang. Artikel 10a geldt niet alleen indien één dezer rechtshandelingen uitgevoerd wordt door de belastingplichtige, maar tevens indien dit gebeurt door een verbonden lichaam. Dit zijn zogenoemde

³² *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3.

³³ Wet van 13 december 1996, *Stb.* 1996, 651.

³⁴ Van Strien, p. 263-264.

³⁵ *Kamerstukken II 2005/06*, 30571, 3.

³⁶ Vleggeert 2017, par. 2.2.3.A.b.

‘besmette rechtshandelingen’.³⁷ In lid 2 heeft de wetgever opgenomen dat de schuld niet aangegaan hoeft te zijn voorafgaand aan de rechtshandeling. Ook indien de schuld na het verrichten van de rechtshandeling aangegaan is, is sprake van het in het eerste lid vereiste verband. Al met al geeft artikel 10a drie voorwaarden voor de niet-afrekbaarheid van renten: een ‘verbonden lening’, een besmette rechtshandeling en een aanwezig verband tussen de eerste twee.

Door middel van de zinsnede ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ heeft de wetgever de voorkeur gegeven aan de materiële werkelijkheid boven de formele werkelijkheid. De uitdrukking ‘in feite’ ziet op situaties waarin niet alleen juridisch, maar ook economische gezien sprake is van schuldigerkenning. Dit kan dus ook het geval zijn indien bijvoorbeeld een kapitaalstorting of dividend wel daadwerkelijk betaald worden. Indirecte verschuldigdheid van gelden ziet volgens Marres op situaties waarin in- en doorgeleend wordt. Rechthebbende leent in deze gevallen geld aan de crediteur van belastingplichtige.³⁸ Vleggeert bezigt in deze context de term ‘back-to-back-lening’: een lening die weliswaar formeel afkomstig is van een externe partij, maar materieel of in feite, op basis van achterliggende afspraken, afkomstig is van een verbonden entiteit.³⁹

In lid 3 staan twee mogelijkheden tot tegenbewijs genoemd. In sub a staat de dubbele zakelijkheidstoets. Indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan zowel de lening als de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, zijn renten alsnog aftrekbaar. Dit zakelijkheids criterium draait om het onderscheid tussen fiscale en niet-fiscale motieven.⁴⁰ Zoals reeds in de inleiding benoemd, heeft de wetgever deze dubbele zakelijkheidstoets per 1 januari 2018 uitgebreid. Deze vorm van tegenbewijs en de wijziging zullen in het vierde hoofdstuk nader besproken worden.

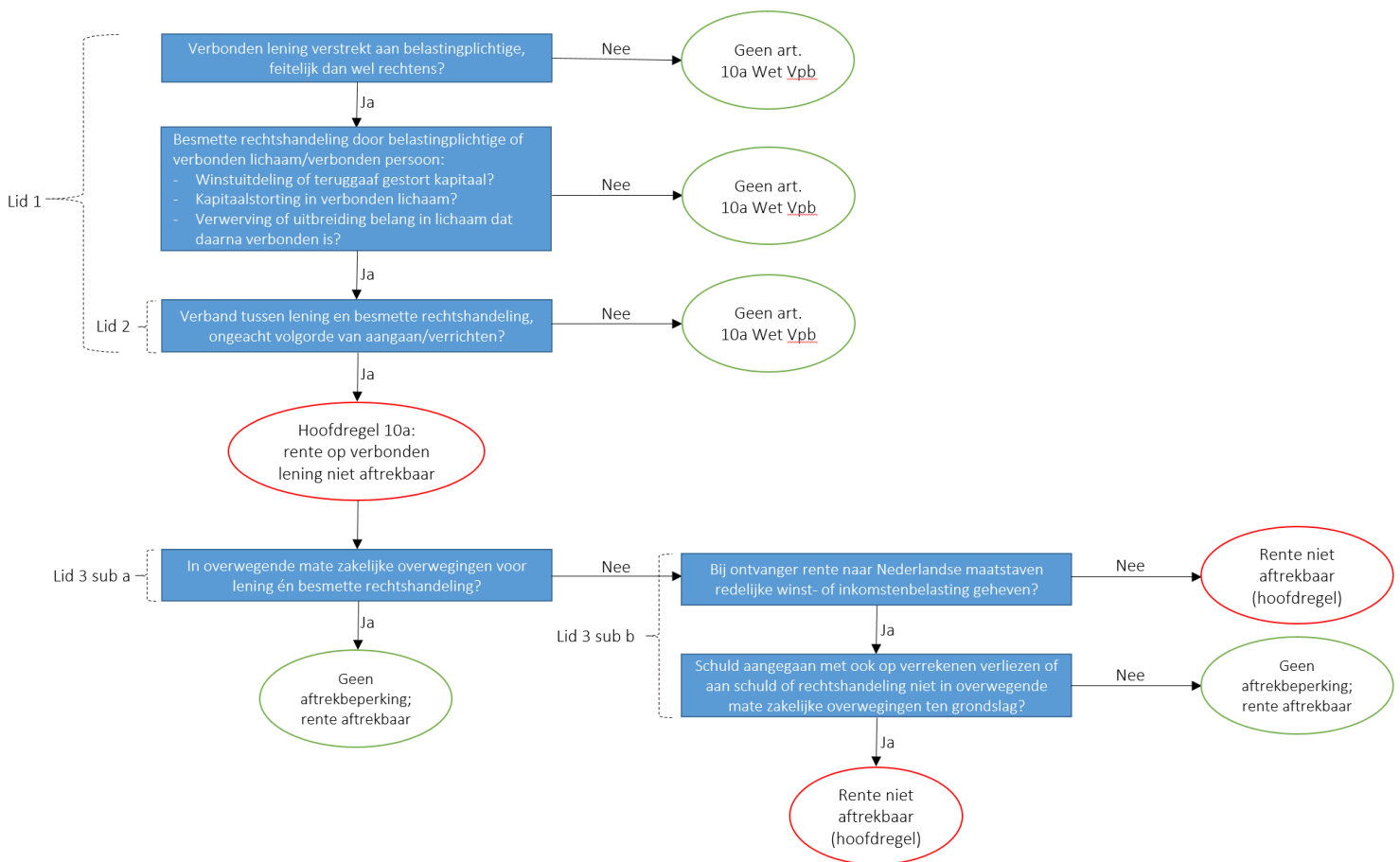
In artikel 10a lid 3 onderdeel b Wet Vpb is de mogelijkheid tot tegenbewijs op grond van compenserende heffing opgenomen. Dit is een tweede mogelijkheid voor belastingplichtige om de betaalde renten alsnog af te trekken van de winst. Belastingplichtige dient aannemelijk te maken dat bij de schuldeiser over de rentebaten een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing plaatsvindt. Zoals in vorige paragraaf benoemd, is deze redelijke heffing gesteld op 10%. Tevens wordt rekening gehouden met aanwezige verrekenbare verliezen. Indien de inspecteur echter aannemelijk maakt dat er geen zakelijke overwegingen aan de schuld of rechtshandeling ten grondslag liggen of dat de schuld is aangegaan met het oog op verliesverrekening, is niet aan de tegenbewijsregeling voldaan. Onderstaand stroomschema weergeeft de manier waarop artikel 10a doorlopen wordt.

³⁷ Strik & De Vries 2010, 2.2.3.A.b.

³⁸ Marres, *WFR* 2004/183.

³⁹ Vleggeert 2017, par. 2.2.3.C.c.

⁴⁰ *Kamerstukken I* 1996/97, 24696, 52b.



Figuur 2: Stroomschema artikel 10a Wet Vpb

In de overige leden van artikel 10a Wet Vpb is opgenomen wat verstaan wordt onder een verbonden lichaam en verbonden persoon. Gezien het beperkte belang voor deze scriptie behoeven deze leden geen nadere toelichting.

2.3.2. Doel en strekking

In het begin van paragraaf 2.3 zijn reeds de door de staatssecretaris van Financiën benoemde hoofddoelen van artikel 10a Wet Vpb aan bod gekomen. De staatssecretaris noemde in de memorie van toelichting de codificatie van jurisprudentie omtrent interne verhangingen en kasrondjes, ter bevordering van de rechtszekerheid, en de aanscherping van eerdere winstdrainagejurisprudentie, met name omtrent de tegenbewijsregeling. Het grotere en algemenere achterliggende doel van artikel 10a kan als volgt geformuleerd worden: het tegengaan van gekunstelde belastingontwijkingsconstructies, die tot doel hebben het verkleinen van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag. Met dit artikel wordt gepoogd oneigenlijk gebruik van het Nederlandse fiscale stelsel tegen te gaan.⁴¹ Het artikel strekt tot weigering van renteaftrek bij interne verhangingen en het schuldig blijven van kapitaaltransacties, behoudens zakelijke overwegingen. Sinds de Wet werken aan winst strekt artikel 10a tevens tot ontzegging van renteaftrek in geval van externe overnames. Marres omschrijft doel en strekking van artikel 10a als volgt: “(...) dat in de in artikel 10a genoemde gevallen, waarbij geen sprake is van een reële

⁴¹ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet Vpb 1969, aant. 1.4 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2018).

wijziging van de vermogenspositie of zeggenschap van de belastingplichtige of diens aandeelhouder, behoudens zakelijke overwegingen geen recht bestaat op renteaftrek.”⁴²

Artikel 10a maakt een uitzondering op de in BNB 1989/217 verwoorde hoofdregel dat door een kapitaalvennootschap betaalde rente in beginsel aftrekbaar is van de winst. Dit is het standaardarrest wat betreft winstdrainage dat reeds benoemd is in paragraaf 2.2.1. In hetzelfde arrest formuleerde de Hoge Raad een uitzondering op de hoofdregel in geval van willekeurige verijdeling van de vennootschapsbelasting middels een constructie die geen reële verandering met zich meebracht. Dit arrest is een onderdeel van de winstdrainagejurisprudentie die met invoering van artikel 10a Wet Vpb gecodificeerd is. Opvallend is dat de Hoge Raad in 2008 een arrest wees, waarin hij oordeelde dat de renteaftrek in casu strijdig was met doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb.⁴³ De Hoge Raad kende derhalve een zelfstandig(e) doel en strekking toe aan artikel 10a en bevestigde het bestaan van het leerstuk van *fraus legis* naast artikel 10a Wet Vpb.⁴⁴

2.3.3. Artikel 10a-besluit 2013

Tot slot is het van belang de meest recente wetgeving met betrekking tot artikel 10a Wet Vpb te bespreken. Dit is het Besluit toepassing van artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, dat op 4 april 2013 in werking is getreden.⁴⁵ Dit besluit is een actualisering van het eerdere artikel 10a-besluit uit 2005⁴⁶ en bovendien heeft de staatssecretaris nieuwe standpunten gegeven omtrent de toepassing van artikel 10a. Eén van deze nieuwe standpunten wordt genoemd in onderdeel 2.4 van het besluit. De staatssecretaris schetst een situatie waarin steeds in kleine delen een belang in een vennootschap wordt verworven en die mogelijk valt binnen artikel 10a lid 1 sub c Wet Vpb. Aan dit onderdeel (en de renteaftrekbeperking) is echter pas voldaan, wanneer het lichaam waarin een belang wordt verworven na de verwerving een verbonden lichaam is. Bij verwerving in kleine gedeeltes zal hier pas na verloop van tijd aan voldaan worden. De staatssecretaris stelt dat, indien sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, artikel 10a lid 1 van toepassing is vanaf het moment dat er sprake is van verbondenheid en dat de renteaftrekbeperking dan tevens geldt voor eerdere verwerving.

Hiernaast bespreekt de staatssecretaris de situatie waarin een verbonden lichaam verkocht wordt, nadat zich een besmette rechtshandeling ex artikel 10a lid 1 sub b of c heeft voorgedaan: een kapitaalstorting, verwerving of uitbreiding van belang. Indien de schuld die daarmee verband houdt niet wordt afgelost, blijft de renteaftrekbeperking van kracht. De staatssecretaris geeft echter goedkeuring voor het achterwege blijven van artikel 10a, voor zover de baten van de verkoop bij belastingplichtige in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing betrokken worden.

Het besluit ziet grotendeels op de tegenbewijsregeling van artikel 10a. Slechts het gedeelte met betrekking tot de dubbele zakelijkheidstoets zal hier uitgelicht worden, aangezien die centraal staat in deze scriptie.

Allereerst onderstreept de staatssecretaris, onder verwijzing naar een conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 30 november 2010, dat aan lid 1 van artikel 10a slechts ontkomen kan worden door de in lid 3 genoemde tegenbewijsregeling. Vervolgens gaat hij in op gevallen van externe financiering: indien de ontvanger van rente op een verbonden lening op zijn beurt een externe lening is aangegaan in verband met een externe overname, kan een geslaagd beroep op de dubbele zakelijkheidstoets gedaan

⁴² Marres, *WFR* 2008/1431.

⁴³ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5195.

⁴⁴ Marres, *WFR* 2008/1431.

⁴⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, *Stcrt.* 2013, 8768.

⁴⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2006, *Stcrt.* 2006, 9.

worden. Ter beoordeling hiervan wordt gekeken naar de paralleliteit tussen met name het aflossingsschema en de looptijd van de twee leningen. De interne en externe lening dienen zowel civiel- als fiscaalrechtelijk parallel te zijn. Tot slot benoemt de staatssecretaris dat het tussenschuiven van een hybride lichaam de zakelijkheid weg kan nemen. In de wetsgeschiedenis is voornoemd geval overigens niet als problematisch aangeduid. Tevens kan betwist worden of het doel van artikel 10a, voorkoming van uitholling van de belastinggrondslag, geschaad wordt, indien een schuld waarbij voldoende paralleliteit aanwezig is, via een hybride lichaam geleid wordt.⁴⁷

Tot slot komt de onzakelijke omleiding aan bod. De staatssecretaris benoemt dat niet aan de zakelijkheidstoets voldaan is, indien sprake is van een onzakelijke omleiding. Hij schetst hierbij een voorbeeld uit de parlementaire behandeling van artikel 10a, waarin gesproken wordt over het storten van gelden in een *taxhaven*. De onzakelijke omleiding omhelst volgens de staatssecretaris echter meer dan dit voorbeeld, zoals het creëren van mismatches met behulp van verschillende internationale kwalificaties van rechtsvormen of financieringsvormen (hybride rechtsvormen of hybride financieringsvormen).

Het laatste nieuwe standpunt van de staatssecretaris is benoemd in onderdeel 5.1 van het besluit en gaat om het verbondenheids criterium. Bij verbondenheid draait het om belangen van ten minste een derde gedeelte en hierbij is het aandeel in het gestort kapitaal beslissend. Aan het aandeel in het geplaatst kapitaal wordt echter ook gewicht toegekend.

2.4. Tussenconclusie

Artikel 10a Wet Vpb is ingevoerd naar aanleiding van verscheidene arresten betreffende winstdrainage. Belastingplichtigen voerden belastingconstructies uit die naar de letter van de wet niet verboden waren, maar die de facto belastingverijdeling als doel hadden en in strijd geacht werden met doel en strekking van de wet. Kunstmatig gecreëerde rentelasten verkleinden de winstbelastinggrondslag in Nederland. Met de bijzondere rechtsmiddelen richtige heffing en *fraus legis* werden dergelijke constructies bestreden. De toepassing van deze rechtsmiddelen, met name *fraus legis*, ontwikkelde zich in de jaren '90 door de verscheidene casussen die aan de Hoge Raad voorgelegd werden. De Hoge Raad wees onder meer arresten waarin renteaftrek toegestaan werd op basis van zakelijke motieven of compenserende heffing en arresten waarin verliesverrekening een belangrijke rol speelde. Niet elk van deze arresten was echter even bevredigend voor de wetgever en mijns inziens ook niet even begrijpelijk in het kader van de essentie van *fraus legis* en winstdrainage. Artikel 10a was dan ook de begrijpelijke reactie van de wetgever op deze arresten. Winstdrainagejurisprudentie werd gecodificeerd en aangescherpt waar de wetgever dit nodig achtte. Zo is de mogelijkheid tot tegenbewijs op basis van compenserende heffing opgenomen in het huidige lid 3 onderdeel b van artikel 10a en aangescherpt ten opzichte van de eerdere jurisprudentie. De tekst van artikel 10a is in de loop der jaren, met name in 2007, regelmatig aangepast. Het doel ervan is echter altijd hetzelfde geweest: het voorkomen van belastingconstructies die verkleining van de Nederlandse belastinggrondslag tot gevolg hebben.

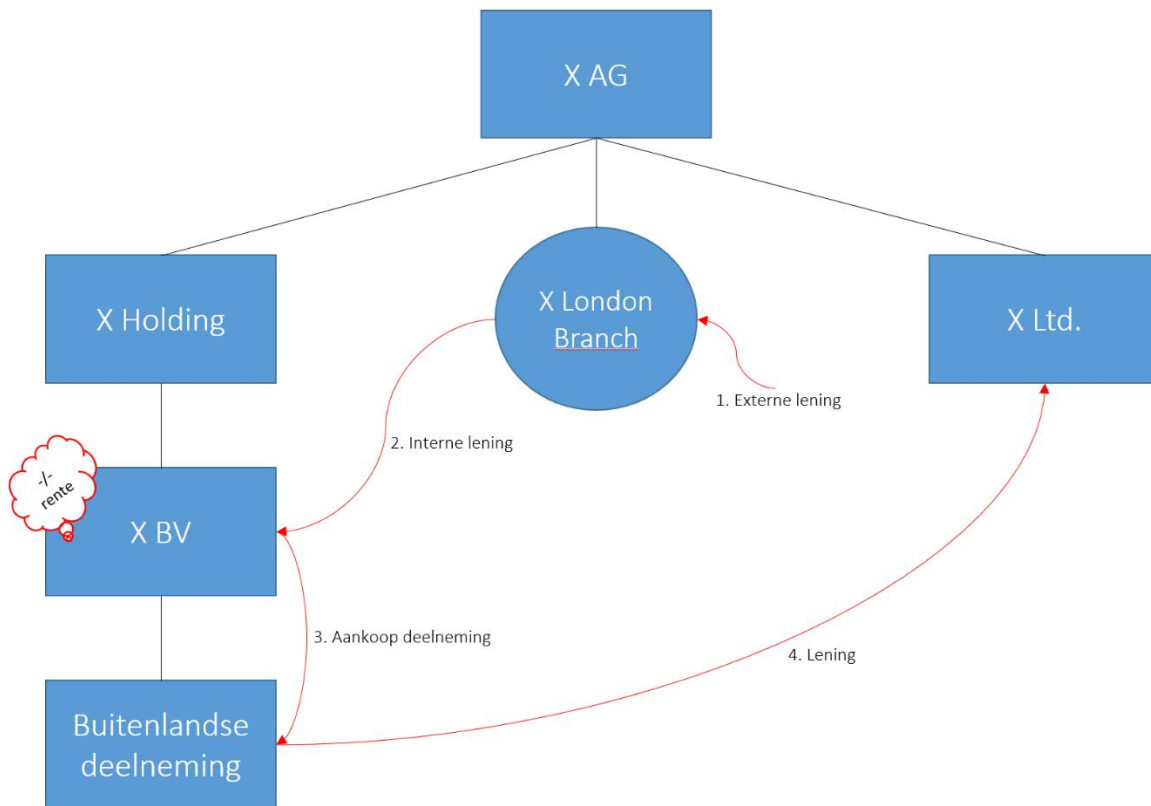
De meest recente regelgeving rondom artikel 10a stamt uit 2013. In dit beleidsbesluit is onder meer gesproken over uiteindelijke externe financiering door een crediteur en concern. De oplettende lezer heeft in de overzichtstabel in paragraaf 2.2.1 gezien dat zo een situatie tevens aan de orde is geweest in deze winstdrainagejurisprudentie, namelijk in BNB 1996/6. De meest recente wijziging in artikel 10a ziet dan ook op situaties van uiteindelijke externe financiering. In de volgende hoofdstukken wordt dieper ingegaan op de aanleiding en inhoud van deze wijziging.

⁴⁷ Heithuis e.a., V-N 2013/19.19.

3. Externe financiering en paralleliteit in BNB 2017/156

3.1. De uitspraak van de Hoge Raad

BNB 2017/156 maakt onderdeel uit van een viertal arresten dat de Hoge Raad wees op 21 april 2017. In deze arresten staat een door de Zwitserse bank Credit Suisse opgezette rentestructuur centraal en de arresten worden in de fiscale volksmond dan ook weinig verrassend de 'Credit Suisse-arresten' genoemd. Samengevat is de volgende constructie door Credit Suisse opgezet. Een Nederlandse holding van het concern kocht Nederlandse winstvennootschappen op, waaruit recentelijk de onderneming verkocht was. In beginsel diende uiteraard belasting over deze winst betaald te worden. Een dusdanige lege winstvennootschap sloot echter een omvangrijke lening af bij een Britse vaste inrichting van het concern om hiermee een (vrijgestelde) (buitenlandse) deelneming te verwerven. De door de Nederlandse vennootschap betaalde rente was aftrekbaar⁴⁸ van de winst en zo omvangrijk, dat het positieve fiscale resultaat volledig weggepoetst werd. De ontvangsten uit de (buitenlandse) deelneming waren vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. De buitenlandse deelneming verstreekte hierna een lening aan X Ltd., een Britse vennootschap binnen het concern, die voor de verkrijging van financiering afhankelijk was van andere onderdelen van het concern. De constructie is in de figuur hieronder vereenvoudigd weergegeven.



Figuur 3: Grafische weergave BNB 2017/156

⁴⁸ Deze zogenoemde 'Bosal-rente' was aftrekbaar na het Bosal-arrest, gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie op 18 september 2003, ECLI:EU:C:2003:479. Hierin bepaalde het Hof dat kosten ter zake van een buitenlandse deelneming net zo goed aftrekbaar zijn als kosten ter zake van een binnenlandse deelneming.

BNB 2017/156 zag op de aftrekbaarheid van de rente die de lege Nederlandse vennootschap betaalde aan de Britse vaste inrichting. De inspecteur liet deze rente niet in aftrek toe op grond van artikel 10a Wet Vpb. Essentieel voor dit arrest is het gegeven dat de vaste inrichting allereerst een externe lening is aangegaan, waarna een lening aan de Nederlandse winstvennootschap verstrekt is (de interne lening). Het staat in casu vast dat er sprake is van een verbonden lening en een besmette rechtshandeling, zoals beschreven in lid 1 van artikel 10a. Het bestaan van de externe lening doet echter de vraag rijzen of de aftrek van de rente op de interne lening wel beperkt kan worden door artikel 10a; de rente is namelijk rechtens verschuldigd aan een verbonden lichaam, maar komt eigenlijk uiteindelijk aan de externe partij toe. De Hoge Raad merkt hiertoe allereerst op dat de woorden 'dan wel' in de zinsnede "rechtens dan wel in feite direct of indirect" in artikel 10a lid 1 getuigen van alternatieve voorwaarden. De lening in casu kwalificeert hierdoor als verbonden lening in de zin van dit artikel. Het feit dat de wetgever in artikel 10a op zoek is naar de materiële werkelijkheid en de rente in onderhavig geval materieel gezien verschuldigd is aan een externe partij en niet aan een verbonden partij, resulteert er derhalve niet in dat artikel 10a buiten toepassing blijft.

De Hoge Raad belandt vervolgens bij de tegenbewijsregeling in het derde lid sub a van artikel 10a en benoemt dat dit ook de plek is waar het vraagstuk omtrent de externe lening in de parlementaire geschiedenis behandeld is. In zowel de memorie van toelichting bij invoering van artikel 10a⁴⁹ als de nota naar aanleiding van het nader verslag van de Tweede Kamer⁵⁰ is een geval als het onderhavige, waarin een schuld rechtens aan een verbonden partij, maar in feite aan een derde verschuldigd is, expliciet genoemd als voorbeeld van tegenbewijs op grond van zakelijke overwegingen. Onder verwijzing naar deze parlementaire geschiedenis concludeert de Hoge Raad dat de wetgever met artikel 10a Wet Vpb niet beoogd heeft rente op een lening die feitelijk afkomstig is van een derde in aftrek te beperken. Wanneer de door de belastingplichtige aangevoerde omstandigheden tot de conclusie leiden dat de lening feitelijk van een derde afkomstig is, is aan het tegenbewijs ex artikel 10a lid 3 sub a voldaan en mag de rente alsnog afgetrokken worden. De Hoge Raad maakt hierbij de essentiële opmerking dat dit geldt voor zowel de lening als de (besmette) rechtshandeling.

Tot slot benoemt de Hoge Raad dat voorgaande het geval is, indien sprake is van voldoende parallelliteit tussen de interne en externe lening. In ieder geval dienen looptijd, aflossingsschema, rentevergoeding, omvang en tijdstip van het aangaan van de leningen in samenhang beoordeeld te worden. Het Hof had in casu geoordeeld dat belastingplichtige de parallellie tussen beide leningen voldoende aannemelijk gemaakt had⁵¹ en volgens de Hoge Raad is dit oordeel niet onbegrijpelijk. Derhalve was aan de tegenbewijsregeling voldaan en kon de rente alsnog in aftrek gebracht worden. Advocaat-generaal Wattel lijkt overigens in zijn conclusie bij het arrest voorstander te zijn van gegrondverklaring van het beroep en verwijzing naar het Hof. Hij stelt dat de interne en externe lening zo goed als gelijk gesteld moeten kunnen worden om te voldoen aan parallellie en dat het verband tussen beide schulden in deze zaak te zwak is om hiervan te kunnen spreken. Ook de zakelijkheid van de besmette rechtshandeling had derhalve volgens Wattel getoetst moeten worden. Bovendien acht Wattel de uitspraak van het Hof, ook indien er sprake was van voldoende parallellie, onvoldoende gemotiveerd.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3.

⁵⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 24696, 8.

⁵¹ Hof Amsterdam 9 juni 2016, ECLI:GHAMS:2016:2218.

3.2. Verhouding parlementaire geschiedenis artikel 10a Wet Vpb

De overweging van de Hoge Raad, dat de feitelijk extern gefinancierde interne lening niet reeds door lid 1 buiten artikel 10a valt, wordt inderdaad bevestigd in de parlementaire geschiedenis van het artikel. Bij de behandeling van het eerste lid zijn alleen voorbeelden genoemd die aangeven dat de zinsnede ‘rechtens dan wel in feite’ in het eerste lid ervoor zorgt dat ook leningen formeel aan een derde, maar materieel aan een verbonden lichaam verschuldigd zijn, binnen artikel 10a vallen.⁵² Dit impliceert dat de leningen die formeel gezien van een verbonden partij afkomstig zijn hier sowieso onder vallen. Bovendien worden de situaties als in dit arrest in de parlementaire geschiedenis herhaaldelijk expliciet benoemd bij de behandeling van het derde lid van artikel 10a.⁵³ De keuze van de Hoge Raad om, in tegenstelling tot een eerder arrest,⁵⁴ de situatie te behandelen in het kader van artikel 10a lid 3 is in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis. Voorgaande neemt overigens niet weg dat het besluit van de wetgever om deze situatie onder lid 3 te plaatsen in twijfel getrokken kan worden. In de wetgeschiedenis van de Wet werken aan winst is aangegeven dat het bestaan van andere regelingen inzake renteaftrekbepalingen aanleiding vormde om artikel 10a te beperken tot leningen in groepsverband.⁵⁵ Vanaf 2007 behelste artikel 10a dus slechts (formele en materiële) verbonden schulden. Op basis hiervan zou beargumenteerd kunnen worden dat de materiële externe lening zoals in casu onder voorwaarden reeds door lid 1 buiten artikel 10a dient te vallen, omdat er materieel gezien geen sprake is van een verbonden lening. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever echter anders bepaald en in overeenstemming daarmee heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een geval als onderhavige in ieder geval binnen de reikwijdte van artikel 10a valt.

De Hoge Raad overweegt vervolgens of een externe lening maakt dat aan de zakelijkheidstoets voldaan is en zo ja, aan welke voorwaarden deze lening dient te voldoen. Volgens de Hoge Raad is voldaan aan de zakelijkheidstoets, indien sprake is van paralleliteit tussen de interne en de externe lening. Dit geldt dan voor zowel de lening als de rechtshandeling. Ook het Hof overwoog dit en beiden verwijzen naar de parlementaire geschiedenis van artikel 10a. Dit is natuurlijk exact het voor de staatssecretaris pijnlijke punt van dit arrest, maar daar kom ik in het vervolg van deze scriptie op terug.

Een geval waarin feitelijk van een derde geleend is, wordt meerdere keren expliciet benoemd in de parlementaire geschiedenis van artikel 10a, allereerst in de memorie van toelichting bij de invoering van artikel 10a Wet Vpb. Daarin staat de situatie waarin een partij van een verbonden lichaam geleend heeft, terwijl dat lichaam op zijn beurt van een externe partij geleend heeft, genoemd als voorbeeld waarin feitelijk van een derde geleend wordt en de renteaftrekbepaling derhalve teruggenomen kan worden. Dit wordt herhaald in de nota naar aanleiding van het verslag. Ondanks betwisting door de staatssecretaris in de cassatiemiddelen, suggereren deze voorbeelden in de parlementaire geschiedenis dat in een geval van uiteindelijke externe financiering aan de gehele tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 sub a voldaan is. In de nota naar aanleiding van het verslag staat dit als volgt geformuleerd:

“(...) wordt de uitsluiting van de renteaftrek in de eerste plaats teruggenomen indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan het complex van rechtshandelingen en de lening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. In de memorie van toelichting is (...) aangegeven dat hierbij

⁵² Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3; Kamerstukken II 1995/96, 24696, 5.

⁵³ Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3; Kamerstukken II 1995/96, 24696, 5.

⁵⁴ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*).

⁵⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30571, 3.

kan worden gedacht aan de situatie waarin sprake is van een lening verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde.”

In het artikel 10a-besluit uit 2005 wordt expliciet gesproken over paralliteit tussen de interne en de externe lening. Volgens de staatssecretaris dienen de voorwaarden van beide leningen parallel te zijn, met name wat betreft looptijd en aflossingen. Rentever verschillen vormen geen probleem, mits zakelijk. De staatssecretaris benadrukt nogmaals dat in geval van uiteindelijke externe financiering en paralliteit tussen de interne en externe lening aan de gehele tegenbewijsregeling voldaan is en de renteaftrekbeperking teruggenomen wordt. Ook bij de aanpassing van artikel 10a door middel van de Wet werken aan winst is dit vraagstuk aan bod gekomen. In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel wordt het volgende vermeld:

“De leden van de fractie van het CDA wijzen in het kader van de tegenbewijsregeling van artikel 10a op de voor de toepassing van de huidige bepaling in het besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, VN 2006/5.15 neergelegde mogelijkheid dat de geldlening («schuld» in de nieuwe bepaling) en de rechtshandeling zakelijk zijn, indien de geldlening uiteindelijk extern gefinancierd is en sprake is van zogenoemde paralliteit tussen de geldlening en deze externe financiering. Deze leden vragen te bevestigen dat deze beleidsregel ook voor de onder het nieuwe artikel 10a begrepen situaties van toepassing blijft. Ook de leden van de fractie van de VVD vragen naar het buiten toepassing laten van artikel 10a bij uiteindelijke externe financiering. Tevens vragen de leden van de fractie van het CDA naar de mogelijkheid om de eis van paralliteit te laten vallen.

De eis van paralliteit tussen de schuld en de uiteindelijke externe financiering is nodig omdat het moet gaan om situaties waarin tussen beide een direct verband bestaat. Is dat het geval, dan blijft ook het gewijzigde artikel 10a buiten toepassing.”

Wederom geeft de staatssecretaris aan, dit keer na uitdrukkelijke vragen, dat artikel 10a buiten toepassing blijft in geval van paralliteit en een direct verband tussen beide financieringen. Op basis van het voorgaande acht ik het oordeel van de Hoge Raad dat uiteindelijke externe financiering de zakelijkheidstoets terugbrengt naar één toets zeker niet onbegrijpelijk. De wetgever heeft expliciet gekozen voor twee zakelijkheidstoetsen, maar lijkt dit ook nadrukkelijk anders te zien in het geval van een feitelijk extern gefinancierde interne schuld. De genoemde passages uit de parlementaire geschiedenis wijzen hier sterk op. Tevens zou dit niet misstaan binnen de context van artikel 10a, daar het artikel ziet op verbonden leningen en een lening als besproken materieel gezien van een derde afkomstig is.

Enigszins twijfelachtig is overigens wel de manier waarop in casu door het Hof beoordeeld is of er voldoende paralliteit tussen beide leningen aanwezig is. De geciteerde passage uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet werken aan winst maakt duidelijk dat de paralliteitseis draait om het aantonen van een direct verband tussen de interne en externe lening. Dit is mijns inziens ook logisch: de renteaftrekbeperking dient niet gemakkelijk ontlopen te kunnen worden door slechts een aantal overeenkomsten tussen de interne en externe lening aan te tonen. De rente wordt niet in aftrek beperkt door artikel 10a, omdat dit ook niet gebeurt indien belastingplichtige rechtstreeks van een derde leent. De leningen moeten derhalve sterke overeenkomsten vertonen; belastingplichtige dient aan te tonen dat de specifieke externe lening doorgeleend wordt, met bijna dezelfde voorwaarden. De Hoge Raad erkent dit in rechtsoverweging 2.4.5.3 en noemt de voorwaarden die bij de beoordeling van de paralliteit in ieder geval betrokken dienen te worden. Het Hof heeft paralliteit echter aanwezig geacht op basis van een verklaring van een *trader*, waarin deze zegt dat extern opgehaalde gelden geormerkt werden voor de latere interne leningen en gehouden werden in een aparte handelsportefeuille. Tevens werden aparte spreadsheets bijgehouden in verband met de leningen aan de Nederlandse (lege) winstvennootschappen.

Op deze manier lijkt een verband gelegd te worden tussen de externe en interne leningen, maar een sterk en direct verband aan de hand van door de Hoge Raad genoemde voorwaarden – looptijd, aflossingsschema, et cetera – wordt niet aangetoond. De Hoge Raad kiest ervoor het cassatieberoep van de staatssecretaris niet gegrond te verklaren, in tegenstelling tot de aanbeveling van advocaat-generaal Wattel. Vreemd genoeg lijkt de rechtsregel duidelijk, maar wordt niet in overeenstemming hiermee gemotiveerd.

3.2.1. Verhouding met artikel 10a-besluit 2013

Zoals eerder benoemd, is het beleidsbesluit betreffende de toepassing van artikel 10a uit 2013 de meest recente regelgeving omtrent dit artikel. Het besluit actualiseerde het besluit uit 2005 en bevat een aantal nieuwe standpunten en goedkeuringen. Uiteraard komt ook de tegenbewijsregeling uit het derde lid aan bod. In paragraaf 4.2.2 worden externe financiering en paralleliteit opnieuw besproken, maar de manier waarop verschilt iets van de eerdere besprekingen en voorbeelden in de parlementaire geschiedenis. De staatssecretaris behandelt uiteindelijke externe financiering in het specifieke geval van een externe overname, dus een rechtshandeling uit artikel 10 lid 1 onderdeel c. Wederom wordt genoemd dat een beroep op de dubbele zakelijkheidstoets geslaagd kan zijn in geval van paralleliteit tussen de interne en externe lening. Ook hiermee komt het oordeel van de Hoge Raad in BNB 2017/156 dus overeen. Het is met name de vraag wat de staatssecretaris met het specifieke voorbeeld van de externe overname beoogd heeft. Met Kok en De Vries⁵⁶ ben ik van mening dat de staatssecretaris mogelijk heeft willen aangeven dat de zakelijkheid van de rechtshandeling tevens van belang is bij de uiteindelijke externe financiering en dat deze apart van de zakelijkheid van de lening aangetoond dient te worden. Een externe overname wordt namelijk vaak gezien als een rechtshandeling waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De staatssecretaris benoemt dit standpunt echter niet expliciet en neemt nergens in het besluit uitdrukkelijk afstand van de duidelijke toezegging in het besluit uit 2005, dat aan de tegenbewijsregeling voldaan is in geval van paralleliteit tussen beide leningen. Daarnaast wordt paragraaf 4.2.2 in de inleiding niet benoemd als een paragraaf die een nieuw standpunt bevat. Om de verwarring compleet te maken, noemt de staatssecretaris in deze paragraaf een arrest als voorbeeld, waarin geen sprake lijkt te zijn van een externe acquisitie, maar van een interne verhangings.⁵⁷

Bovenstaande punten weergeven de onduidelijkheid omtrent het standpunt van de staatssecretaris. Deze onduidelijkheid, het gebrek aan een expliciet nieuw standpunt van de staatssecretaris en de vele aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis geven genoeg argumenten om te concluderen dat de Hoge Raad in BNB 2017/156 niet anders had hoeven oordelen dan nu gebeurd is. Zelfs indien de staatssecretaris – op een redelijk vage wijze – met dit besluit had willen aangeven dat de zakelijkheidstoets bij uiteindelijke externe financiering nog steeds uit twee gedeelten bestaat, bevinden zich in de besproken parlementaire geschiedenis voldoende argumenten op basis waarvan de Hoge Raad kon oordelen zoals hij in casu gedaan heeft. In deze geschiedenis is bovendien regelmatig gebruik gemaakt van voorbeelden waarin een interne rechtshandeling plaatsvond, in plaats van een externe acquisitie. Het voorgaande maakt in elk geval duidelijk dat het besluit uit 2013 verwarrend is, maar dat de Hoge Raad niet onbegrijpelijk geoordeeld heeft.

3.3. Voorzienbaarheid

Mogelijk heeft de staatssecretaris gedacht dat de dubbele zakelijkheidstoets voldoende duidelijk was. Zowel van de rechtshandeling als de schuld dienen zakelijke overwegingen aangetoond te worden,

⁵⁶ Kok & De Vries, *WFR* 2014/116.

⁵⁷ Elsweyer & Van Strien, *NTFR* 2013/9.

wil er voldaan worden aan de tegenbewijsregeling van het derde lid van artikel 10a. De dubbele zakelijkheidstoets heeft gegolden vanaf de invoering van het artikel. Door middel van deze dubbele toets wordt het doel van artikel 10a zo goed mogelijk gediend en worden grondslaguitholling en het willekeurig in Nederland plaatsen van rentelasten tegengegaan. Het is echter immer aan de wetgever om zijn bewoordingen zorgvuldig te kiezen. De wetgever dient expliciet te vermelden wat hij voor ogen heeft, des te meer wanneer over specifieke situaties reeds vragen gesteld zijn. Had de wetgever onderhavig arrest eigenlijk niet kunnen zien aankomen?

Het antwoord op deze vraag op basis van de wetsgeschiedenis van artikel 10a is mijns inziens een volmondig 'ja'. De wetgever heeft in ieder geval vanaf de invoering van artikel 10a in 1996 tot en met de wijziging met de Wet werken aan winst in 2007 een aantal maal nadrukkelijk benoemd dat de aftrekbeperking geen toepassing vindt indien sprake is van uiteindelijke externe financiering en paralleliteit. Bovendien heeft de staatssecretaris na kunnen denken over de verscheidene vragen die hij gekregen heeft over zo een situatie en heeft hij steevast hetzelfde antwoord gegeven, zoals ook blijkt uit het tweede citaat in paragraaf 3.2.

De staatssecretaris ontvangt commentaar op wetsvoorstellen van partijen die belang hebben bij deze wetsvoorstellen, zoals de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB). De NOB heeft bij de Wet werken aan winst de staatssecretaris gevraagd te bevestigen dat aan de tegenbewijsregeling voldaan is, indien belastingplichtige geleend heeft van een verbonden lichaam en dat lichaam een lening bij een niet-verbonden derde is aangegaan.⁵⁸ De staatssecretaris behandelt deze vraag niet afzonderlijk, maar verwijst naar zijn (positieve) antwoord op de vragen van de fractieleden van het CDA en de VVD, zoals geciteerd in paragraaf 3.2. Dit is evenzeer een punt waarop de staatssecretaris had kunnen aangeven dat hij de zakelijkheidstoets in geval van uiteindelijke externe financiering nog steeds tweeledig acht. Ondernemingsorganisatie VNO-NCW maakt het de staatssecretaris eigenlijk nog makkelijker door hem in haar commentaar op het wetsvoorstel van de Wet werken aan winst de volgende vraag te stellen:⁵⁹

“Voor de toepassing van het huidige art 10a Vpb. '69 is bevestigd dat de geldlening en de rechtshandeling zakelijk zijn wanneer de geldlening uiteindelijk extern is gefinancierd. Kan worden bevestigd dat deze regel van toepassing blijft onder het nieuwe art. 10a Vpb. '69?”

Als de wetgever had willen verduidelijken dat de zakelijkheid van zowel de lening als de rechtshandeling ook bij uiteindelijke externe financiering aangetoond dient te worden, was dit zijn kans geweest; VNO-NCW vraagt dit woordelijk. Deze vraag wordt echter niet afzonderlijk beantwoord en wederom verwijst de staatssecretaris in de nota naar aanleiding van het verslag naar het eerder geciteerde antwoord op de vragen van het CDA en de VVD.

Uit verschillende stukken in de parlementaire geschiedenis blijkt dat de staatssecretaris ook kennisneemt van commentaar op een wetsvoorstel vanuit de literatuur. De tegenbewijsregeling van artikel 10a bij uiteindelijke externe financiering en paralleliteit is in de literatuur veelvuldig besproken en iets hiervan moet de staatssecretaris ter ore zijn gekomen. Van Strien en Elswier schrijven na het beleidsbesluit uit 2013 dat zij niet uitsluiten dat de Belastingdienst zich op het standpunt zal stellen dat bij uiteindelijke externe financiering de zakelijkheid van de rechtshandeling separaat getoetst dient te worden, maar beargumenteren tevens dat dit volgens hen niet noodzakelijk uit het besluit en de parlementaire geschiedenis blijkt. De bewuste passage uit het beleidsbesluit uit 2013 is volgens hen

⁵⁸ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2006, p.36.

⁵⁹ VNO-NCW 2006, p. 13.

tevens maatgevend voor interne transacties.⁶⁰ Kok en De Vries concluderen hetzelfde in een artikel in het Weekblad Fiscaal Recht en zijn van mening dat een beleidsbesluit de wetsgeschiedenis niet kan herroepen of bijbuigen.⁶¹ Tot slot heeft ook de redactie van Vakstudie Nieuws aantekeningen gemaakt bij het beleidsbesluit uit 2013. Ze geeft aan dat de onderdelen uit het besluit betreffende paralleliteit en externe financiering verwarrend zijn, omdat niet duidelijk is of er sprake is van nieuwe standpunten. De redactie geeft dan ook aan dat een wetswijziging vereist zou zijn, indien de staatssecretaris wenst dat zijn standpunten in de praktijk overgenomen worden.⁶²

Op basis van de genoemde wetsgeschiedenis, literatuur en commentaren ben ik van mening dat BNB 2017/156 volkomen voorzienbaar is geweest voor de wetgever. Mogelijk was de enkele zakelijkheidstoets in het geval van externe financiering ook hetgeen de wetgever binnen artikel 10a vond passen, in ieder geval totdat onderhavig arrest gewezen werd. Op dat moment heeft de staatssecretaris beseft dat de uitkomst van de vereenvoudiging van de zakelijkheidstoets blijkbaar niet gewenst was en heeft hij een wetswijziging per 1 januari 2018 doorgevoerd. Het arrest heeft hoe dan ook geen verrassing kunnen zijn, eerder een *wake-up call*.

3.4. Tussenconclusie

Reeds bij het wetsvoorstel ter invoering van artikel 10a Wet Vpb voorzag de wetgever dat het artikel mogelijk gevolgen zou hebben voor situaties waarin extern aangetrokken gelden binnen een concern werden doorgeleend. De wetgever koos er expliciet voor om deze interne leningen binnen artikel 10a te laten vallen, maar de rente toch in aftrek toe te laten, wanneer er sprake was van voldoende paralleliteit tussen de externe en interne lening. In zo'n geval werd namelijk direct voldaan aan de gehele tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 onderdeel a. Het voorgaande was in ieder geval tot 2013 het standpunt van de wetgever, toen in een beleidsbesluit omtrent artikel 10a de uiteindelijke externe financiering nogmaals besproken werd. Het is onduidelijk, met name door het ontbreken van een expliciet nieuw standpunt, of de staatssecretaris destijds beoogd heeft aan te geven dat ook in geval van uiteindelijke externe financiering de zakelijkheidstoets tweeledig blijft en de zakelijkheid van de rechtshandeling separaat aangetoond dient te worden. Nadat de Hoge Raad het arrest BNB 2017/156 gewezen heeft, kan geconcludeerd worden dat de staatssecretaris dit inderdaad voor ogen had; de staatssecretaris heeft in reactie op dit arrest de zakelijkheidstoets in het derde lid van artikel 10a aangepast. Het arrest kan echter niet als verrassing gekomen zijn. In de parlementaire geschiedenis, de fiscaalrechtelijke literatuur en commentaren bij de Wet werken aan winst is de staatssecretaris herhaaldelijk gevraagd naar zijn standpunt omtrent uiteindelijke externe financiering en heeft hij almaar hetzelfde antwoord gegeven. De staatssecretaris heeft dan ook meermaals de kans gehad om aan te geven dat de dubbele zakelijkheidstoets haar toepassing niet verloor bij het intern doorlenen van externe gelden, maar van deze kansen geen gebruik gemaakt. Er lijkt derhalve sprake van een gewijzigd inzicht.

BNB 2017/156 was voorzienbaar, maar de vraag of de wetswijziging binnen artikel 10a past, is nog niet beantwoord. Dit vergt een inhoudelijk oordeel met inachtneming van het doel en de strekking van artikel 10a Wet Vpb. Dit komt dan ook aan bod in het volgende hoofdstuk.

⁶⁰ Elsweier & Van Strien, *NFR* 2013/9.

⁶¹ Kok & De Vries, *WFR* 2014/116.

⁶² Heithuis e.a., *V-N* 2013/19.19.

4. Wijziging artikel 10a lid 3 sub a Wet Vpb

4.1. Inhoud wijziging

Op 19 september 2017 diende het toenmalig demissionair kabinet het Belastingplan 2018 in bij de Tweede Kamer. Het plan bevatte wetswijzigingen die per 1 januari 2018 zijn ingegaan, waaronder de wijziging van artikel 10a lid 3 onderdeel a Wet Vpb. Naar aanleiding van het in het vorige hoofdstuk besproken Credit Suisse-arrest, besloot de staatssecretaris van Financiën de wettekst van de dubbele zakelijkheidstoets aan te passen. De wijziging is in het Belastingplan als volgt geformuleerd:

“In het derde lid, onderdeel a, wordt «aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling» vervangen door: aan de schuld en, ongeacht of die schuld in feite is verschuldigd aan een ander dan een met de belastingplichtige verbonden lichaam of met hem verbonden natuurlijk persoon, aan de daarmee verband houdende rechtshandeling.”⁶³

Om de renteaftrekbeperking uit het eerste lid van artikel 10a te ontlopen, dient de belastingplichtige aan te tonen dat zowel aan de schuld als aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Dit is de essentie van de dubbele zakelijkheidstoets. Door deze wetswijziging geldt dit ook wanneer er sprake is van uiteindelijke externe financiering en paralleliteit tussen de interne en externe lening. De in BNB 2017/156 neergelegde rechtsregel dat de dubbele zakelijkheidstoets in zo’n geval vereenvoudigd wordt tot een enkele toets is hiermee door de staatssecretaris opzijgeschoven. Ook wanneer de lening feitelijk afkomstig is van een derde partij, dienen de zakelijke overwegingen van de rechtshandeling aangetoond te worden; het aantonen van paralleliteit is niet meer voldoende om de rente alsnog aftrekbaar te laten zijn.

De staatssecretaris legt met deze wetswijziging de vele besproken passages uit de wetsgeschiedenis van artikel 10a naast zich neer. Daarnaast lijkt de wijziging duidelijkheid te verschaffen omtrent het 10a-besluit uit 2013. Met het voorbeeld van uiteindelijke derdenfinanciering en de externe acquisitie, zoals benoemd in paragraaf 3.2.1, leek de staatssecretaris inderdaad te willen aangeven dat de zakelijkheid van de rechtshandeling van belang is. Het is helder dat de BNB 2017/156 een andere uitkomst had gehad onder de aangepaste wetgeving. De Nederlandse lege winstvennootschap, X BV in figuur 3, had afgezien van de zakelijkheid van de interne lening tevens de zakelijkheid van de kapitaalstorting in de buitenlandse deelneming moeten aantonen. Gezien de fiscale motieven van deze rechtshandeling, was dit hoogstwaarschijnlijk niet gelukt. De rente was in aftrek beperkt geweest volgens de hoofdregel van artikel 10a, waardoor de winsten van de lege BV niet verrekend hadden kunnen worden en een flink bedrag aan vennootschapsbelasting verschuldigd was geweest. Ook op grond van compenserende heffing ex artikel 10a lid 3 sub b had de belastingplichtige geen tegenbewijs kunnen leveren, aangezien in de wettekst een uitzondering op deze tegenbewijsregeling is opgenomen in geval van onzakelijke overwegingen voor de lening of de rechtshandeling. Een dusdanig oordeel van de Hoge Raad had belastingplichtige veel geld kunnen kosten – en de fiscus veel geld kunnen opleveren.

4.2. Motivatie wetgever

In de memorie van toelichting bij het Belastingplan 2018 besteedt de staatssecretaris kort aandacht aan zijn beweegredenen om een wijziging in de tegenbewijsregeling van artikel 10a door te

⁶³ Wet van 20 december 2018 (Belastingplan 2018), *Stb.* 2017, 517.

voeren.⁶⁴ De staatssecretaris verwijst naar het oordeel van de Hoge Raad in BNB 2017/156 en stelt dat dit niet overeenkomt met de uitleg die in de uitvoeringspraktijk door de Belastingdienst aan de tegenbewijsregeling gegeven wordt. In deze uitvoeringspraktijk wordt in geval van uiteindelijke derdenfinanciering de zakelijkheid van de rechtshandeling namelijk afzonderlijk beoordeeld en wordt de zakelijkheidstoets derhalve niet tot een enkele toets vereenvoudigd. Bovendien spreekt de staatssecretaris van structurele derving voor de schatkist en tientallen miljoenen euro's aan additionele budgettaire derving, wanneer een wetswijziging achterwege blijft. De motivatie van de staatssecretaris blijft beperkt tot deze twee punten. Er ontbreekt een argument op basis van doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb: waarom past deze wetswijziging volgens de staatssecretaris bij hetgeen met artikel 10a beoogd wordt? De behoefte aan een dusdanig argument is mijns inziens des te groter, doordat het 'uitvoeringspraktijkargument' niet bijzonder sterk is. Waarom zijn uiteindelijke derdenfinancieringen in de uitvoeringspraktijk behandeld, zoals ze zijn behandeld? Ligt aanpassing van de handelwijze van de Belastingdienst niet meer voor de hand, gezien de vele aanwijzingen in de wetsgeschiedenis van artikel 10a? De staatssecretaris besteedt geen aandacht aan het feit dat in de parlementaire geschiedenis het tegenovergestelde geoordeeld is van hetgeen hij met de wetswijziging wil bewerkstelligen. De staatssecretaris laat het lijken alsof hij met deze wetswijziging slechts iets bevestigt, dat altijd al zo geweest is, terwijl er in feite sprake is van een 'majeure koerswijziging', om met de woorden van De Vries te spreken.⁶⁵ De Vries noemt de uitleg in de memorie van toelichting bovendien 'intrigerend' en meent gevallen te kennen, waarin de Belastingdienst wel degelijk instemde met het buiten toepassing blijven van artikel 10a in geval van externe financiering en parallelliteit. Ook Kooiman levert kritiek op de motivatie bij deze wetswijziging. Volgens hem haalt de staatssecretaris de kastanjes uit het vuur voor de uitvoerende macht, maar wordt er geen aandacht besteed aan het systeem en de ratio van artikel 10a. Bovendien worden de zogenaamde tientallen miljoenen euro's derving niet onderbouwd.⁶⁶ Behalve De Vries en Kooiman heb ik hier zelf ook een mening over, die hieronder uiteengezet wordt.

In de loop van de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2018 is de staatssecretaris een aantal maal gevraagd naar de motivatie achter en de gevolgen van de wijziging van de tegenbewijsregeling. In de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer⁶⁷ wordt de staatssecretaris een aantal vragen gesteld, vergelijkbaar met de vragen uit de vorige alinea, waarvan ik geconstateerd heb dat een antwoord hierop ontbreekt in de memorie van toelichting. De staatssecretaris krijgt dus de kans om zijn gebrekkige motivatie voor de wetswijziging nader toe te lichten. Hem wordt onder meer gevraagd of de wetswijziging in overeenstemming is met doel en strekking van artikel 10a, of er sprake is van een verduidelijking of een aanscherping en hoe dit voorstel zich verhoudt tot directe externe leningen, die niet binnen de reikwijdte van artikel 10a vallen. Het antwoord van de staatssecretaris op deze vragen is onbevredigend. Hij herhaalt grotendeels de motivatie die reeds in de memorie van toelichting gegeven is. De argumentatie van de Hoge Raad op basis van de wetsgeschiedenis wordt simpelweg opzijgezet door te verwijzen naar de letterlijke tekst van artikel 10a lid 3 sub a en naar het beleidsbesluit uit 2013. Mogelijke onwenselijke gevolgen van BNB 2017/156 worden opnieuw genoemd als aanleiding om de wettekst aan te passen. De staatssecretaris wekt bovendien de indruk dat de wijziging slechts een verduidelijking is en geen aanscherping. Zoals eerder betoogd, ben ik het hiermee sterk oneens. Het had de staatssecretaris gesierd als hij de sterke tegenstrijdigheid van de wetswijziging

⁶⁴ *Kamerstukken II 2017/18, 34785, 3.*

⁶⁵ De Vries, *WFR 2017/209.*

⁶⁶ Kooiman, *NTR 2017/2392*; Bouwman, *NTR 2017/2553.*

⁶⁷ *Kamerstukken II 2017/18, 34785, 6.*

met de parlementaire geschiedenis van artikel 10a had erkend en door middel van uitgebreide motivatie had weerlegd waarom het standpunt in deze geschiedenis niet binnen artikel 10a past en aanpassing vereist. De vraag naar de verhouding van de wijziging met doel en strekking van artikel 10a doet de staatssecretaris af door te stellen dat onzakelijke overwegingen voor een rechtshandeling ook in geval van indirecte externe financiering aanwezig kunnen zijn. Hierin heeft de staatssecretaris gelijk. In zo'n geval is het volgens hem in overeenstemming met het doel van 10a, het tegengaan van grondslaguitholling door gekunstelde renteaftrek binnen een concern, om apart de zakelijkheid van de rechtshandeling te beschouwen. Dit is mijns inziens wederom een beperkt antwoord. De staatssecretaris bespreekt niet hoe de wijziging zich verhoudt tot het feit dat artikel 10a beperkt is tot rente op verbonden leningen. Tevens wordt een antwoord schuldig gebleven op de vraag over het onderscheid tussen directe en indirecte externe leningen. Tot slot worden ook de cijfers omtrent de budgettaire belangen bij de wetwijziging niet verhelderd in de nota. De staatssecretaris weergeeft het belang van artikel 10a – in de periode 2013 tot en met 2015 kwam jaarlijks gemiddeld 4,7 miljard euro aan rente niet in aftrek door de toepassing van dit artikel – maar hij blijft spreken van een vermeende budgettaire derving als gevolg van BNB 2017/156 van 'enkele tientallen miljoenen euro's', zonder dit nader te specificeren. Het bedrag van 4,7 miljard euro blijkt volgens de staatssecretaris 'uit aangiftegegevens' en is hierdoor lastig na te zoeken. In elk geval is sprake van een aanzienlijk bedrag. Ter vergelijking: in de jaren 2013, 2014 en 2015 bedroeg de totale vennootschapsbelastingopbrengst grofweg respectievelijk 12, 14 en 16 miljard euro.⁶⁸ Het belang van artikel 10a op zich is hiermee evident, maar zonder nadere informatie wordt er weinig toegevoegd aan de verheldering van de wetwijziging. Mogelijk is het noemen van dit bedrag juist verwarrend of zelfs misleidend; 4,7 miljard euro is een aanzienlijke toevoeging aan de staatsschatkist, maar het is geenszins duidelijk welk gedeelte hiervan verband houdt met uiteindelijke derdenfinanciering en wellicht is dit bedrag niet maatgevend voor de budgettaire belangen bij de wetwijziging.

Tijdens het wetgevingsoverleg op 30 oktober 2017 worden opnieuw vragen gesteld omtrent de wijziging van de zakelijkheidstoets, ditmaal door de heer Omtzigt van het CDA.⁶⁹ Hij vraagt de staatssecretaris waarom er onderscheid wordt gecreëerd tussen directe en indirecte externe leningen en ziet graag een voorbeeld van de toepassing van de vernieuwde zakelijkheidstoets. Het antwoord van de staatssecretaris op deze vragen behelst ruim twee pagina's, maar wederom zegt hij niets nieuws.⁷⁰ Hij benoemt de essentie en het doel van artikel 10a en onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad dat de indirecte externe leningen binnen artikel 10a vallen. Hierna geeft de staatssecretaris een voorbeeld van de toepassing van de 'nieuwe' zakelijkheidstoets, dat zo goed als gelijk is aan de situatie in BNB 2017/156, zoals reeds weergegeven in figuur 3: een van concernfinanciering afhankelijke vennootschap wordt gefinancierd door middel van een indirecte externe lening, maar dit gebeurt door middel van een kunstmatige constructie en een onzakelijke rechtshandeling. De staatssecretaris noemt tot slot de wens om in zulke gevallen ook de zakelijkheid van de rechtshandeling te toetsen, om te voorkomen dat de rente alleen op basis van de zakelijkheid van de lening aftrekbaar is. Op geen enkel moment wordt ingegaan op het onderscheid dat met de wijziging gecreëerd wordt tussen directe en indirecte derdenfinanciering.

De staatssecretaris krijgt ten slotte in de nota naar aanleiding van het verslag van de Eerste Kamer nogmaals de kans om dit onderscheid nader toe te lichten.⁷¹ Fractieleden van het CDA vragen hem wederom naar de reden hierachter. Bovendien vragen ze de staatssecretaris om een reactie op het eerder

⁶⁸ Centraal Bureau voor de Statistiek 2018.

⁶⁹ *Kamerstukken II 2017/18*, 34785, 17.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2017/18*, 34785, 15.

⁷¹ *Kamerstukken I 2017/18*, 34785, D.

in deze paragraaf aangehaalde artikel van De Vries in het Weekblad voor Fiscaal Recht. De Vries' voornaamste kritiek ziet op de verschillende behandeling van intern en extern ingeleende gelden. Allereerst bevestigt de staatssecretaris dat directe externe financiering niet binnen de reikwijdte van artikel 10a valt. Hierna doet hij een poging de bekritiseerde distinctie toe te lichten. Volgens de staatssecretaris vloeit het verschil in behandeling tussen directe en indirecte externe leningen reeds voort uit het eerste lid van artikel 10a en is dit niet slechts het gevolg van de aanpassing van de zakelijkheidstoets. Op basis van de hoofdregel wordt al een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte derdenleningen. De eerste categorie valt nooit binnen artikel 10a, terwijl dit wel geldt voor de eerste categorie, zoals ook geoordeeld door de Hoge Raad in BNB 2017/156. Vervolgens stelt de staatssecretaris dat de omstandigheid dat een interne lening indirect afkomstig is van een derde niet afdoende is om de zakelijkheid van de rechtshandeling te veronderstellen. De staatssecretaris gaat met dit antwoord voor het eerst daadwerkelijk in op één van de vragen over de distinctie tussen directe en indirecte derdenleningen. De beantwoording roept echter opnieuw vragen op. Er wordt inderdaad reeds een onderscheid gemaakt op basis van de hoofdregel van artikel 10a, maar is dit onderscheid dan wel terecht? Zowel de directe als indirecte externe lening kunnen namelijk feitelijk afkomstig zijn van een derde. Zelfs indien dit onderscheid op basis van lid 1 terecht is, is in de parlementaire geschiedenis bepaald dat toepassing van artikel 10a alsnog achterwege kan blijven, indien in het kader van tegenbewijs paralleliteit tussen de interne en externe lening wordt geconstateerd. Hiermee is onderkend dat zo'n situatie dusdanig lijkt op een situatie van directe externe financiering dat artikel 10a geen toepassing dient te vinden en derhalve het onderscheid alsnog achterwege blijft. Anders dan de staatssecretaris lijkt te betogen, introduceert hij met de wetwijziging wel degelijk een essentieel onderscheid. In paragraaf 4.4 wordt nader ingegaan op deze bedenkingen.

4.3. Commentaren en adviezen

Net als bij de Wet werken aan winst, zoals besproken in paragraaf 3.3, is er ook bij het Belastingplan 2018 commentaar geleverd door verschillende belanghebbende partijen. Het Register Belastingadviseurs (hierna: RB) gaat in zijn reactie op het belastingplan zeer beknopt in op de wijziging van de zakelijkheidstoets in artikel 10a Wet Vpb.⁷² Volgens het RB leidt de wijziging tot een onredelijke verzwaring van de bewijslast. Artikel 8b Wet Vpb, het *at arm's length*-beginsel, biedt volgens het RB genoeg steun om de ter discussie staande financieringsstructuren te beoordelen en bestrijden. Bovendien wijst het RB op documentatieverplichtingen voor Nederlandse vennootschappen in het kader van het project *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) van de Organisatie voor Economische Samenwerking (de OESO). Daar de BEPS niet bijdraagt aan de beantwoording van de probleemstelling wordt – temeer gezien de toegestane omvang van deze scriptie – niet verder op deze problematiek ingegaan.

De NOB heeft – evenals de RB, maar uitgebreider – commentaar geleverd op het voornemen tot aanpassing van artikel 10a lid 3 sub a Wet Vpb. In het commentaar van 6 oktober 2017 constateert de NOB dat de Hoge Raad juist geoordeeld heeft in BNB 2017/156.⁷³ Directe en indirecte externe leningen zijn economisch gelijk en het past volgens de Orde bij de ratio van artikel 10a dat deze leningen van derden niet binnen het artikel vallen. De NOB benadrukt dat de wetgever vrij is om terug te komen op de eerdere benadering, zoals meermaals neergelegd in de wetsgeschiedenis, maar acht deze eerdere benadering meer in lijn met doel en strekking van artikel 10a. Bovendien zouden er ongerechtvaardigde verschillen ontstaan tussen economisch gelijke situaties. De NOB noemt onder meer de situaties waarin

⁷² Register Belastingadviseurs 2017, p.2.

⁷³ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2017, p. 7-8.

een concern gelden aantrekt via een centrale *treasury*-vennootschap. Vaak liggen hieraan zakelijke redenen ten grondslag. Deze vennootschap heeft bepaalde expertise in huis om goed te kunnen onderhandelen met externe financiers. Bovendien biedt dit volgens de Orde voordelen voor de financiers, doordat zij steeds met dezelfde partij van doen hebben. Er is dus geen sprake van een fiscale achtergrond van het op deze manier aantrekken van gelden. Wanneer de *treasury*-vennootschap de lening vervolgens doorzet naar een andere groepsmaatschappij, zou onder de 'nieuwe' tegenbewijsregeling de rente echter in aftrek beperkt kunnen worden op grond van artikel 10a. Wanneer de debiteur de gelden direct had ingeleend bij de externe partij was dit geenszins het geval geweest. De nieuwe zakelijkheidstoets leidt volgens de NOB dan ook tot een onevenwichtige uitkomst. Naar aanleiding van het verloop van de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2018 heeft de NOB op 27 oktober 2017 nader commentaar geleverd op de wijziging van artikel 10a.⁷⁴ De Orde heeft waarschijnlijk geconstateerd dat de staatssecretaris er allerminst naar neigt af te zien van de aanpassing, want wederom wordt de hiervoor uiteengezette situatie besproken. De wijziging zou het ongewenste gevolg met zich meebrengen dat debiteuren voortaan rechtstreeks leningen bij derden aangaan. De NOB dringt er tot slot dan ook met klem op aan om de wetwijziging in te trekken.

4.4. Verhouding doel en strekking artikel 10a

In paragraaf 2.3.2 zijn het doel en de strekking van artikel 10a Wet Vpb reeds benoemd. Artikel 10a dient ter voorkoming van Nederlandse grondslaguitholling door middel van kunstmatige constructies, die in feite geen verandering binnen een concern teweegbrengen. Brandsma en Van Leeuwen merken hierbij op dat deze grondslagerosie gepaard gaat met een fiscaal voordeel (of het ontbreken van een fiscaal nadeel) elders in het concern.⁷⁵ Dit is mijns inziens een juiste constatering, die ook blijkt uit het bestaan van de twee tegenbewijsregelingen in het derde lid van artikel 10a. De renteaftrekbeperking is niet van toepassing indien overwegende zakelijke overwegingen of een compenserende heffing, in combinatie met zakelijke overwegingen, aannemelijk worden gemaakt. Deze mogelijkheden tot tegenbewijs sluiten fiscale motieven en voordelen als het ware uit, waardoor de rente alsnog in aftrek toegestaan is. Dit onderbouwt het standpunt van Brandsma en Van Leeuwen. Stellen dat het doel van 10a bestaat uit het tegengaan van grondslaguitholling *an sich*, zou wijzen op een benadering per aparte vennootschap, waarbij het in de regel zelfs mogelijk zou zijn grondslaguitholling te constateren in geval van een daadwerkelijk benodigde zakelijke lening, waarbij fiscale motieven geenszins een rol spelen. Dit valt uiteraard niet binnen doel en strekking van artikel 10a.

Met het doel en de strekking van artikel 10a voor ogen, kunnen er argumenten gegeven worden ter ondersteuning van het standpunt dat de aanpassing van de tegenbewijsregeling per 1 januari 2018 het doel van het artikel dient. Mogelijk past deze aanpassing juist in de geest van artikel 10a. Wanneer binnen een concern de bedrijfseconomische behoefte bestaat om een bepaalde rechtshandeling uit te voeren, zoals een interne verhangings, dient dit uiteraard gefinancierd te worden. Het concern kan ervoor kiezen extern gelden aan te trekken en deze intern door te lenen. In zo'n geval zorgt de zakelijkheid van zowel de lening als rechtshandeling middels de tegenbewijsregeling ervoor dat de renteaftrekbeperking van artikel 10a geen toepassing vindt. Indien de zakelijkheidstoets echter slechts bestaat uit het aantonen van zakelijke overwegingen voor de interne lening, blijft het mogelijk kunstmatige constructies op te zetten. De intern doorgeleende externe lening kan gebruikt worden om onzakelijke rechtshandelingen uit te voeren. Marres beaamt dit en spreekt over gevallen waarin de 10a-rechtshandeling onderdeel uitmaakt

⁷⁴ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2017, p. 1-2.

⁷⁵ Brandsma & Van Leeuwen, *WFR* 2018/126.

van een ‘volstrekt overbodige omweg’.⁷⁶ Het tussenplaatsen van een concernvennootschap als crediteur kan, ondanks het feit dat de lening feitelijk afkomstig is van een derde, toch fiscale voordelen opleveren, terwijl de rente onder het ‘oude’ artikel 10a niet in aftrek beperkt zou zijn. Deze constructies worden tegengegaan door de wijziging van de dubbele zakelijkheidstoets. De wijziging draagt op deze manier bij aan het voorkomen van grondslagerosie in deze situaties.

Waar Marres zijn twijfels uit over de ‘oude’ tegenbewijsmogelijkheid bij uiteindelijke externe financiering, noemt hij tevens een keerzijde van en een argument tegen het niet toepassen van de zakelijkheidstoets, zoals neergelegd in de parlementaire geschiedenis en zoals bepaald door de Hoge Raad in BNB 2017/156.⁷⁷ Situaties van uiteindelijke (indirecte) externe inlening en directe externe inlening door de debiteur zijn economisch gelijk en het valt volgens Marres moeilijk in te zien, waarom deze gelijke situaties verschillend behandeld zouden worden. Hij weet op deze vraag dan ook geen antwoord te geven. Marres slaat met deze constatering de spijker op zijn kop.

Allereerst verwijs ik nogmaals naar het doel van artikel 10a Wet Vpb: het tegengaan van Nederlandse grondslaguitholling. Zoals benoemd in paragraaf 2.3 heeft de wetgever de bewuste keuze gemaakt het artikel per 1 januari 2007 slechts van toepassing te laten zijn op leningen tussen verbonden lichamen. Deze expliciete keuze om artikel 10a slechts werking te laten hebben in geval van grondslaguitholling door middel van verbonden leningen, is mijns inziens dan ook onlosmakelijk verbonden met het doel van artikel 10a. De Vries is van overeenkomstige mening en stelt dat doel en strekking van artikel 10a ‘heel duidelijk’ zijn.⁷⁸ In nauw verband hiermee staat de zoektocht van de fiscale wetgever naar de materiële werkelijkheid, die ondersteund wordt door de woorden ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ in het eerste lid van artikel 10a. Constructies om een lening niet-verbonden te laten lijken, kunnen hiermee voorzien worden. Deze materiële benadering zou dan ook consistent toegepast moeten worden. Ook bij financieringsopzetten waarbinnen een lening rechtens aan een verbonden lichaam verschuldigd is, maar feitelijk aan een derde dient de materiële werkelijkheid doorslaggevend te zijn. De conclusie lijkt eenvoudig: artikel 10a ziet slechts op verbonden leningen en er is geconstateerd dat een lening materieel gezien van een derde afkomstig is, dus de rente op de lening dient niet door artikel 10a in aftrek beperkt te worden.⁷⁹ Vanwege de wettekst in het eerste lid van artikel 10a valt deze lening echter wel binnen het bereik van het artikel, zoals ook geconstateerd door de Hoge Raad in BNB 2017/156. Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat situaties van uiteindelijke derdenfinanciering überhaupt niet binnen artikel 10a dienen te vallen. Aanpassing van het eerste lid van artikel 10a zou dan ook gewenst zijn, zoals ook Kooiman betoogt.⁸⁰ Ondanks de formulering van het eerste lid, zegevierde tot 1 januari 2018 toch de materiële werkelijkheid, door middel van de paralleliteitstoets bij de tegenbewijsregeling van lid 3 sub a. Het gebeurde wellicht niet via de juiste weg – ‘uitschakeling’ van de lening via het eerste lid – maar de uitkomst luidde alsnog dat er sprake was van feitelijke externe financiering en de rente niet in aftrek beperkt werd. Het argument van de staatssecretaris dat er reeds een onderscheid tussen deze twee gemaakt werd, op basis van de hoofdregel van artikel 10a, acht ik dan ook onvoldoende om de wetswijziging te verantwoorden. Door de wetswijziging valt de uiteindelijke derdenfinanciering toch ‘volwaardig’ binnen artikel 10a, net als de daadwerkelijk verbonden lening, waar het artikel op ziet. Hierdoor is tegenstrijdigheid veroorzaakt met doel en strekking van artikel 10a.

⁷⁶ Marres 2008, p. 156-158.

⁷⁷ Marres 2008, p. 158.

⁷⁸ De Vries, *WFR* 2017/209.

⁷⁹ Zie ook De Vries, *WFR* 2017/209.

⁸⁰ Kooiman, *NTFR* 2017/2397.

De wetswijziging brengt bovendien een onverklaarbare ongelijkheid met zich mee. Per 1 januari 2018 vallen indirecte externe leningen wel geheel, maar directe externe leningen niet binnen artikel 10a. Terwijl door middel van een parallelliteitstoets geconstateerd wordt dat deze situaties materieel gezien hetzelfde zijn, wordt er toch een onderscheid gecreëerd. Dit is mijns inziens onbegrijpelijk. Bij indirecte derdenleningen dient de zakelijkheid van de rechtshandeling aangetoond te worden, terwijl hiervan geen sprake is bij directe derdenleningen: deze vallen geheel buiten artikel 10a. Consistentie en gelijkheid zouden met zich meebrengen dat deze directe leningen ook binnen artikel 10a vallen en dat de zakelijkheid van de rechtshandeling aangetoond dient te worden, om de rente aftrekbaar te laten zijn. De redactie van Vakstudie Nieuws kwam met een vergelijkbare reactie naar aanleiding van de eerdergenoemde nota naar aanleiding van het verslag van de Eerste Kamer. Het ongerechtvaardigde verschil in behandeling bracht hen tot twee conclusies: ofwel de wetswijziging diende geen doorgang te vinden, ofwel de directe derdenleningen dienden ook binnen artikel 10a gebracht te worden.⁸¹ De strekking van de winstdrainagebepaling van artikel 10a zou echter geheel veranderen en het systeem van de wet zou hiermee flink door de war raken. Kooiman⁸² en Brandsma en Van Leeuwen⁸³ wijzen in deze context op het bestaan van de artikelen 13l en 10ad Wet Vpb, die specifiek zien op de renteaftrek en beperking hiervan bij externe leningen. Het gecreëerde onderscheid valt niet te rijmen met doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb. Brandsma en Van Leeuwen spreken dan ook van een 'weeffout', die de wetgever in het systeem van de wet heeft ingebracht.⁸⁴ Ter verduidelijking van de hiervoor genoemde standpunten van verscheidene auteurs, is in de tabel op de volgende pagina een beknopt overzicht opgenomen van het in de literatuur gegeven commentaar op de wetswijziging.

⁸¹ V-N 2017/63.2

⁸² Kooiman, *NTR* 2017/2392.

⁸³ Brandsma & Van Leeuwen, *WFR* 2018/126.

⁸⁴ Brandsma & Van Leeuwen, *WFR* 2018/126.

Tabel 2: Commentaren op de wijziging van artikel 10a lid 3 Wet Vpb

| Auteur(s) | Commentaar motivatie | Overig commentaar | Aanbeveling |
|-----------------------------------|---|--|---|
| Bouwman | <ul style="list-style-type: none"> - Te weinig nadere argumentatie, met name wat betreft budgettaire derving; - Onduidelijk verschil structurele en additionele derving. | Er is sprake van een duidelijke koerswijziging, maar ontevredenheid kabinet met BNB 2017/156 is begrijpelijk. | Aangepaste toelichting bij de wetswijziging. |
| Brandsma & Van Leeuwen | - | <ul style="list-style-type: none"> - Er is sprake van een weeffout door gecreëerd onderscheid; - Aftrekbeperkingen voor rente op externe leningen staan reeds in de artikelen 13l en 15ad Wet Vpb; - Materiële werkelijkheid staat voorop; - Artikel 10a ziet slechts op groepsleningen. | Wetsstelsel intact laten, renteaftrek tegengaan door middel van artikelen 13l en 15ad en gebruiken van <i>fraus legis</i> in geval van andere ontoelaatbare gevallen. |
| Kooiman | <ul style="list-style-type: none"> - Kastanjes uit het vuur halen voor de uitvoerende macht, bestendigen uitvoeringspraktijk; - Geen onderbouwing van de tientallen miljoenen budgettaire derving. | <ul style="list-style-type: none"> - Aftrekbeperkingen voor rente op externe leningen staan reeds in de artikelen 13l en 15ad Wet Vpb; - BNB 2017/156 terecht, omdat wetgever niet beoogd heeft feitelijke derdenleningen binnen artikel 10a te laten vallen. | <ul style="list-style-type: none"> - Reparatie van het eerste lid van artikel 10a; - Verheldering van doel en strekking artikel 10a, indien wetswijziging doorgevoerd wordt. |
| Vakstudie Nieuws | - | Geen rechtvaardiging voor gecreëerd onderscheid directe en indirecte derdenleningen. | Wetswijziging niet doorvoeren ofwel directe verbonden leningen binnen artikel 10a laten vallen. |
| De Vries | <ul style="list-style-type: none"> - 'Intrigerende' uitleg in MvT; - Kent gevallen waarin artikel 10a bij paralleliteit al wel buiten toepassing blijft; - Onduidelijkheid omtrent budgettaire en additionele derving. | <ul style="list-style-type: none"> - Majeure koerswijziging; - Er is welbewust gekozen om artikel 10a slechts op verbonden lichamen te laten zien; - Materiële realiteit is doorslaggevend; - Rechtsongelijkheid en belang concernfinancieringsmaatschappijen. | <ul style="list-style-type: none"> - Wetswijziging niet doorvoeren; - Anders artikel 10a zo vormgeven dat rente niet in aftrek beperkt wordt, indien de lening materieel van een derde afkomstig is en aan de inschakeling van een concernfinancieringsmaatschappij zakelijke redenen ten grondslag liggen. |

Een 'simpele' ontgaansmogelijkheid voor belastingplichtigen zou bestaan uit het direct aantrekken van externe leningen voor gewenste rechtshandelingen. Op die manier is de zakelijkheid van de rechtshandeling niet van belang en valt de lening niet binnen artikel 10a. Voor sommige vennootschappen is dit echter onmogelijk; zij zijn qua financiering afhankelijk van andere groepsmaatschappijen. De wetswijziging maakt de situatie voor deze bedrijven erg moeilijk en de ongelijkheid tussen directe en indirecte derdenleningen is in hun geval nog slechter te verklaren. Deze bedrijven hebben namelijk geen mogelijkheid om te ontkomen aan artikel 10a en dienen altijd de zakelijkheid van hun rechtshandeling aan te tonen. Indien de wetgever onderhavige wijziging koste wat het kost in stand wil houden, is het dan geen mogelijkheid om deze vennootschappen sowieso aan de zakelijkheidstoets te laten voldoen, in geval van uiteindelijke externe financiering? Anderzijds staat vast dat vennootschappen die zelf direct extern kunnen inlenen, vaak volstrekt zakelijke overwegingen hebben, om een concernfinancieringsvennootschap in te schakelen, zoals ook betoogd door de NOB. Deze

zakelijke overwegingen worden onder het nieuwe artikel 10a als het ware afgestraft, doordat het tussenplaatsen van de financieringsvennootschap met zich meebrengt dat de zakelijkheid van de rechtshandeling aangetoond dient te worden. De Vries pleit dan ook voor een aanpassing van de tegenbewijsregeling van artikel 10a, zodat de winstdrainagebepaling niet van toepassing is in geval van inschakeling van een concern(financierings)maatschappij op grond van in overwegende mate zakelijke, niet-fiscale motieven.⁸⁵

Het argument dat de wetswijziging in bepaalde gevallen kunstmatige grondslaguitholling tegen kan gaan, weegt mijns inziens niet op tegen de ongerechtvaardigde ongelijkheid die gecreëerd is en de onverenigbaarheid met het doel van artikel 10a. Constateren dat een lening feitelijk van een derde afkomstig is, maar deze toch binnen een artikel laten vallen, dat expliciet bedoeld is voor verbonden leningen is volgens mij onbegrijpelijk. De ongelijkheid tussen directe en indirecte externe leningen kan bovendien geenszins verantwoord worden en daarbij bestaan er reeds artikelen die zich richten op rente op externe leningen. Brandsma en Van Leeuwen merken tot slot op dat de wetgever de ontoelaatbare gekunstelde constructies beter kan bestrijden met het bijzondere rechtsmiddel *fraus legis*, dan door middel van deze wetswijziging.⁸⁶ Hoewel een beroep op dit rechtsmiddel in de Credit Suisse-zaak niet slaagde, acht ik dit inderdaad beter in overeenstemming met de winstdrainageregeling en het wetsstelsel.

4.5. Tussenconclusie

Per 1 januari 2018 heeft de wetgever door middel van een ogenschijnlijk kleine toevoeging aan de wettekst de winstdrainageregeling van artikel 10a Wet Vpb ingrijpend veranderd. In situaties waarin gelden extern worden ingeleend en binnen een concern worden doorgeleend, dient onder de nieuwe wettekst tevens de zakelijkheid aangetoond te worden van de rechtshandeling die verband houdt met de doorgeleende gelden. Op deze manier kan voldaan worden aan de tegenbewijsregeling en is de rente op de interne lening alsnog aftrekbaar. De wetgever zet hiermee het onwelgevallige arrest BNB 2017/156 opzij. Parallelliteit tussen de interne en externe lening is niet meer voldoende om aan de tegenbewijsregeling te voldoen. De wetswijziging is met name gemotiveerd door te wijzen op de huidige uitvoeringspraktijk en door te stellen dat de wetswijziging grondslaguitholling kan tegengaan. Scherpe vragen van fractieleden en commentaar van met name de NOB hebben er helaas niet toe geleid dat de wetgever de wetswijziging nogmaals kritisch geanalyseerd heeft in verhouding tot doel en strekking van artikel 10a.

Het standpunt van de staatssecretaris dat de wetswijziging grondslagerosie door kunstmatige constructies met uiteindelijke externe financiering tegengaat, is niet onjuist. In die zin wordt inderdaad aangesloten bij het doel van artikel 10a. Essentieel onderdeel van het doel van artikel 10a is echter ook, dat het artikel ziet op verbonden leningen. Met de wetswijziging zijn feitelijke externe leningen binnen artikel 10a geplaatst, wat duidt op miskenning van doel en strekking van het artikel. Bovendien is een ongerechtvaardigd verschil gecreëerd tussen directe en indirecte derdenleningen. Deze argumenten tegen de wetswijziging wegen mijns inziens zwaarder dan het argument van de staatssecretaris voor de wijziging.

De staatssecretaris rest in mijn optiek een vijftal opties. Instandhouding van de wetswijziging is de eerste optie, maar doel en strekking van 10a zouden hiermee miskend worden en het zal de staatssecretaris op nog meer kritiek komen te staan. Een tweede mogelijkheid is plaatsen van de directe

⁸⁵ De Vries, *WFR* 2017/209.

⁸⁶ Brandsma & Van Leeuwen, *WFR* 2018/126.

derdenleningen in artikel 10a, om de gecreëerde ongelijkheid op te heffen. De strekking van de winstdrainageregeling verandert hierdoor echter ingrijpend en ook artikelen die specifiek zien op renteaftrek van externe leningen zullen opnieuw beschouwd moeten worden. Hetzelfde geldt indien er een aparte winstdrainageregeling ingevoerd zou worden voor zowel directe als indirecte externe leningen. Het huidige wetsstelsel zal dan kritisch beoordeeld en waarschijnlijk aangepast moeten worden. Een betere optie is wellicht het in stand houden van de wijziging, maar deze nuanceren in het geval dat vennootschappen een zakelijke, niet-fiscale reden hebben om een concernfinancieringsvennootschap in te schakelen. Er zou dan direct aan de zakelijkheidstoets voldaan zijn. Dit neemt echter niet weg dat leningen die om niet-zakelijke redenen via een concernfinancieringsvennootschap lopen, nog steeds gekwalificeerd kunnen worden als feitelijke derdenleningen. Ook met deze aanpassing zouden leningen die materieel gezien van een derden afkomstig zijn, binnen een artikel geplaatst worden dat bedoeld is voor verbonden leningen. De beste optie is dan ook om de wetswijziging ongedaan te maken en het eerste lid van artikel 10a aan te passen. De bewoordingen in dit lid dienen te bewerkstelligen dat feitelijk verbonden leningen binnen het artikel vallen, ook wanneer zij rechtens zijn aangegaan bij een derde. De spiegelbeeldige situatie dient echter reeds in lid 1 'uitgeschakeld' te worden. Denk bijvoorbeeld aan het plaatsen van een strenge parallelliteitstoets in lid 1. Het directe verband tussen een interne en externe lening kan aangetoond worden, waarna we spreken van een externe lening in materieel opzicht, die geheel niet binnen artikel 10a valt. Een dergelijke wijziging zou in overeenstemming zijn met doel, strekking en tevens de parlementaire geschiedenis van artikel 10a. Indien de wetgever een manier zoekt om kunstmatige constructies met uiteindelijke externe financiering tegen te gaan, kan hij de oplossing wellicht zoeken in een nieuwe regeling en/of aanpassing van huidige regelingen die zien op externe financiering. In artikel 10a hoort dit in elk geval niet thuis.

5. Conclusie

Naar aanleiding van één van de zogenoemde Credit Suisse-arresten van 21 april 2017 heeft de wetgever besloten per 1 januari 2018 de tegenbewijsregeling in lid 3 sub a van artikel 10a Wet Vpb aan te passen. Dit artikel heet ook wel de winstdrainageregeling en ziet op het tegengaan van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door het weigeren van renteaftrek in geval van kunstmatige constructies. De Hoge Raad besliste dat de dubbele zakelijkheidstoets in geval van uiteindelijke externe financiering teruggebracht werd naar een enkele zakelijkheidstoets, waarvoor slechts de zakelijkheid van de – rechtens interne, maar feitelijk externe – lening aangetoond diende te worden. Voldoende paralleliteit tussen de interne en externe lening was voldoende om de rente alsnog aftrekbaar te laten zijn. In de wettekst is per 1 januari 2018 opgenomen dat de zakelijkheid van zowel de lening als rechtshandeling aangetoond dient te worden, ook in geval van uiteindelijke externe financiering. Het is de vraag waarom de wetgever het niet met het oordeel van de Hoge Raad eens is, op basis waarvan de Hoge Raad geoordeeld heeft en of de wetswijziging in overeenstemming is met doel en strekking van artikel 10a. In deze scriptie stond dan ook de volgende probleemstelling centraal:

Hoe verhoudt de wijziging van de dubbele zakelijkheidstoets in artikel 10a lid 3 sub a van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 zich tot het doel en de strekking van deze winstdrainageregeling?

Teneinde deze vraag te beantwoorden, is allereerst de totstandkoming van artikel 10a uiteengezet. Het artikel is in 1996 in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 opgenomen, deels ter codificatie en deels ter aanscherping van eerdere winstdrainagejurisprudentie. In de loop der jaren is het artikel een aantal keer gewijzigd. Artikel 10a in zijn huidige vorm is een artikel dat renteaftrek op verbonden leningen beperkt, indien zo een lening verband houdt met bepaalde besmette rechtshandelingen. De rente kan alsnog afgetrokken worden indien aan één van de twee tegenbewijsregelingen voldaan wordt. De meest recente regelgeving omtrent artikel 10a is het beleidsbesluit uit 2013. Doel en strekking van artikel 10a zijn omschreven als het voorkomen van Nederlandse grondslaguitholling door het plaatsen van verbonden rentelasten in Nederland middels kunstmatige constructies die geen feitelijke veranderingen in het concern teweegbrengen. Deze constructies bezorgen de crediteur van de interne lening een fiscaal voordeel.

Hierna is het arrest van de Hoge Raad besproken en bezien in verhouding tot de parlementaire geschiedenis van artikel 10a en het artikel 10a-besluit uit 2013. Het oordeel van de Hoge Raad is in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis; in 1996, 2005 en 2007 is over situaties van uiteindelijke externe financiering hetzelfde geoordeeld als de Hoge Raad gedaan heeft. In het beleidsbesluit uit 2013 heeft de staatssecretaris wellicht een ander standpunt willen weergeven, maar de passage over de zakelijkheidstoets is vaag. Nergens is genoemd dat de staatssecretaris gewenst heeft de opvattingen zoals neergelegd in de parlementaire geschiedenis te herzien. Op basis van de wetsgeschiedenis, literatuur en verscheidene commentaren, met name bij de Wet werken aan winst, moet het arrest van de Hoge Raad volkomen voorzienbaar zijn geweest voor de wetgever. De Hoge Raad heeft dan ook niet onjuist of onbegrijpelijk geoordeeld, maar er is sprake van gewijzigd inzicht en standpunt van de staatssecretaris.

Tot slot is de wijziging van artikel 10a lid 3 sub a bekeken in het licht van doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb. De wetgever heeft de wijziging matig gemotiveerd door te stellen dat het Credit Suisse-arrest niet in overeenstemming was met de uitvoeringspraktijk en te spreken over bepaalde budgettaire derving. De wetswijziging zou grondslaguitholling in bepaalde gevallen kunnen voorkomen. Op die manier zou de wijziging in overeenstemming met doel en strekking van artikel 10a geacht kunnen

worden. De wetgever heeft met deze wijziging echter feitelijke externe leningen binnen artikel 10a geplaatst, terwijl dit artikel ziet op verbonden leningen en bij uitstek de materiële werkelijkheid vooropstelt. Dit is beslist niet in lijn met doel en strekking van artikel 10a. Bovendien wordt er een ongegrond verschil gecreëerd tussen directe en indirecte externe leningen. De directe externe leningen vallen al direct buiten artikel 10a. De indirecte externe leningen vallen, door de zinsnede 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' in het eerste lid, wel binnen artikel 10a, maar dit werd 'gecorrigeerd' door de vereenvoudiging van de dubbele zakelijkheidstoets in geval van paralleliteit. Dit laatste aangrijppunt bij de materiële werkelijkheid is door de wetwijziging per 1 januari 2018 tenietgedaan. De wetgever is overigens al gedeeltelijk gewezen op deze kritiekpunten in commentaar van de NOB, literatuur en vragen van fractieleden tijdens de parlementaire behandeling. In reactie hierop zijn echter geen verhelderende antwoorden gegeven en is niet afgezien van de wetwijziging. De wetgever heeft uiteraard alle recht om het eerdere standpunt omtrent uiteindelijke externe financiering te herzien, maar gelet op de gecreëerde ongelijkheid en het feit dat artikel 10a ziet op feitelijk verbonden leningen, acht ik deze wijziging niet in lijn met doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb. Mijns inziens dient de wetwijziging niet alleen ongedaan gemaakt te worden, maar is ook reparatie vereist van het eerste lid van artikel 10a.

5.1. Discussie en aanbevelingen

Vanwege de beperkte omvang van deze scriptie, is een aantal kwesties niet besproken. Er is genoemd dat de Hoge Raad de toepasselijkheid van *fraus legis* naast artikel 10a Wet Vpb bevestigd heeft⁸⁷ en dat Brandsma en Van Leeuwen gewezen hebben op het gebruik van *fraus legis* in situaties van uiteindelijke derdenfinanciering,⁸⁸ maar aan de rol die *fraus legis* daadwerkelijk gespeeld heeft of kan spelen in deze gevallen is niet nader aandacht besteed. Wellicht kunnen constructies als in BNB 2017/156 bestreden worden met behulp van dit bijzondere rechtsmiddel, wat tevens de overbodigheid van de wetwijziging kan aantonen. Mijn aanbeveling op basis van het gedane onderzoek is in elk geval om de wetwijziging ongedaan te maken, aangezien deze niet consistent is met de bedoeling van artikel 10a. Bovendien pleit ik voor een wijziging van het eerste lid van dit artikel, zodat rechtens verbonden, maar feitelijk externe leningen niet langer binnen artikel 10a vallen. Door middel van een strenge paralleliteitstoets kan aangetoond worden dat er daadwerkelijk sprake is van het intern doorlenen van een externe lening. Hierdoor wordt recht gedaan aan de materiële werkelijkheid en vervalt het onderscheid tussen directe en indirecte externe leningen. Zoals hiervoor benoemd, kan het rechtsmiddel *fraus legis* mogelijk een uitkomst bieden. Zo niet, dan dient er een andere oplossing gezocht te worden, die wel recht doet aan doel en strekking van de winstdrainagebepaling. Wellicht kan deze oplossing gevonden worden in een nieuw wetsartikel of een aanpassing van huidige wetsartikelen die zien op renteaftrekbeperking bij externe leningen.

In lijn hiermee verdienen de opmerkingen van het Register Belastingadviseurs bij het Belastingplan 2018 wellicht nader onderzoek.⁸⁹ In hoeverre kan het *at arm's length-beginsel* uit artikel 8b Wet Vpb inderdaad hulp bieden bij het beoordelen en bestrijden van bepaalde financieringsstructuren? Met name interessant is de verwijzing van het RB naar het BEPS-project van de OESO. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre Europese regelgeving een oplossing kan bieden in een situatie zoals die in BNB 2017/156. Bovendien zou verdere aandacht besteed kunnen worden aan de manier waarop artikel 10a Wet Vpb en met name de dubbele zakelijkheidstoets zich verhoudt tot de Europese regelgeving,

⁸⁷ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5195.

⁸⁸ Brandsma & Van Leeuwen, *WFR* 2018/126.

⁸⁹ Register Belastingadviseurs 2017, p.2.

waaronder de *Anti-Tax Avoidance Directive* (ATAD), een richtlijn die verband houdt met het BEPS-project.⁹⁰

Tot slot is in deze scriptie niet dieper ingegaan op de parallelliteitsvoorwaarde, benodigd om aan (een gedeelte van) de zakelijkheidstoets te voldoen. Er zou kritisch naar deze voorwaarde gekeken kunnen worden, om te bepalen hoe streng deze dient te zijn, maar ook om te bepalen of dit een afdoende en noodzakelijke voorwaarde is, om te voldoen aan de zakelijkheidstoets.

⁹⁰ Richtlijn (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016, *PbEU* 2016, L 193.

Literatuurlijst

Literatuur

Bouwman, NTFR 2017/2553

J.N. Bouwman, 'Art. 10a Wet VPB 2969 gerepareerd', *NTFR* 2017/2553, afl. 42.

Brandsma & Van Leeuwen, WFR 2018/126

R.P.C.W.M. Brandsma & J.I. van Leeuwen, 'Het spel tussen de belastingplichtige en de drie machten om artikel 10a Vpb: wie heeft zijn krediet nog niet verspeeld? De Credit-Suissezaak', *WFR* 2018/126, afl. 7245.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2018

Centraal Bureau voor de Statistiek (2018, 26 maart), *Overheid; ontvangen belastingen 1995 – 2017* [Dataset], geraadpleegd via <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=82569ned>.

Elsweier & Van Strien, NTFR 2013/9

F.J. Elsweier & J. van Strien, 'Het nieuwe 'art. 10a-besluit': de teugels worden aangetrokken', *NTFR* 2013/9, afl. 5.

Faber & Van der Geld, WFR 1996/749

S.E. Faber & J.A.G. Van der Geld, 'Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur', *WFR* 1996/749, afl. 6200.

Van der Geld 2015

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2015.

Heithuis e.a., V-N 2013/19.19

E.J.W. Heithuis e.a., 'Nieuw besluit inzake de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969', *V-N* 2013/19.19, afl. 19.

Van Kemmeren, TFO 1994/21

E.C.C.M. Van Kemmeren, 'Fraus legis in de vennootschapsbelasting', *TFO* 1994/21, afl. 11.

Kok & De Vries, WFR 2014/116

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. De Vries, 'Winstdrainageperikelen', *WFR* 2014/116, afl. 7033.

Kooiman, NTFR 2017/2392

W.R. Kooiman, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2018', *NTFR* 2017/2392, afl. 39.

Marres, WFR 2004/183

O.C.R. Marres, 'Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen', *WFR* 2004/183, afl. 6563.

Marres 2005

O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek. Beoordeling van artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2005.

Marres, WFR 2008/1431

O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *WFR* 2008/1431, afl. 6793.

Marres 2008

O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek. Beoordeling van artikel 10a. Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan winst'*, Deventer: Kluwer 2008.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2006

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *NOB-commentaar op wetsvoorstel Werken aan Winst – Vpb 2007 (kamerstuknummer 30572)*, Amsterdam: Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2006.

Niessen, WFR 1984/1661

R.E.C.M. Niessen, 'Richtige heffing en fraus legis', *WFR* 1984/1661, afl. 5664.

Niessen, FED 1987/366

R.E.C.M. Niessen, 'Het einde van de richtige heffing', *FED* 1987/33, afl. 1.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2017

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het Pakket Belastingplan 2018*, Amsterdam: Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2017.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2017

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Nader Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het Pakket Belastingplan 2018*, Amsterdam: Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2017.

Register Belastingadviseurs 2017

Register Belastingadviseurs, *Reactie RB op het wetsvoorstel Belastingplan 2018 (34 785)*, Culemborg: Register Belastingadviseurs 2017.

Van Strien 2006

J. van Strien, *Renteaftrek in de vennootschapsbelasting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006.

Strik & De Vries 2010

S.A.W.J. Strik & N.H. De Vries, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

K. Jacobs (red.), *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Kluwer (online).

Vleggeert 2017

J. Vleggeert, 'Winstdrainage door renteaftrek (art. 10a)' in: B. van der Burgt e.a. (red.), *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2017, par. 2.2.3.

VNO-NCW 2006

VNO-NCW, *Commentaar VNO-NCW bij het wetsvoorstel Werken aan winst; nadere vragen en suggesties voor verbetering*, z.p.: VNO-NCW 2006.

De Vries, WFR 2017/209

R.J. de Vries, 'Winstdrainagebepaling in de vennootschapsbelasting op de schop', *WFR* 2017/209, afl. 7212.

De Werd 2017

M.M. de Werd, 'Methoden van rechtsvinding. Interpretatiemethoden en fraus legis. Het onderscheid tussen (rechts)feiten en rechtsregels' in: E. Poelmann e.a. (red.), *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2017, par. 7.0-7.5.

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 18 september 2003, ECLI:EU:C:2003:479 (*Bosal*).

Hoge Raad

HR 26 mei 1926, NJ 1926, p. 723 (*Driedagenarrest*).

HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603.

HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

HR 7 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4049

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568.

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281.

HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681.

HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682 (*Plc-arrest*).

HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB3138.

HR 6 december 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE5299.

HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5195.

HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224.

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*).

HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 9 juni 2016, ECLI:GHAMS:2016:2218.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3.

Kamerstukken II 1996/97, 24696, 8.

Kamerstukken I 1996/97, 24696, 52b.

Kamerstukken II 2005/06, 30571, 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34785, 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34785, 5.

Kamerstukken II 2017/18, 34785, 6.

Kamerstukken II 2017/18, 34785, 15.

Kamerstukken II 2017/18, 34785, 17.

Kamerstukken I 2017/18, 34785, D.

Overige stukken

Besluit Secretaris-Generaal van het Departement van Financiën van 30 april 1942, *Stb.* 1942, 402.

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

Wet van 13 december 1996, *Stb.* 1996, 651.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2006, *Stcrt.* 2006, 9.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, *Stcrt.* 2013, 8768.

Richtlijn (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016, *PbEU* 2016, L 193.