

Erasmus School of Economics (ESE)

Fiscaal Economisch Instituut (FEI)

Bachelor scriptie Fiscale Economie

**Een onderzoek naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van de
bestrijding van winstdrainage**

W.J.Q.M. (Wouter) Jansen

427255wj@student.eur.nl

Studentnummer: 427255

Begeleider: dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Tweede beoordelaar: mr. Y. Vink

Datum definitieve versie: 31-10-2020

Inhoud

Lijst met gebruikte afkortingen	4
Hoofdstuk 1	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader	7
1.3 Opbouw.....	8
1.4 Afbakening	8
Hoofdstuk 2 Winstdrainage.....	10
2.1 Inleiding.....	10
2.2 Wat is winstdrainage?	10
2.3 Doel bestrijding winstdrainage.....	11
2.4. Bestrijding van winstdrainage aan de hand van renteaftrekbeperkingen	12
2.4.1 Bosal-arrest	13
2.4.2 Thin Capitalisation	13
2.4.3 Artikel 15ad Wet VPB	15
2.4.4 Artikel 13I Wet VPB	15
2.5 Tussenconclusie.....	16
Hoofdstuk 3 Fraus Legis & artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting	18
3.1 Inleiding.....	18
3.2 Fraus legis en richtige heffing.....	18
3.2.1 Strijd met doel en strekking van de wet	19
3.2.2 Compenserende heffing	19
3.2.3 Bewust aanvaarden rechtshandeling	20
3.2.4 Feitelijk verschuldigd aan een derde	21
3.3 Artikel 10a Wet VPB	21
3.3.1 Globale werking artikel 10a Wet VPB	22
3.3.2 Artikel 10a lid 2 Wet VPB.....	23
3.3.3 Artikel 10a lid 3 Wet VPB.....	23
3.3.4 Het verbonden lichaam	24
3.4 General Anti Abuse Rule versus fraus legis.....	24
3.5 Tussenconclusie.....	25
Hoofdstuk 4 Generieke renteaftrekbevestiging.....	26
4.1 Inleiding.....	26
4.2 Aanleiding.....	26
4.3 Werking	27
4.4 Robuuste invoering?.....	28

4.5 Toepassingsproblematiek.....	30
4.5.1 Gevolgen investerings- en vestigingsklimaat.....	30
4.5.2 Handel in gestalde 15b-rentelichamen.....	30
4.5.3 Fiscale eenheid regime strijdig met EU-recht	31
4.6 Tussenconclusie.....	31
Hoofdstuk 5 Doelmatigheid en doeltreffendheid bestrijding winstdrainage	33
5.1 Inleiding.....	33
5.2 Fraus Legis naast artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting	33
5.3 Thincapregeling herinvoeren.....	36
5.4 Afschaffing artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting	37
5.5 Breken met Fraus legis	38
5.6 Earningsstrippingbepaling leidend	39
5.7 Tussenconclusie.....	41
Hoofdstuk 6 Conclusie.....	43
Geraadpleegde Literatuur	45
Rapporten	48
Parlementaire Stukken	48
Wetgeving	49
Geraadpleegde Jurisprudentie	49

Lijst met gebruikte afkortingen

ACT	Advanced Corporate Tax
A-G	advocaat-generaal
art.	artikel
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BEPS-project	Project Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
CFC	Controlled foreign company
EBITDA	Winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie
FM	Fiscale Monografieën
GAAR	General Anti Abuse Rule
Hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
m.nt.	met noot van
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MvT	memorie van toelichting
NTFR	Fiscaal Recht
P-G	procureur-generaal
p.	pagina
par.	paragraaf / paragrafen
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	rechtbank
TFO	Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag werking Europese Unie
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1

1.1 Aanleiding

Met de inwerkingtreding van de tweede Anti Tax Avoidance Directive (hierna: ATAD) per 1 januari 2020 zet de Nederlandse Staat in overeenstemming met het beleid vanuit de Europese Unie (hierna: EU) een nieuwe stap in de strijd tegen belastingontwijking. ATAD2 richt zich op internationaal opererende bedrijven, welke gebruik maken van verschillen in de fiscale stelsels tussen landen om fiscale voordelen te behalen. In de memorie van toelichting staat dat het doel is te voorkomen dat belastingplichtigen, door de verschillen tussen deze stelsels te gebruiken, een vergoeding of betaling kunnen aftrekken, zonder dat de corresponderende opbrengst ergens in de heffing wordt betrokken. Ook voorkomt deze richtlijn dat eenzelfde vergoeding of betaling meerdere keren aftrekbaar is¹.

De strijd tegen deze zogenaamde ‘hybride mismatches’ is een aanvulling op ATAD1, welke met ingang van 2019 in de Nederlandse wet is geïmplementeerd. Deze richtlijnen laten goed zien dat vanuit de EU een beleid ter bestrijding van belastingontwijking is doorgevoerd.

Zoals verplicht door ATAD1, heeft Nederland per 1 januari 2019 de earningsstrippingbepaling ingevoerd.² De Nederlandse Staat heeft de ATAD1 niet direct overgenomen zoals deze door de EU was opgesteld, maar heeft in de vorm van artikel 15b van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB) een eigen invulling van deze richtlijn in de Nederlandse wet geïmplementeerd. Bovenstaand wetsartikel laat zien dat Nederland strengere regels heeft ingevoerd dan vanuit de EU minimaal noodzakelijk was. Waar de renteaftrekbeperking in de richtlijn het hoogste bedrag is van of 30% van de EBITDA - de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie³ - of 3 miljoen euro,⁴ is dit in de Nederlandse wet 30% van de EBITDA of 1 miljoen euro.⁵

Naast artikel 15b Wet VPB kende de Nederlandse wet reeds twee rente-aftrekbeperkingen. Namelijk artikel 10a Wet VPB, een rente-aftrekbeperking ter bestrijding van winstdrainage en artikel 10b Wet VPB, ter bestrijding van laagrentende geldleningen. Artikel 10b Wet VPB beperkt de aftrek van rente betaald over geldleningen verstrekt door volgens artikel 8b Wet VPB gelieerde lichamen. Tweede voorwaarde is dat deze geldleningen geen aflossingsdatum hebben, of een aflossingstermijn van meer dan tien jaar, waarbij een verlenging van de aflossingstermijn wordt opgeteld bij de oorspronkelijke looptijd. Ook indien de vergoedingen in belangrijke mate lager zijn dan in het economisch verkeer - de vergoeding die aan een onafhankelijke derde zou worden gerekend voor een soortgelijke lening⁶ - gebruikelijk is, zal deze vergoeding in aftrek beperkt worden. Deze bepaling is slechts voor de volledigheid hier genoemd. Aangezien artikel 10b Wet VPB niet van belang is voor dit onderzoek komt dit artikel niet aanbod in deze scriptie. In geval van winstdrainage, ofwel uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag, beperkt artikel 10a Wet VPB in een aantal gevallen de aftrek van rente. Uitholling kan ontstaan doordat een belastingplichtige binnen een concern een geldlening of schulderkenning aangaat, met als doel winsten af te voeren naar laag- of niet-belaste verbonden lichamen.⁷ In dat geval wordt in Nederland renteaftrek geclaimd over de schuld aan het verbonden lichaam, zonder dat de corresponderende rentebaten in een naar Nederlandse

¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 4.*

² *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 2.*

³ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 10.*

⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 11.*

⁵ Art. 15b lid 1 Wet VPB 1969.

⁶ HR 5 februari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AX5888, BNB 1969/63.

⁷ Dit geldt ook voor verbonden personen, echter in dit onderzoek ligt de focus vooral op verbonden lichamen.

maatstaven redelijke heffing betrokken worden.⁸ Hierbij kan gedacht worden aan vrijgestelde lichamen of lichamen met hoge verrekenbare verliezen. Van belang is dat de geldlening is aangegaan ter bekostiging van een besmette handeling.⁹ Artikel 10a Wet VPB benoemt drie vormen van besmette handelingen: een verkapte dividenduitkering, een verkapte kapitaalstorting en het uitbreiden/verwerven van een belang. Gevolg hiervan is dat rente in aftrek zou kunnen worden gebracht, zonder dat de corresponderende rentebate in de heffing wordt meegenomen. Artikel 10a VPB voorkomt dat deze rente in aftrek kan worden gebracht in geval van misbruik.¹⁰

Een rechtshandeling genoemd in artikel 10a Wet VPB op zichzelf is niet besmet en leidt derhalve niet tot wetsmisbruik. Alleen als sprake is van een causaal verband tussen de geldlening en de handeling is de handeling besmet. Van misbruik is sprake indien belastingplichtige met behulp van volledig kunstmatige constructies een belastingvoordeel probeert te behalen.¹¹

Het derde lid van artikel 10a VPB stelt de belastingplichtige in het recht om tegenbewijs te leveren. Dit kan een belastingplichtige doen door aannemelijk te maken dat aan de schuld en aan de daarmee verband houdende rechtshandeling overwegend zakelijke motieven ten grondslag liggen.¹² In overwegende mate betekent dat niet het belastingvoordeel maar het zakelijke motief doorslaggevend is geweest voor de besmette handeling.¹³ Ook kan de belastingplichtige tegenbewijs leveren door aannemelijk te maken dat de rentebaten wel worden betrokken in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.¹⁴ Dit wordt ook wel de compenserende heffing genoemd.

Mochten bovenstaande drie renteaftrekbeperkingen niet opgaan, is *fraus legis* de laatste optie voor de wetgever om winstdrainage te bestrijden. *Fraus legis* als zodanig is niet in de wet opgenomen. Het wordt voor het eerst genoemd in 1926 in het drie dagenarrest.¹⁵ In een later arrest (BNB 2001/399) stelt de Hoge Raad het volgende:

‘Het in mindering op de winst komen van de rente kan echter niet worden aanvaard indien de schuld is aangegaan met als doorslaggevend motief belastingheffing te vrijdelen en dat onder omstandigheden waardoor in strijd wordt gekomen met doel en strekking van de wet.’¹⁶

Dit betekent dat twee vereisten dienen te worden getoetst. Namelijk het motiefvereiste en het normvereiste. Het motiefvereiste houdt in dat het handelen van een belastingplichtige gericht is op belastingverijdeling en het normvereiste houdt in dat dit handelen strijdig is met doel en strekking van de wet.¹⁷ Kooiman stelt dat standaardvoorwaarden voor toepassing van *fraus legis* ontbreken en dat de Hoge Raad de omstandigheden per geval bekijkt om te bepalen of de inspecteur zich kan beroepen op *fraus legis*.¹⁸ Hierbij toetst de Hoge Raad de vereisten niet apart, maar de vereisten zijn nauw met elkaar verweven.¹⁹

⁸ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.2.1.

⁹ Matoug, in: Commentaar NLFiscaal, art. 10a VPB (online, bijgewerkt 16 januari 2020).

¹⁰ Art. 10a lid 1 Wet VPB 1969.

¹¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 8, p. 70.

¹² Art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969.

¹³ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.2.3.2.

¹⁴ Art. 10a lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.

¹⁵ HR 26 mei 1926, *NJ* 1926/723.

¹⁶ HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3138, BNB 2001/399, r.o. 3.3.

¹⁷ Marres, *WFR* 2008/1431

¹⁸ Kooiman, *TFB* 2012/6.

¹⁹ Nieuwenhuizen, *WFR* 1999/159.

Naast *fraus legis* bestaat ook de *richtige heffing*, welke is opgenomen in artikel 32 van de Algemene wet inzake rijksbelasting (hierna: AWR). In tegenstelling tot *fraus legis* kan een inspecteur alleen *richtige heffing* toepassen indien hij toestemming heeft van de Minister. Een ander verschil met *fraus legis* is dat *richtige heffing* slechts gericht is op de directe belastingen en bijvoorbeeld niet de BTW dekt.²⁰ *Fraus legis* dekt niet alleen het gebied van *richtige heffing*, maar heeft een breder bereik.²¹ Om deze reden is in 1987 besloten in het vervolg geen toestemming meer te geven voor de *richtige heffing*, maar dit soort constructies te laten bestrijden met *fraus legis*.²²

1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader

Bovenstaande renteaftrekbepalingen zullen verderop in deze scriptie uitgebreider worden toegelicht. Kortgezegd is *winstdrainage* het proberen te behalen van fiscale voordelen door grondslaguitholling. In het Mauritius-arrest geeft de Hoge Raad aan dat van belang blijft dat belastingplichtigen financieringsvrijheid hebben.²³ Echter, dit betekent volgens de Staatssecretaris van Financiën niet dat deze keuzevrijheid onbeperkt is.²⁴ De laatste jaren is er veel jurisprudentie bijgekomen omtrent renteaftrekbepaling en de vraag is dan ook hoe succesvol de wetgever zich kan beroepen op de middelen tegen belastingontwijking.

In 1997 kwam met de invoering van artikel 10a Wet VPB in deze strijd een tweede stap, specifiek gericht op *winstdrainage*. De recente invoering van de *earningsstripping*bepaling doet de vraag rijzen hoe de wetgever er nu voor staat in de strijd tegen belastingontwijking, en hoe de toekomst in de strijd tegen *winstdrainage* er mogelijk uit zou kunnen zien. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

‘Hoe doeltreffend en doelmatig is de bestrijding van winstdrainage?’

De onderzoeksvraag zal worden beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- I. Wat is *winstdrainage* en waarom is *winstdrainage* vanuit het oogpunt van de wetgever onwenselijk? (Hoofdstuk 2)
- II. Hoe wordt met artikel 10a Wet VPB *winstdrainage* bestreden? (Hoofdstuk 3)
- III. Wat is *fraus legis* en wat is hiervan de invloed op *winstdrainage*? (Hoofdstuk 3)
- IV. Wat houdt de *earningsstripping*bepaling van artikel 15b Wet VPB in? (Hoofdstuk 4)
- V. Hoe doelmatig en doeltreffend is de bestrijding van *winstdrainage* door middel van artikel 10a Wet VPB, *fraus legis* en de *earningsstripping*bepaling van artikel 15b Wet VPB? (Hoofdstuk 5)

Voor de term ‘doeltreffend’ in de onderzoeksvraag wordt de definitie in de regeling periodiek evaluatieonderzoek gevolgd: ‘de mate waarin de beleidsdoelstelling dankzij de inzet van de onderzochte beleidsinstrumenten wordt gerealiseerd.’²⁵ Hiermee wordt getoetst of de aftrekbepalingen in de bestrijding van *winstdrainage* doeltreffend zijn.

²⁰ Kooiman, *TFB* 2012/6.

²¹ Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, DB87/4966, *V-N* 1987/1842.3, par. 2.

²² Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, DB87/4966, *V-N* 1987/1842.3, par. 1.

²³ HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, BNB 2015/165, r.o. 3.1.3.

²⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p.16.

²⁵ Zie de regeling van de Minister van Financiën van 15 maart 2018 (*Stcrt.* 2018, 16632).

Ook de term ‘doelmatig’ wordt overgenomen uit deze regeling: ‘de mate waarin het optimale effect tegen zo min mogelijk kosten en ongewenste neveneffecten wordt bewerkstelligd.’²⁶ Hiermee wordt getoetst hoe doelmatig de renteaftrekbeperkingen naast elkaar zijn.

1.3 Opbouw

In dit hoofdstuk is eerst het onderwerp geïntroduceerd. Ook is de aanleiding van het onderzoek beschreven. Hierbij zijn de relevantie, de onderzoeksvraag en de deelvragen naar voren gekomen. Tot slot zal dit hoofdstuk naast de opbouw van de scriptie ook de afbakening van het onderzoek bevatten.

De onderzoeksvraag zal aan de hand van de genoemde deelvraag(en) worden onderzocht. Elk hoofdstuk zal beginnen met een inleiding, waarin desbetreffende deelvragen worden herhaald. Het doel van elk hoofdstuk is een antwoord te geven op de deelvragen. Aan het eind van elk hoofdstuk volgt een tussenconclusie. Om de onderzoeksvraag en deelvragen correct te kunnen bestuderen en beantwoorden wordt de volgende structuurindeling aangehouden:

Hoofdstuk twee zal een algemene beschrijving van het begrip winstdrainage geven. Ook zullen de noodzaak (vanuit het oogpunt van de wetgever) en de historische en recente ontwikkelingen van de bestrijding van winstdrainage overzichtelijk worden besproken.

Vervolgens zal in hoofdstuk drie eerst worden uitgewerkt wat artikel 10a van de Wet VPB en *fraus legis* inhouden, om daaropvolgend de rol van zowel bovenstaand artikel als de rol van *fraus legis* in de bestrijding van winstdrainage uit te werken.

Hierna wordt in hoofdstuk vier de *earningsstripping*bepaling van artikel 15b Wet VPB uitgewerkt. Hierbij zal ook aandacht besteed worden aan de richtlijn vanuit de Europese Unie.

In hoofdstuk vijf worden de verschillen en overeenkomsten tussen *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB besproken. Er wordt onderzocht of deze maatregelen dubbelop zijn of dat ze elkaar juist goed aanvullen. Ook wordt onderzocht of *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB in de praktijk goede middelen ter bestrijding van winstdrainage zijn, of dat nog enkele aanpassingen of aanvullingen aangedragen dienen te worden. Vervolgens wordt beargumenteerd of de invoering van artikel 15b Wet VPB invloed heeft (of heeft gehad) op de al bestaande renteaftrekbeperkingen. Ook de onderlinge relatie met *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB komt aan de orde.

In hoofdstuk zes wordt het onderzoek naar de bestrijding van winstdrainage samengevat en wordt een antwoord geformuleerd op de onderzoeksvraag.

1.4 Afbakening

Deze scriptie vormt een literatuuronderzoek naar de bestrijding van winstdrainage. Dit onderzoek beperkt zich tot de Nederlandse wet. Zowel binnenlandse- als buitenlandse concernverhoudingen vallen binnen het onderzoeksveld van deze scriptie. De focus zal echter vooral liggen op concernstructuren waarbij in Nederland renteaftrek wordt geclaimd, zonder dat de rentebaten die hier tegenover staan in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing betrokken worden.

²⁶ Zie de regeling van de Minister van Financiën van 15 maart 2018 (*Stcrt.* 2018, 16632).

In dit onderzoek wordt de toepassing van naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing uit artikel 10a Wet VPB gevolgd: een naar de winst geheven belasting van minimaal 10% over naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst.²⁷

Artikel 10a Wet VPB noemt naast verbonden lichamen ook verbonden personen. Ook bij geldleningen aangegaan met verbonden personen kan sprake zijn van winstdrainage. Echter, in deze scriptie ligt de focus op verbonden lichamen.

Tot slot zal deze scriptie vooral als doel hebben om verschillende renteaftrekbeperkingen met elkaar te vergelijken en om te beoordelen welk middel (of welke combinatie van middelen) voor de wetgever het meest doeltreffend en doelmatig is/zijn in de bestrijding van winstdrainage. Bestudeerd wordt of bepaalde systemen overbodig zijn geworden. Om deze reden zal geen gedetailleerde beschrijving, maar een globaal beeld worden gegeven per renteaftrekbeperking.

²⁷ Art. 10a lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.

Hoofdstuk 2 Winstdrainage

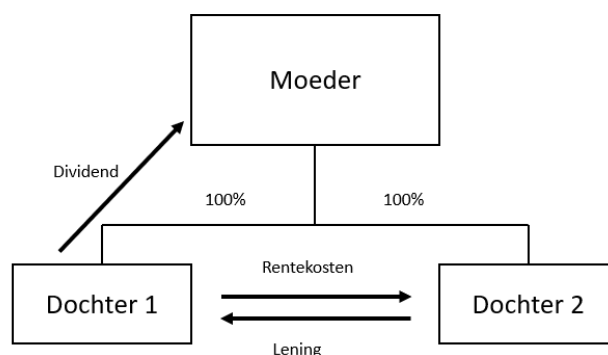
2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag wat winstdrainage is en waarom winstdrainage vanuit het oogpunt van de wetgever onwenselijk is. Het is van belang om eerst een beter begrip te krijgen van winstdrainage en vooral waarom dit onwenselijk is, voordat dieper ingegaan wordt op de bestrijding hiervan. Daarom komt in paragraaf 2.2 naar voren wat winstdrainage inhoudt. Vervolgens wordt in paragraaf 2.3 behandeld waarom winstdrainage in de ogen van de wetgever onwenselijk is. In paragraaf 2.4 komen renteaftrekbeperkingen ter bestrijding van winstdrainage in chronologisch volgorde kort aan bod. Hierbij wordt tevens aandacht besteed aan de aanleiding tot invoering en onderlinge verbanden. Ook de werking van vervallen systemen als de 'thin capitalisation rule' (hierna: thincapregeling) komen aan de orde. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte conclusie.

2.2 Wat is winstdrainage?

In hoofdstuk 1 is beschreven dat winstdrainage het uithollen van de (Nederlandse) belastinggrondslag is. Uitholling van de belastinggrondslag houdt in dat een belastingplichtige zijn of haar Nederlandse winsten wegvoert naar het buitenland waar deze winsten niet of tegen een lager tarief belast worden. Volgens de Dikke Van Dale betekent drainage 'het afvoeren van water'.²⁸ Bij winstdrainage gebeurt dit in feite met de winst. Deze wordt namelijk weggevoerd naar een plek waar de winst niet of nauwelijks belast wordt. Een manier om dit te doen is door op gekunstelde wijze rentelasten creëren die ten laste kunnen worden gebracht van de Nederlandse belastinggrondslag.²⁹ Dit wordt gedaan door constructies te creëren waarbij een schuld wordt aangegaan bij een verbonden lichaam of bij een verbonden natuurlijk persoon. Zo'n constructie is effectief als de rentebaten niet of slechts in geringe mate belast worden, terwijl de rentelasten wel op de winst in mindering kunnen worden gebracht.³⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval indien sprake is van een lager buitenlands tarief of een verrekening van openstaande buitenlandse verliezen welke anders verloren zouden gaan. Onderstaand een voorbeeld ter verduidelijking van hoe winstdrainage werkt:

Sprake is van een in Nederland gevestigde moedermaatschappij met twee dochterondernemingen. Dochter 1 is gevestigd in Nederland en Dochter 2 in een land waar geen vennootschapsbelasting of andersoortige winstbelasting wordt geheven. Dochter 2 leent € 1 miljoen aan Dochter 1 tegen 5% rente. Met deze lening wordt dividend uitgekeerd aan de Moeder. Dochter 1 betaalt € 50.000 rente aan Dochter 2.



Figuur 1: Voorbeeld Winstdrainage

²⁸ Kruyskamp 1976, p. 576.

²⁹ Matoug, in: Commentaar NLFiscaal, art. 10a VPB (online, bijgewerkt 16 januari 2020).

³⁰ Van Strien, FM 2006/119, par. 6.5.2.

Gevolg van deze constructie is dat Dochter 1 de rente kan aftrekken, zonder dat deze rentebaten bij Dochter 2 in de heffing kunnen worden betrokken. Door binnen de groep geld te lenen kan € 50.000 renteaftrek geclaimd worden, terwijl het geld binnen de groep blijft. Bovenstaand voorbeeld is slechts ter verduidelijking van het concept winstdrainage. Begrijpelijk is dat in de praktijk structuren met soms wel honderden entiteiten het vrij lastig maken om te controleren op misbruik. Met misbruik wordt bedoeld het handelen met als voornaamste doel het verkrijgen van fiscale voordelen.

In werkelijkheid zal de € 50.000 door Dochter 1 betaalde rente in aftrek worden geblokkeerd doordat de rentebaten bij Dochter 2 niet in de heffing worden betrokken. Zolang de rentebaten van een dergelijke onzakelijke geldlening belast worden bij de crediteur is er niks aan de hand. Immers ontstaat dan een situatie waarbij de lasten door de debiteur in aftrek worden gebracht en de baten bij de crediteur belast worden. Ergo, een situatie waar sprake is van een compenserende heffing. Tot de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) in het Bosal-arrest ging kon alleen sprake zijn van een compenserende heffing in zuiver binnenlandse situaties.³¹ Indien de schuldenaar wel en de schuldeiser niet in Nederland gevestigd was, kon volgens de wetgever geen renteaftrek worden geclaimd op deze schuld. Dit kwam doordat de rentebaten niet in de Nederlandse heffing werden betrokken. Het HvJ oordeelde echter dat deze regeling in strijd was met de vrijheid van vestiging.³² Dit arrest wordt verder uitgewerkt in paragraaf 2.4.1.

2.3 Doel bestrijding winstdrainage

De OESE benoemde in 2013 al dat zowel de overheid, de individuele belastingbetaler als bedrijven nadeel ervaren van winstdrainage. Zo ontvangt een overheid minder belastinginkomsten, is de belastingdruk op de andere belastingplichtigen hoger en kunnen bedrijven welke winsten wegvoeren imago schade oplopen. Multinationals kunnen, door winsten te verschuiven naar laag belaste jurisdicties, (gemakkelijker) een concurrentievoordeel behalen ten opzichte van regionaal opererende bedrijven. Dit gaat ten koste van de eerlijke competitie.³³

In het Belastingplan 2021 geeft de wetgever (wederom) aan dat 'het tegengaan van belastingontwijking een van de fiscale beleidsspeerpunten van het kabinet is'.³⁴ Dit blijkt ook uit de motivatie van de wetgever bij het voorstel om een bronbelasting in te voeren: doel is om 'te voorkomen dat Nederland nog langer wordt gebruikt als toegangspoort naar laag belastende jurisdicties en om het risico van belastingontwijking door het verschuiven van de belastinggrondslag naar laagbelastende jurisdicties te verkleinen'.³⁵ Hieruit blijkt dat de strijd tegen belastingontwijking hoog op de agenda van de wetgever staat.

Uitholling van de belastinggrondslag zorgt voor minder belastinginkomsten en een hogere belastingdruk voor andere belastingplichtigen. Ook is het in de ogen van de wetgever wenselijk dat Nederland een goed investerings- en vestigingsklimaat heeft. Indien Nederland een goed investerings- en vestigingsklimaat heeft, trekt dit niet alleen buitenlandse investeerders aan, maar is dit ook een stimulans voor Nederlandse bedrijven. Dit leidt tot meer investeringen in Nederland en meer banen voor Nederlanders.³⁶ Ook volgens de Commissie Ter Haar trekt een goed fiscaal

³¹ HvJ EU 18 september 2003, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479, BNB 2003/344.

³² Artikel 49 Verdrag werking Europese Unie.

³³ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

³⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 35572, nr. 3, p. 17.

³⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35302, nr. 3, p. 3.

³⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 35028, nr. 3, p. 2.

Een begrijpelijk en eerlijk belastingstelsel komt het investerings- en vestigingsklimaat ten goede. In het Belastingplan 2017 geeft de wetgever aan dat de fiscale wetgeving eenvoudiger kan en moet. Valkuil is dat regelgeving ter bestrijding van misbruik het belastingstelsel eerder ingewikkelder maakt dan meer begrijpelijk.³⁸ Te strenge, te veel of te onduidelijke regelgeving schrikt bedrijven en investeerders af, terwijl een stelsel met minder regels tot meer misbruik kan leiden. Een stelsel met minder regelgeving creëert mogelijkheden om aan de hand van structuren, door mazen in de wet, winsten te verschuiven naar landen met lagere of geen winstbelasting.³⁹ Staatssecretaris Vijlbrief meent dat 'iedereen een bijdrage dient te leveren aan de algemene middelen'.⁴⁰

2.4. Bestrijding van winstdrainage aan de hand van renteaftrekbeperkingen

³⁷ Rapport Commissie Ter Haar 2020, p. 29.

³⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 2.

³⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 2.

⁴⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën v

⁴¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 8.

⁴² *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 8.

⁴³ Van Ramele, in: Sdu Commentaar Vennoots

2020), par. 9.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 4.

⁴⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020.

voeren.⁴⁶ Ook was het dichten van het ‘Bosalgat’ reden voor invoering van artikel 13I Wet VPB.⁴⁷ Daarom wordt eerst dit arrest behandeld, voordat de thincapregeling in paragraaf 2.4.2 behandeld wordt. Vervolgens komen ook de vervallen aftrekbeperkingen van artikel 15ad en artikel 13I Wet VPB aan bod.

2.4.1 Bosal-arrest⁴⁸

In de casus bij het Bosal-arrest verbood Nederland aftrek van kosten die een moedervernootschap maakte in verband met een buitenlandse dochtervernootschap – een vennootschap gevestigd in een lidstaat van de EU niet zijnde Nederland – terwijl deze kosten wel in aftrek mochten worden gebracht indien deze waren gemaakt voor een binnenlandse dochter. Hierdoor ontstond een onderscheid tussen het recht op aftrek voor binnenlandse- en voor buitenlandse dochtervernootschappen. Volgens het HvJ zouden Nederlandse moedervernootschappen dan eerder kunnen kiezen om te investeren in binnenlandse dochtervernootschappen. Dit is in strijd met artikel 49 Verdrag werking Europese Unie (hierna: VwEU). Het feit dat kosten gemaakt voor buitenlandse dochtervernootschappen niet aftrekbaar waren, was in strijd met de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie. Anders gezegd, voor buitenlandse dochters moeten dezelfde regels opgaan als voor binnenlandse dochters.

2.4.2 Thin Capitalisation

In 1995 werd naast de invoering van artikel 10a ook een eventuele invoering van een thincapregeling overwogen.⁴⁹ Echter vond de wetgever meer argumenten tégen dan argumenten vóór de invoering. Zo zou het stellen van grenzen voor de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen niet perfect aan sluiten bij de economische realiteit.⁵⁰ Hierbij kan gedacht worden aan ondernemingen waarvan financiering door vreemd vermogen past in de bedrijfseconomische situatie. Ook zou dit bewerkstelligen dat belastingplichtigen hun vreemd vermogen verhogen tot het maximum. Verder zou een tegenbewijslast een extra last zijn voor het bedrijfsleven. Een laatste argument was dat het weigeren van renteaftrek in internationale verhoudingen kan leiden tot economische dubbele heffing.⁵¹

Door de uitspraak van het Hof van Justitie in de Bosal-zaak kwam hier verandering in. Deze uitspraak zorgde ervoor dat voortaan ook kosten op buitenlandse deelnemingen in aftrek konden worden gebracht. Om deze potentiële financiële schade te voorkomen voerde Nederland per 1 januari 2004 de thincapregeling in de vorm van artikel 10d Wet VPB in. Deze had als doel om ongewenste grondslagverschuiving door de aftrekbaarheid van kosten op buitenlandse deelnemingen tegen te gaan en beperkte de renteaftrek indien er een ‘teveel aan vreemd vermogen’ was.⁵² Eis hiervoor was dat financiering binnen een concern plaats vond en dat hierdoor de Nederlandse belastinggrondslag werd uitgehold. Bij een teveel aan vreemd vermogen was het deel van de rente dat in aftrek werd beperkt evenredig aan de verhouding tussen het teveel aan vreemd vermogen en het gemiddelde

⁴⁶ Vleggeert, ‘*Cursus Belastingrecht Archief, vennootschapsbelasting*,’ onderdeel 2.2.6.A(oud), (online, bijgewerkt 7 maart 2017).

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33287, nr. 7, p.24.

⁴⁸ HvJ EU 18 september 2003, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479, BNB 2003/344.

⁴⁹ Vleggeert, ‘*Cursus Belastingrecht Archief, vennootschapsbelasting*,’ onderdeel 2.2.6.A(oud), (online, bijgewerkt 7 maart 2017).

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p.10.

⁵¹ Van Dam, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 10a VPB, (online, bijgewerkt 23 maart 2020).

⁵² Vleggeert, ‘*Cursus Belastingrecht Archief, vennootschapsbelasting*,’ onderdeel 2.2.6.A(oud), (online, bijgewerkt 7 maart 2017).

vreemde vermogen.⁵³ De maximale rente die in aftrek kon worden gebracht was gelijk aan de rente die verschuldigd was over geldleningen van verbonden lichamen, verminderd met de rente die een verbonden lichaam aan de entiteit verschuldigd was.⁵⁴ Dit komt neer op de netto-renteverhouding tussen de verbonden lichamen. Daarnaast kon nooit meer rente in aftrek worden beperkt dan de daadwerkelijke rente.

Aan de hand van de vaste-ratiotoets en de concerntoets werd bepaald wat een teveel aan vreemd vermogen was. De vaste-ratiotoets hield in dat het gemiddelde vreemd vermogen maximaal drie keer het gemiddelde eigen vermogen mocht zijn. Ook diende het vreemde vermogen maximaal € 500.000 hoger te zijn dan het eigen vermogen. Indien aan minimaal één van bovenstaande eisen niet werd voldaan, gold dat er een te veel aan vreemd vermogen was. Voordeel van de vaste-ratiotoets was dat deze niet complex was. Nadeel was dat de toets geen rekening hield met de sector waarin een onderneming actief was. Immers, in sommige sectoren is financiering met vreemd vermogen veel gebruikelijker. Om deze reden gold ook nog een concerntoets.⁵⁵ De concerntoets stelde dat sprake was van een teveel aan vreemd vermogen als een belastingplichtige met relatief meer vreemd vermogen was gefinancierd dan de groep als geheel. Belastingplichtige kon opteren voor de concerntoets en zou dit over het algemeen alleen doen als de vaste-ratiotoets leidde tot een aftrekbeperking.⁵⁶

Dat de thincapregeling niet perfect werkte werd duidelijk uit een uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage in 2009. De belastingplichtige achtte de uitwerking van de thincapregeling in strijd met de redelijkheid en billijkheid van de wet.⁵⁷ In casu was sprake van een zuivere Nederlandse situatie met een teveel aan vreemd vermogen. De inspecteur meende de thincapregeling toe te mogen passen, waardoor een deel van de betaalde rente niet in aftrek mocht worden gebracht. Belastingplichtige stelde dat de inspecteur handelde naar de wet, maar deed een beroep op de hardheidsclausule. De Rechtbank gaf aan alleen de wet te kunnen toetsen en niet de redelijkheid en billijkheid van de wet en stelde de inspecteur in het gelijk.⁵⁸ De Redactie Vakstudie Nieuws merkte op dat het probleem met de thincapregeling niet de aftrekbeperking is, maar de dubbele belastingheffing die hierdoor ontstaat.⁵⁹

Rechtszaken als bovenstaande tonen aan dat belastingplichtigen menen dat de thincapregeling zorgde voor onrechtvaardige belastingheffing.⁶⁰ Daar de thincapregeling ingevoerd werd met het oog op voorkoming van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag, was de werking op zuiver binnenlandse situaties ongewenst. Ook werkte de thincapregeling niet goed samen met andere aftrekbeperkingen. In het Belastingplan 2013 werd de afschaffing als volgt toegelicht:

‘Voorgesteld wordt de onderkapitalisatieregeling (thincapregeling) af te schaffen. Deze regeling past bij nadere beschouwing niet goed bij de andere aftrekbeperkingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) die alle ten doel hebben bepaalde onwenselijke situaties te treffen waarin belastingplichtigen de grenzen hebben opgezocht. Daarnaast is gebleken

⁵³ Vleggeert, *Cursus Belastingrecht Archief, vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.2.6.A.b(oud), (online, bijgewerkt 7 maart 2017).

⁵⁴ Artikel V van de wet van 18 december 2003 (*Stb.* 2003, 526).

⁵⁵ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10d Wet Vpb 1969, aant. 5 (online, bijgewerkt 17 januari 2020).

⁵⁶ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10d Wet Vpb 1969, aant. 7 (online, bijgewerkt 17 januari 2020).

⁵⁷ Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8172, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, r.o. 3.8.

⁵⁸ Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8172, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, r.o. 3.8.

⁵⁹ Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8172, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁶⁰ Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8172, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

dat deze regeling ook belastingplichtigen uit het midden- en kleinbedrijf raakt, voor wie de regeling niet was bedoeld.’⁶¹

2.4.3 Artikel 15ad Wet VPB

Artikel 15ad beperkte de renteaftrek van vennootschap A over een door een verbonden lichaam aan vennootschap A verstrekte geldlening indien sprake was van een fiscale eenheid.⁶² Indien deze geldlening verband hield met de verkrijging van aandelen in een vennootschap welke vervolgens in een fiscale eenheid met vennootschap A gevoegd werd, kon de rente over deze geldlening alleen verrekend worden met de individuele winst van vennootschap A. Dit werd ook wel temporisering van de renteaftrek genoemd.⁶³ Deze beperking gold vanaf het boekjaar waarin de fiscale eenheid tot stand kwam en eindigde na afloop van het zevende boekjaar hierna.⁶⁴ De rente die niet in aftrek kon worden gebracht (deel van de rente dat het positieve resultaat van vennootschap A te boven ging) kon vooruit worden gewenteld. Dit kon onbeperkt en na het verloop van deze acht jaren kon de rente ten laste van het positieve resultaat van de fiscale eenheid worden gebracht.⁶⁵

De aftrekbeperking gold zowel voor gefinancierde kapitaalstortingen als gefinancierde aandelenovernames.⁶⁶ Indien dit artikel niet in de wet was opgenomen, kon een vennootschap binnen een concern een geldlening aangaan ter financiering van de werving van een andere vennootschap. De hierover betaalde rente zou dan in mindering gebracht kunnen worden op de winst van de verkregen vennootschap. Hierdoor zou door een specifieke manier van financiering aftrek gecreëerd kunnen worden. In het derde lid was hiervoor een tegenbewijsregeling opgenomen. Als bleek dat een dergelijke constructie niet was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingontwijking, vond de temporisering van de renteaftrek geen toepassing.⁶⁷

In de memorie van toelichting bij de Wet werken aan de winst stelde de staatssecretaris dat artikel 15ad werd samengevoegd met artikel 10a ter vereenvoudiging van de renteaftrekbeperkingen. Hiermee kwam de wetgever tegemoet aan de vraag van bedrijven naar een eenvoudig belastingstelsel.⁶⁸ Een duidelijk en begrijpelijk fiscaal stelsel komt op zijn beurt het investerings- en vestigingsklimaat weer ten goede. Ook in het belastingplan 2017 herhaalt de wetgever dat vereenvoudiging van het belastingstelsel een belangrijke doelstelling is.⁶⁹

2.4.4 Artikel 13l Wet VPB

Door de deelnemingsvrijstelling zijn winsten van een deelneming bij de moeder vrijgesteld voor de VPB. Door het Bosal-arrest waren kosten van een deelneming aftrekbaar bij de moedermaatschappij. Gevolg hiervan was dat bij de Nederlandse moeder geen VPB geheven werd over de winst van buitenlandse dochters, terwijl de financieringskosten wel aftrekbaar waren.⁷⁰ Er is hier dus sprake

⁶¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, nr. 3, p. 14.

⁶² Dit geldt ook voor geldleningen verstrekt door verbonden natuurlijke personen, echter in dit onderzoek ligt de focus vooral op verbonden lichamen.

⁶³ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15ad Wet Vpb 1969 (vanaf 1 januari 2003), aant. 1.1 (online, bijgewerkt 25 april 2019).

⁶⁴ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15ad Wet Vpb 1969 (vanaf 1 januari 2003), aant. 1 (online, bijgewerkt 25 april 2019).

⁶⁵ Kok, *TFO* 2003/181, par. 4.2.

⁶⁶ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15ad Wet Vpb 1969 (vanaf 1 januari 2003), aant. 1.4 (online, bijgewerkt 25 april 2019).

⁶⁷ Art. 15ad lid 3 Wet VPB 1969 (vervallen).

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 3, p. 49.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 2.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32800, nr. 17.

van aftrek, zonder dat de corresponderende baten belast worden. Dit maakte dat Kamerleden Bashir en Van Vliet een verzoek indienden om dit 'Bosalgat' te dichten.⁷¹

Het tijdelijke antwoord van de wetgever hierop volgde in 2013 met de invoering van artikel 13I wet VPB. Dit artikel beperkte de aftrek van rente op geldleningen, welke geacht werden te zijn aangegaan met het oog op de financiering van deelnemingen, indien het bedrag aan 'bovenmatige deelnemingsrente' de €750.000 euro te boven ging.⁷² Met bovenmatige deelnemingsrente werd bedoeld de 'rente verschuldigd in verband met de financiering van een deelneming.'⁷³

Waar de thincapregeling niet goed aansloot bij andere renteaftrekbeperkingen en een ongewenste werking op belastingplichtigen uit het MKB had, werkte artikel 13I Wet VPB slechts door op grotere ondernemingen. Door het drempelbedrag vielen veel kleine ondernemingen buiten de werking van dit artikel en kon aftrek op 'een bovenmatige en ongewenste financiering van deelnemingen met geldleningen' alsnog beperkt worden.⁷⁴

Met de invoering van de earningsstrippingbepaling per 1 januari 2019 (artikel 15b Wet VPB) is een stap gezet in de richting van een generiek bestrijdingsstelsel. Hierbij staat doelmatigheid hoog in het vaandel en zijn overlappende bepalingen overbodig geworden. Dit vormde aanleiding voor de wetgever om de toegevoegde waarde van het bestaan van artikel 13I naast artikel 15b onder de loep te nemen.⁷⁵ Beide artikelen hadden dusdanig veel overlap dat besloten werd om artikel 13I met ingang van 2019 te laten vervallen en te vervangen door de earningsstrippingbepaling van artikel 15b Wet VPB.⁷⁶

2.5 Tussenconclusie

Samenvattend houdt winstdrainage uitholling van de (Nederlandse) belastinggrondslag in. Dit wordt gedaan door (op gekunstelde wijze) binnen een concern een schuldverhouding te creëren, waarbij de rentebaten niet of slechts in geringe mate belast worden, terwijl de rentelasten wel op de winst in mindering kunnen worden gebracht.⁷⁷ Naast het feit dat dit de wetgever minder belastingopbrengsten oplevert, is het slecht voor de belastingmoraal, eerlijke marktconcurrentie en het investerings- en vestigingsklimaat. Een gunstig fiscaal vestigingsklimaat trekt multinationals aan, welke op hun beurt zorgen voor economische groei. Een risico hierbij is dat multinationals via constructies winsten wegvoeren uit de Nederlandse belastinggrondslag. Met bestrijding van winstdrainage probeert de overheid wel de voordelen van een fiscaal gunstig vestigingsklimaat te behalen, zonder dat hiervan misbruik gemaakt kan worden.

In 1995 gaf de wetgever de voorkeur aan de invoering van artikel 10a Wet VPB. Dit maakt het opmerkelijk dat de wetgever zich na de uitspraak van het HvJ in het Bosal-arrest zich genooddaakt voelde om per 1 januari 2004 alsnog een thincapregeling in te voeren. Indien de toepassing van de belastingwet leidt tot een onrechtvaardige uitkomst, kan de minister van Financiën op grond van de hardheidsclausule van artikel 63 AWR hiervoor een tegemoetkoming verlenen. Dat belastingplichtigen een beroep deden op deze hardheidsclausule, is een indicatie dat de thincapregeling zijn doel voorbijschoot. Dat daarnaast een goede samenwerking met de andere

⁷¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32800, nr. 17.

⁷² Artikel IV van de wet van 12 juli 2012 (*Stb.* 2012, 321)

⁷³ Bouwman & Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting* 2019, par. 6.4.1.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33287, nr. 3, p. 10-11.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 20.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 65.

⁷⁷ Van Strien, *FM* 2006/119, par. 6.5.2.

aftrekbeperingen ontbrak maakte dat besloten is deze regeling per 1 januari 2013 af te schaffen. De invoering van de thincapregeling komt op mij over als een soort noodverband, waarvan al bij invoering duidelijk was dat het geen lange termijn oplossing zou vormen.

Met de invoering van artikel 15b Wet VPB per 1 januari 2019 heeft de wetgever een nieuwe stap gezet in de strijd tegen winstdrainage. Het vervallen van de aftrekbeperingen voor de bovenmatige overnameholdingrente (artikel 15ad Wet VPB) en bovenmatige deelnemingsrente (artikel 13I Wet VPB) is in lijn met het doel renteaftrekbepalingen zo eenvoudig mogelijk te houden. In hoofdstuk drie en vier worden de huidige renteaftrekbeperingen uitgewerkt, voordat in hoofdstuk vijf alle bepalingen naast elkaar gelegd worden.

Hoofdstuk 3 Fraus Legis & artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt aanvankelijk fraus legis aan bod, waarna ingezoomd wordt op artikel 10a Wet VPB. Van beide renteaftrekbeperkingen wordt eerst de invoering behandeld. Reden van invoering van fraus legis waren de gebreken van de richtige heffing. Aan de invoering van artikel 10a Wet VPB gingen de zogenaamde winstdrainage-arresten vooraf. Na de reden van invoering komt de werking van de renteaftrekbeperkingen aan bod. Hierbij wordt aandacht besteed aan hoe het middel winstdrainage bestrijdt. Verder zal fraus legis vergeleken worden met de algemene antimisbruikbepaling (hierna: GAAR⁷⁸) uit ATAD-1. Dit hoofdstuk eindigt met een conclusie waarin een antwoord geformuleerd wordt op de vraag hoe winstdrainage bestreden wordt door fraus legis en artikel 10a Wet VPB.

3.2 Fraus legis en richtige heffing

Bestrijding van winstdrainage door renteaftrek te beperken op grond van artikel 10a Wet VPB vindt plaats sinds de invoering van dit artikel in 1997. Vóór de invoering hiervan werd winstdrainage bestreden met behulp van de richtige heffing en fraus legis.⁷⁹ Fraus legis werd al in 1926 voor het eerst genoemd door de Hoge Raad.⁸⁰ Echter, gold de richtige heffing als primaire aftrekbeperking. In BNB 1968/80 definieerde de Hoge Raad de toetsingsvereisten voor de toepassing van richtige heffing.⁸¹ Allereerst dient getoetst te worden of sprake is van belastingverijdeling. Wordt inderdaad een fiscaal voordeel behaald? Vervolgens dient getoetst te worden of het oogmerk om belasting te verijdelen doorslaggevend is. Zou een belastingplichtige soortgelijk hebben gehandeld als het fiscale voordeel niet behaald kon worden? Derde eis is dat het handelen van belastingplichtige in strijd is met doel en strekking van de wet.⁸² Belastingplichtige kan wel tegenbewijs aanleveren. Dit doet belastingplichtige door aannemelijk te maken dat verijdeling van belastingheffing niet de voornaamste reden is van de rechtshandelingen.⁸³

Sinds 1987 is de bestrijding door middel van richtige heffing definitief vervangen door bestrijding via het middel van fraus legis.⁸⁴ Dit komt, kort gezegd, doordat de inspecteur voor het toepassen van de richtige heffing toestemming van de Minister nodig had. Bovendien ging de richtige heffing alleen op bij directe belastingen.⁸⁵ Tot slot gaf de wetgever als beweegreden dat 'het toepassingsgebied van fraus legis een ruimer toepassingsgebied heeft dan de richtige heffing en dat dit toepassingsgebied mede dat van de richtige heffing omvat'.⁸⁶ Wel is de richtige heffing nog steeds in artikel 31 AWR opgenomen. De Hoge Raad neemt in BNB 1985/32 en BNB 1985/171 de toetsingsvereisten voor fraus

⁷⁸ GAAR staat voor General Anti Abuse Rule

⁷⁹ Matoug, in: Commentaar NLFiscaal, art. 10a VPB (online, bijgewerkt 16 januari 2020).

⁸⁰ HR 26 mei 1926, NJ 1926/723.

⁸¹ HR 27 december 1967, ECLI:NL:HR:19674:AX6049, BNB 1968/80.

⁸² HR 27 december 1967, ECLI:NL:HR:19674:AX6049, BNB 1968/80.

⁸³ *Vakstudie Algemeen Deel*, art. 31 AWR, aant. 2.1.5 (online, bijgewerkt 8 januari 2020).

⁸⁴ Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, DB87/4966, V-N 1987/1842.3, par. 1-3.

⁸⁵ Bouwman & Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting* 2019, par. 4.2.2.

⁸⁶ Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, DB87/4966, V-N 1987/1842, par. 1-3.

legis over van de richtige heffing: het normvereiste en motiefvereiste.⁸⁷ Het normvereiste houdt in dat het resultaat van de rechtshandeling(en) in strijd is met doel en strekking van de belastingwet. Het motiefvereiste houdt in dat vrijdeling van de belastingheffing de doorslaggevende beweegreden voor de rechtshandeling(en) is.⁸⁸ Belanghebbende kan laten zien niet aan het motiefvereiste te voldoen door aan te tonen dat zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de (rechts)handeling.

3.2.1 Strijd met doel en strekking van de wet

In BNB 1989/217 herhaalt de HR dat kosten die in strijd met doel en strekking van de wet zijn in aftrek beperkt dienen te worden.⁸⁹ In onderliggende casus werd een constructie dusdanig hervormd dat noch het uiteindelijke belang noch de feitelijke zeggenschap wezenlijk veranderd werd. De koopsom van deze interne verhangings bleef belanghebbende schuldig en zij bracht de rente op deze schuldgerekening in aftrek op haar winst. De HR stelt dat de wetgever niet beoogd heeft een aftrek te verlenen voor rente op geldleningen die generlei functie hebben in het kader van de financiering van de onderneming. Doordat betreffende geldlening geen zakelijke grondslagen heeft, oordeelt de HR dat in strijd met doel en strekking van de wet is gehandeld.⁹⁰ De Inspecteur kon succesvol een beroep doen op artikel 31 AWR (richtige heffing).⁹¹ Ook in BNB 1996/4 stond de Hoge Raad de renteaftrekbeperking toe.⁹² In onderliggende casus is een schuldverhouding gecreëerd tussen belanghebbende en haar aandeelhouder, een niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen vereniging. Belanghebbende werd vervolgens in een fiscale eenheid gevoegd bij andere dochtermaatschappijen van haar aandeelhouder. Gevolg hiervan is dat de rentekosten van belanghebbende verrekend konden worden met de winsten van andere entiteiten binnen de fiscale eenheid. Doordat de aandeelhouder niet aan de vennootschapsbelasting was onderworpen, ontstond een situatie waarin de rentekosten wel in aftrek werden gebracht, zonder dat de corresponderende baten belast werden. Deze horizontale verrekening lijkt te worden gerechtvaardigd door de werking van artikel 15 Wet VPB. Echter, beoogde de wetgever met deze regeling niet om delen van de winst buiten de belastinggrondslag te brengen. Hierdoor concludeert de HR dat belanghebbende alsnog in strijd met doel en strekking van de wet handelt en staat de HR de renteaftrek niet toe.⁹³

De hiernavolgende subparagrafen schetsen een drietal situaties waarbij de rente niet in aftrek beperkt mag worden.

3.2.2 Compenserende heffing

Als de rente in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing – de compenserende heffing – betrokken wordt, kan geen beroep worden gedaan op *fraus legis* om de rente in aftrek te beperken.⁹⁴ Dit bleek al in BNB 1993/194.⁹⁵ In casu was sprake van een rentebetaling door een Nederlandse BV

⁸⁷ HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, BNB 1985/32 en HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8319, BNB 1985/171.

⁸⁸ *Vakstudie Algemeen Deel*, art. 31 AWR, aant. 2.3.1-2.3.2 (online, bijgewerkt 8 januari 2020).

⁸⁹ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, BNB 1989/217.

⁹⁰ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, BNB 1989/217, r.o. 4.3.2-4.4.

⁹¹ In de casus gaat het om belastingjaar 1978. Hierdoor een beroep op *richtige heffing* in plaats van *fraus legis*. Motivatie van de HR om *richtige heffing* toe te staan is het strijdig handelen met doel en strekking van de wet. Gezien de wetgever dit toetsingscriterium heeft overgenomen in *fraus legis*, zou deze uitspraak standhouden voor *fraus legis*.

⁹² HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, BNB 1996/4.

⁹³ ⁹³ HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, BNB 1996/4, r.o. 3.2.6.

⁹⁴ Van Dam, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 10a VPB, (online, bijgewerkt 23 maart 2020).

⁹⁵ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281, BNB 1993/194.

aan haar Antilliaanse moedermaatschappij.⁹⁶ Deze Antilliaanse moedermaatschappij werd geacht werd in Nederland te zijn gevestigd.⁹⁷ Dit resulteerde erin dat de corresponderende rentebaten onderworpen werden aan de Nederlandse vennootschapsbelasting, waardoor geen sprake was van een met doel en strekking van de wet strijdige handeling.⁹⁸ In BNB 1996/5 verkoopt een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij haar 100% aandelenbelang in A B.V., tegen schuldigerkenning, aan haar andere 100% dochtermaatschappij B B.V, welke vervolgens samen een fiscale eenheid vormen. Deze rentekosten werden verrekend met de winst van de fiscale eenheid op grond van artikel 15 Wet VPB, terwijl een effectieve belastingheffing in het Verenigd Koninkrijk ontbrak.⁹⁹ De HR stelt dat indien de corresponderende rentebaten van een dergelijke schuld in het ontvangende land in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing betrokken wordt geen sprake is van strijd met doel en strekking van de wet.¹⁰⁰ Dat in casu de 'Advanced Corporate Tax' (hierna: ACT) verrekend wordt leidt niet tot de conclusie dat deze ACT niet geheven wordt. Hoogendoorn vindt het merkwaardig dat het Hof zich alleen richt op de in feite niet betaalde Corporation Tax en de feitelijk betaalde ACT buiten beschouwing laat.¹⁰¹ Ook plaatsvervangend procureur-generaal Van Soest meende dat de ACT een daadwerkelijk betaalde belasting was.¹⁰² Hoogendoorn stelde dat dit discussies over de aanwezigheid van een compenserende heffing oproept.¹⁰³

3.2.3 Bewust aanvaarden rechtshandeling

De wetgever kan zich niet altijd beroepen op *fraus legis*. Bijvoorbeeld als de wetgever bewust gekozen heeft om misbruik op een bepaalde manier te bestrijden kan geen beroep gedaan worden op *fraus legis*. Dit blijkt uit BNB 1990/317.¹⁰⁴ In dit arrest keerde een BV via een omweg reserves uit aan haar aandeelhouder. De inspecteur stelde dat de samenhang van handelingen resulteerde in een onbelaste dividenduitkering aan de aandeelhouder en dat dit in strijd met doel en strekking van de wet was. De wetgever had een sanctie opgenomen tegen deze onbelaste dividenduitkering, welke bewust niet gold voor aandeelhouders. De Hoge Raad oordeelde dat de inspecteur geen beroep kon doen op *fraus legis* doordat de wetgever deze sanctie bewust niet gericht had tegen aandeelhouders.¹⁰⁵ BNB 1996/3 bevestigt dit. Dit arrest betreft een herstructurering waarbij I B.V. haar dochtervennootschap X B.V. tegen schuldigerkenning aan haar zustervennootschap J B.V. overdraagt. Feitelijk verandert niets aan de verhouding tussen de uiteindelijk gerechtigden. Na deze overdracht vormen X B.V. en J B.V. een fiscale eenheid voor de VPB en werd I B.V. aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. Het Hof oordeelde dat de herstructurering ingegeven was door aandeelhoudersmotieven en niet ter financiering van de onderneming. Door het strijdig handelen met doel en strekking van de wet wordt terecht de renteaftrek beperkt.¹⁰⁶ De HR stelt dat de rentekosten van X B.V. aan I B.V. afgetrokken worden van de winst van J B.V. en dat deze kosten via de beleggingsinstelling I B.V. onbelast als dividend aan de aandeelhouders worden uitgekeerd.¹⁰⁷ Dit zou in strijd zijn met doel en strekking van de wet, ware het niet dat de gevolgen van deze

⁹⁶ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR1993:ZC5281, BNB 1993/194.

⁹⁷ Rb 's-Gravenhage 7 februari 1990, ECLI:NL:GHSGR:1990:AW6832, r.o. 6.1.

⁹⁸ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR1993:ZC5281, BNB 1993/194, r.o. 3.2

⁹⁹ HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, BNB 1996/5, r.o. 3.2.

¹⁰⁰ HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, BNB 1996/5, r.o. 3.5.

¹⁰¹ J. Hoogendoorn, annotatie bij HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3.

¹⁰² Concl. P-G A.J. van Soest, HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3, r.o. 2.14.

¹⁰³ J. Hoogendoorn, annotatie bij HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3.

¹⁰⁴ HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4329, BNB 1990/317.

¹⁰⁵ HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4329, BNB 1990/317, r.o. 4.2.

¹⁰⁶ HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3, r.o. 3.2.

¹⁰⁷ HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3, r.o. 3.4.

rechtshandeling in overeenstemming zijn met hetgeen de wetgever beoogde met de bepaling voor fiscale beleggingsinstellingen en met de horizontale verliesverrekening in de fiscale eenheid.¹⁰⁸

3.2.4 Feitelijk verschuldigd aan een derde

Als de schuld die met de acquisitie samenhangt feitelijk aangegaan is bij een derde, kan geen beroep gedaan worden op *fraus legis*.¹⁰⁹ Dit blijkt uit BNB 1996/6, waar een Noorse moedermaatschappij A een lening af sloot bij een Noorse bank ter financiering van de aankoop van B.V. B. Drie jaar later richtte A belanghebbende, C B.V., op, welke op haar beurt de alle aandelen B.V. B overkocht van A tegen schulderkenning. Vervolgens belanghebbende met B.V. B een fiscale eenheid voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. De HR stelt dat de schuldverhouding – en de hierop drukkende rente – tussen C B.V. en haar Noorse moedermaatschappij samenhangen met (het aflossen van) de schuld aan de Noorse bank.¹¹⁰ Doordat sprake is van een schuld aan een derde, is geen sprake van vrijdeling van belastingheffing bij de Noorse moedermaatschappij en kan niet gezegd worden dat deze renteaftrek in strijd komt met doel en strekking van de wet.¹¹¹ Dit is in lijn met de financieringseis welke de HR benoemt in BNB 1989/217 en BNB 2017/156.¹¹²

Samenvattend, de renteaftrek kan worden geweigerd indien een compenserende heffing ontbreekt, het behalen van een fiscaal voordeel de doorslaggevende beweegreden van de rechtshandelingen is en deze rechtshandelingen in strijd zijn met doel én strekking van de wet. Echter, heeft de wetgever bewust gekozen om deze rechtshandeling te aanvaarden en/of is de schuld feitelijk aangegaan bij een derde, dan kan de renteaftrek niet worden geweigerd.

3.3 Artikel 10a Wet VPB

In de memorie van toelichting bij de invoering van artikel 10a per 1 januari 1997 is gesteld dat het versterken van de fiscale infrastructuur van belang is voor de economie en voor duurzame werkgelegenheid in Nederland. Daarnaast is het misbruiken van het fiscale stelsel, door belasting te ontwijken met behulp van gekunstelde belastingconstructies, onwenselijk vanuit het oogpunt van de wetgever. Zo dragen deze constructies niet bij aan werkgelegenheid en bedrijfsinvesteringen, maar leiden ze tot uitholling van de belastinggrondslag. Hierdoor wordt de belastingdruk op andere belastingplichtigen hoger.¹¹³ De wetgever opteerde in 1996 aldus voor een beleid dat zich richtte op de bestrijding van belastingconstructies aan de ene kant en op het verbeteren van de fiscale infrastructuur aan de andere kant. Hierbij zouden positieve condities voor economische groei en werkgelegenheid gerealiseerd worden.¹¹⁴ Ook vond de wetgever de resultaten die met *fraus legis* bij de rechter behaald werden onvoldoende. De uitspraken van de Hoge Raad in de winstdrainage-arresten (BNB 1996/3, BNB 1996/4, BNB 1996/5 en BNB 1996/6) zorgden ervoor dat rente minder gemakkelijk in aftrek beperkt kon worden, aangezien het ontbreken van zakelijke motieven niet automatisch tot renteaftrekbeperking leidde.¹¹⁵ Dit alles vormde de aanleiding voor de wetgever om

¹⁰⁸ HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3, r.o. 3.5-3.6

¹⁰⁹ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, BNB 1989/217, r.o. 4.3.1 en HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, BNB 2017/156, r.o. 2.4.5.3.

¹¹⁰ HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668, BNB 1996/6, r.o. 3.3 en 3.6.

¹¹¹ HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668, BNB 1996/6, r.o. 3.7.

¹¹² HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, BNB 1989/217, r.o. 4.3.1 en HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, BNB 2017/156, r.o. 2.4.5.3.

¹¹³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p.2.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p.3.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p.14-15.

middels artikel 10a Wet VPB over te gaan op aanscherping en codificatie van de winstdrainagejurisprudentie¹¹⁶

3.3.1 Globale werking artikel 10a Wet VPB

Lid 1 sub a

De eerste besmette rechtshandeling welke bestreden wordt door artikel 10a is 'een winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam'.¹¹⁷ Hiermee wordt mede bedoeld de teruggave van nominaal kapitaal, agio en informeel kapitaal.¹¹⁸ Bouwman en Boer stellen dat zowel een formele dividenduitkering als een verkapte dividenduitkering als winstuitdeling wordt gezien voor artikel 10a Wet VPB.¹¹⁹ Neem bijvoorbeeld een dochteronderneming die goederen koopt van haar moeder tegen een te hoge prijs en dit bedrag schuldig blijft. Het deel van de prijs dat hoger is dan de waarde van de goederen wordt gezien als een verkapte dividenduitkering. De rente over het deel van de schuld dat betrekking heeft op het deel van de hogere prijs is dan niet aftrekbaar op basis van artikel 10a lid 1 onderdeel a.¹²⁰

Lid 1 sub b

Ook kunnen kapitaalstortingen 'door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam' worden aangemerkt als besmette handeling.¹²¹ In BNB 1957/165 stelt de Hoge Raad dat inbreng van kapitaal heeft plaats gevonden, indien een moedermaatschappij haar dochter bevoordeelt enkel op basis van haar verhouding met haar dochter.¹²² Hierbij is van belang dat de moedermaatschappij dit voordeel onder gelijke omstandigheden niet zou toekennen aan een onafhankelijke derde.¹²³ Dit is bijvoorbeeld het geval als een dochteronderneming tegen schuldigerkenning goederen met een waarde van € 1 miljoen aan haar moedermaatschappij verkoopt voor € 3 miljoen. Aan een willekeurige derde zou moeder maar € 1 miljoen betaald hebben voor de goederen. De rente over het deel van de informele kapitaalstorting (€ 2 miljoen¹²⁴) wordt volgens artikel 10a, lid 1, onderdeel b in aftrek beperkt. De rente over het overige deel (€ 1 miljoen) kan wel in aftrek worden gebracht.

Lid 1 sub c

Ook de rentekosten over schulden aan een verbonden lichaam ter financiering van de 'verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is' worden in aftrek beperkt.¹²⁵ Hieronder vallen sinds 2007 naast de interne verhangings ook externe acquisities. Hierbij wordt onder interne verhangings verstaan 'een reeds met de belastingplichtige verbonden lichaam dat wordt overgenomen met geld dat is geleend van een verbonden lichaam'.¹²⁶ Misbruik met externe acquisities, waarbij de dochter voor de verwerving of uitbreiding geen

¹¹⁶ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.2.1.

¹¹⁷ Art. 10a lid 1 sub a Wet VPB.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 5, p. 30.

¹¹⁹ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.2.2.5.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 5, p. 29.

¹²¹ Art. 10a lid 1 sub b Wet VPB.

¹²² HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, BNB 1957/165.

¹²³ HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, BNB 1957/165.

¹²⁴ De verkoopprijs van € 3 miljoen minus de waarde in het economisch verkeer van € 1 miljoen = € 2 miljoen

¹²⁵ Art. 10a lid 1 sub c Wet VPB.

¹²⁶ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.2.2.5.

verbonden lichaam was werd tot 2007 bestreden aan de hand van artikel 15ad. Een externe acquisitie is het verkrijgen of uitbreiden van een belang in een niet-verbonden lichaam dat hierdoor een verbonden lichaam wordt.¹²⁷ Het kan zijn dat een belang in meerdere stappen verkregen wordt. De staatssecretaris is van mening dat de renteaftrekbepaling in werking treedt vanaf het moment van verbondenheid, maar dat dit geldt vanaf de eerste verwerving. Hierdoor kan een belastingplichtige artikel 10a niet omzeilen door in meerdere stappen een belang te verkrijgen.¹²⁸

3.3.2 Artikel 10a lid 2 Wet VPB

Door BNB 2005/304,¹²⁹ kan sinds 2007 ook sprake zijn van een verband tussen het aangaan van de schuld en de besmette rechtshandeling indien de schuld is aangegaan nadat de rechtshandeling is verricht. Doordat in casu op het moment van aangaan van de geldlening geen voornemen was om de besmette rechtshandeling te verrichten kon er volgens de Hoge Raad geen verband zijn tussen de besmette handeling en de schuld. Hierdoor oordeelde de Hoge Raad dat uitsluiting van renteaftrek onterecht was.¹³⁰ In de memorie van toelichting geeft de staatssecretaris aan dat om te bepalen of een verband bestaat tussen de besmette handeling en schuld de feiten en omstandigheden leidend zijn. Hier wordt gesteld dat het voor de causaliteit niet van belang is of de schuld voor of na de rechtshandeling wordt aangegaan. Causaliteit zal echter minder snel aanwezig geacht worden naargelang er meer tijd zit tussen beide handelingen.¹³¹

3.3.3 Artikel 10a lid 3 Wet VPB

In het derde lid van artikel 10a is een tegenbewijsregeling opgenomen. Door aannemelijk te maken dat in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de schuld en aan de daarmee verband houdende rechtshandeling kan belastingplichtige alsnog recht op aftrek claimen. In het Mauritius-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de tegenbewijsregeling zo geïnterpreteerd moet worden dat belastingplichtige niet alleen aannemelijk maakt dat aan de rechtshandeling zakelijke motieven ten grondslag liggen, maar dat dit ook zo is voor de schuld die hiermee verband houdt.¹³² Ook uit BNB 2013/137 blijkt dat sprake is van een zogenaamde dubbele zakelijkheidstoets.¹³³ Marres merkt in zijn noot bij dit arrest op dat de HR stelt dat ongeacht of de rechtshandeling op zakelijke motieven is gebaseerd, dit niet automatisch hoeft te gelden voor financiering ervan.¹³⁴ Hierdoor kan alsnog sprake zijn van een geldlening waarvan onzakelijke motieven de doorslag geven en de rente kan dan alsnog in aftrek worden beperkt.¹³⁵

Ook kan belastingplichtige tegenbewijs leveren door aannemelijk te maken dat de corresponderende rentebaten in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing betrokken zijn. Hierbij mag geen sprake zijn van verliesverrekening en de rente wordt per saldo daadwerkelijk in een naar maatstaven redelijke heffing betrokken.¹³⁶ In het besluit van 25 maart 2013 herhaalt de staatssecretaris dat als voldaan wordt aan de dubbele zakelijkheidstoets of compenserende heffingstoets, ook wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling.¹³⁷

¹²⁷ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet Vpb 1969, aant. 10.1 (online, bijgewerkt 3 juli 2019).

¹²⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013 (*Stcrt.* 2013, 8768).

¹²⁹ HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653, BNB 2005/304

¹³⁰ HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653, BNB 2005/304, r.o. 3.4.

¹³¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p. 18.

¹³² HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, BNB 2015/165, r.o. 3.2.2.

¹³³ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137.

¹³⁴ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137, r.o. 4.2.3.1.

¹³⁵ O.C.R. Marres, annotatie bij HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137.

¹³⁶ Art 10a lid 3 Wet VPB

¹³⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013 (*Stcrt.* 2013, 8768).

Een voorbeeld waarbij belastingplichtige zich succesvol beroept op de tegenbewijsregeling is het Credit Suisse-arrest. In dit arrest stelt de Hoge Raad dat de wetgever niet als doel had om aftrek van rente over een schuld, die feitelijk is aangegaan met een derde, te beperken. Hierdoor voldoet een belastingplichtige aan de tegenbewijsregeling indien hij aannemelijk maakt dat een schuld die rehtens verschuldigd is aan een verbonden lichaam, maar in feite verschuldigd is aan een derde.¹³⁸ Dit wordt beoordeeld aan de hand van relevante omstandigheden als looptijd, aflossingsschema, rentevergoeding, omvang en tijdstip van aangaan van de lening.¹³⁹ Dit blijkt ook uit de uitspraak van Hof Den Haag van 2 oktober 2019.¹⁴⁰ In onderliggende casus is belanghebbende hoofd van de Nederlandse fiscale eenheid. Belanghebbende heeft een kapitaalstorting van haar moeder uit de Verenigde Staten gekregen en heeft met deze kapitaalstorting kapitaal gestort in een Franse SNC. Belanghebbende claimt renteaftrek in Nederland, want het geld is wel geleend van haar Amerikaanse moeder, maar deze moeder heeft het op haar beurt geleend van een Luxemburgse groepsvennootschap, welke geld heeft geleend bij een derde. Hierdoor is de kapitaalstorting van de Amerikaanse moeder, volgens belanghebbende, geen eigen vermogen, maar vreemd vermogen.¹⁴¹ Doordat belanghebbende aannemelijk maakt dat de verschuldigde lening materieel verschuldigd is aan een derde, voldoet belanghebbende volgens BNB 2017/156 (Credit Suisse) aan de tegenbewijsregeling.¹⁴²

3.3.4 Het verbonden lichaam

Artikel 10a Wet VPB richt zich op renten drukkend op schuldverhoudingen tussen verbonden lichamen aangezien deze eerder onzakelijk zijn. Daarnaast is het onwaarschijnlijk dat niet verbonden lichamen onzakelijk handelen met elkaar.¹⁴³ Het verbonden lichaam is uitgewerkt in het vierde lid van artikel 10a Wet VPB. Voor dit onderzoek wordt geen rekening gehouden met verbonden natuurlijke personen, welke in het 5^e lid van artikel 10a worden uitgewerkt.

Lichaam A is een met de belastingplichtige verbonden lichaam indien belastingplichtige een belang van ten minste 1/3 heeft in lichaam A en vice versa. Dit geldt ook indien lichaam B een belang van ten minste 1/3 heeft in belastingplichtige en lichaam A. Ook lichamen die deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid zijn verbonden lichamen. De Hoge Raad oordeelde dat voor de term belang het financiële belang doorslaggevend is. Het financiële belang is ook wel het aandeel in het gestorte aandelenkapitaal. Ondanks dat belastingplichtige minder dan 1/3 deel van de stemrechten had was in casus toch sprake van een verbonden lichaam.¹⁴⁴

3.4 General Anti Abuse Rule versus fraus legis

Een van de maatregelen uit ATAD-1 is het invoeren van een algemene antimisbruikbepaling. Deze bepaling toont dusdanig veel gelijkenissen met fraus legis dat de wetgever besloten heeft om de GAAR niet te implementeren.¹⁴⁵ Fraus legis kent het normvereiste en het motiefvereiste. De GAAR kent naast deze twee vereisten ook nog het kunstmatigheidsvereiste. Dit houdt in dat een constructie kunstmatig is als een constructie niet is opgezet op grond van zakelijke redenen die de

¹³⁸ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, BNB 2017/156, r.o. 2.4.5.3

¹³⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3, p. 18

¹⁴⁰ Hof Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2830, V-N 2020/3.10.

¹⁴¹ Casus speelt voor de invoering van de ATAD-maatregelen

¹⁴² Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2020:672, bij 3 juli 2020, r.o. 1.22

¹⁴³ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet Vpb 1969, aant. 19 (online, bijgewerkt 3 juli 2019).

¹⁴⁴ HR 8 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP1489, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, BNB 2011/156, V-N 2011/19.15

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 15.

economische realiteit weerspiegelen.¹⁴⁶ Pas als voldaan wordt aan alle drie de voorwaarden leidt de GAAR tot aftrekbeperkingen. De wetgever oordeelde dat de zakelijke redenen uit het kunstmatigheidsvereiste al terugkomen bij het motiefvereiste van *fraus legis*. Doordat met *fraus legis*, in de ogen van de wetgever, hetzelfde doel wordt bereikt als met de GAAR, hoeft de GAAR niet in de Nederlandse wet te worden geïmplementeerd.¹⁴⁷ Dit komt de doelmatigheid van de bestrijding van winstdrainage en andere vormen van belastingontwijking ten goede.

3.5 Tussenconclusie

Het doel van dit hoofdstuk was om antwoord te geven op de vraag hoe artikel 10a Wet VPB en *fraus legis* werken en hoe ze winstdrainage bestrijden. In eerste instantie bestreed de wetgever winstdrainage door middel van de richtige heffing. Deze is inmiddels vervangen door *fraus legis*. Door zich te beroepen op *fraus legis* heeft de inspecteur nog een laatste redmiddel indien een belastingplichtig handelt in strijd met doel en strekking van de wet met als doorslaggevende beweegreden belastingverijdeling. Als voldaan wordt aan onderstaande cumulatieve vereisten, kan de inspecteur zich succesvol beroepen op *fraus legis*:

1. Er mag geen compenserende heffing zijn.
2. De wetgever mag niet bewust gekozen hebben de belastingverijdeling te aanvaarden.
3. Belastingplichtige zou niet dusdanig gehandeld hebben als geen fiscaal voordeel behaald werd.
4. De rechtshandelingen zijn in strijd met doel en strekking van de wet.

Door de aanwezigheid van *fraus legis* heeft de wetgever bewust gekozen om de GAAR niet nogmaals in de wet te implementeren. Dit komt de doelmatigheid van de bestrijding van winstdrainage en andere vormen van belastingontwijking ten goede.

Per 1 januari 1997 beperkt artikel 10a de aftrek van renten op schulden, aangegaan bij een verbonden lichaam, welke verband houden met een besmette handeling. Een besmette handeling is een winstuitkering, teruggaaf van kapitaal, kapitaalstorting en/of uitbreiding of verwerving van een belang. Op deze manier probeert de wetgever constructies waarmee op gekunstelde wijze rentelasten worden gecreëerd te bestrijden. Aspecten waarmee rekening gehouden dient te worden zijn: belastingplichtige kan tegenbewijs leveren; als de schuld na de rechtshandeling plaatsvindt, kan mogelijk alsnog een verband tussen beide bestaan; is een lichaam een verbonden persoon en de aanwezigheid van een compenserende heffing. Ook geldt een dubbele zakelijkheidstoets: voor zowel de geldlening als de rechtshandeling moeten zakelijke motieven de doorslag geven. Door artikel 10a wordt voorkomen dat in Nederland aftrek wordt geclaimd, terwijl de rentebaten niet voldoende belast worden. Hierbij kan gedacht worden aan verliesverrekening die anders verloren zouden gaan of aan lagere buitenlandse tarieven. Dit zou de Nederlandse belastinggrondslag aantasten.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 14.*

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 15.*

Hoofdstuk 4 Generieke renteaftrekbeperking

4.1 Inleiding

Na in het vorige hoofdstuk aandacht te hebben besteed aan *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB, wordt in dit hoofdstuk de generieke aftrekbeperking – ook wel de *earningsstripping* bepaling genoemd – behandeld. Deze aftrekbeperking is opgenomen in artikel 15b Wet VPB en is ingevoerd naar aanleiding van de ATAD. In de rest van dit hoofdstuk wordt eerst de aanleiding van dit wetsartikel behandeld. Ten tweede komt de werking van artikel 15b Wet VPB aan bod. Vervolgens wijdt paragraaf 4.4 zich aan de robuuste invoering. Daarna wordt aandacht besteed aan (potentiële) problematiek bij de invoering. Dit hoofdstuk eindigt met een conclusie.

4.2 Aanleiding

De *earningsstripping* bepaling was een van de maatregelen uit de ATAD. Al in 2012 leidde correspondentie tussen het Europees Parlement, de Europese Raad en de Europese Commissie tot een actieplan om belastingfraude en -ontwijking strenger aan te pakken. Dit plan benadrukte de behoefte aan een gecoördineerde en brede aanpak van belastingfraude en -ontwijking, alsmede de behoefte aan de bestrijding van agressieve fiscale planning door bedrijven. Ook stelt dit rapport dat deze aanpak te moeilijk is voor één lidstaat an sich en dat daarom door alle lidstaten samen moet worden gewerkt.¹⁴⁸ Dit rapport vormde de aanleiding voor het project *Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: BEPS-project) van de OESO, met ATAD-1 en later ATAD-2 als uitkomst.

ATAD-1 kende de onderstaande maatregelen, welke per 1 januari 2019 in de nationale belastingwetten van de lidstaten opgenomen dienden te zijn:¹⁴⁹

1. CFC-regel;
2. *Earningsstripping* bepaling, ook wel de generieke renteaftrekbeperking;
3. Algemene antimisbruikbepaling (hierna: GAAR);¹⁵⁰
4. Regel voor exit heffingen.¹⁵¹

Op 20 juni 2016 werd een politiek akkoord bereikt voor het opstellen van deze richtlijn, welke al op 12 juli 2016 formeel werd aangenomen. Deze snelheid is te verklaren door de noodzaak voor internationale regelgeving op het gebied van belastingontwijking. Zo vonden verschillende lidstaten de maatregelen uit ATAD-1 gericht op misbruik aan de hand van *hybrid mismatches* te beperkt. Zo golden deze regels alleen voor mismatches binnen de EU.¹⁵² Omwille van het snel invoeren van ATAD-1 besloten deze lidstaten om toch akkoord te gaan met het voorstel. Wel werd de Europese Commissie verzocht om een voorstel voor een richtlijn om misbruik met *hybrid mismatches* met

¹⁴⁸ Mededelingen van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, Brussel, 6 december 2012, COM(2012) 722 final.

¹⁴⁹ Artikel 11 lid 1 van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van de regels ter bestrijding van belastingontwijkingsspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

¹⁵⁰ GAAR staat voor General Anti Abuse Rule

¹⁵¹ Overweging 5 van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van de regels ter bestrijding van belastingontwijkingsspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

¹⁵² Overweging 5 van Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van de Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft *hybrid mismatches* met derde landen.

derde landen op te stellen. Dit gebeurde in de vorm van ATAD-2, welke een aanvulling op ATAD-1 is op het gebied van hybridemismatches.¹⁵³ Dit laat zien dat ook andere lidstaten de noodzaak inzien van het bestrijden van belastingontwijking, alsmede een gezamenlijke aanpak.

De wetgever geeft aan dat de maatregelen uit ATAD de bestaande antimisbruikbepalingen vervangen en/of aanvullen en dat hiermee een volgende stap wordt gezet in de bestrijding van belastingontwijking.¹⁵⁴ Nederland kende al een regeling voor exit heffingen, welke op enkele punten aangepast diende te worden. Ook kende Nederland al een algemene antimisbruikbepaling in de vorm van *fraus legis*. Wel waren de invoering van de CFC-regel, de maatregel tegen het gebruik van hybride entiteiten en een earningsstrippingbepaling nieuw voor Nederland. In deze scriptie wordt alleen de doelmatigheid en doeltreffendheid van de earningsstrippingbepaling geanalyseerd.

4.3 Werking

De earningsstrippingbepaling is conform de richtlijn per 1 januari 2019 geïmplementeerd in artikel 15b Wet VPB. De bepaling geldt voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2019.¹⁵⁵ Hoofddregel van de earningsstrippingbepaling is dat het rentesaldo in aftrek mag worden gebracht tot het hoogste bedrag van ofwel 30% van de gecorrigeerde winst ofwel 1 miljoen euro.¹⁵⁶ Het saldo aan rente is gelijk aan het bedrag aan rentelasten minus het bedrag aan rentebaten en minimaal gelijk aan nihil. De gecorrigeerde winst is gelijk aan de EBITDA¹⁵⁷ van de belastingplichtige. Onderstaand drie voorbeeldsituaties ontleend aan de memorie van toelichting bij de invoering van artikel 15b:

1. 'Bij een saldo aan renten van € 0,7 miljoen en een maximale aftrekkapaciteit (30% van de EBITDA) van € 0,5 miljoen is bij een drempel van € 1 miljoen het totale saldo aan renten van € 0,7 miljoen aftrekbaar.
2. Bij een saldo aan renten van € 1,7 miljoen en een maximale aftrekkapaciteit (30% van de EBITDA) van € 0,5 miljoen is bij een drempel van € 1 miljoen € 0,7 miljoen in het betreffende jaar van aftrek uitgesloten.
3. Bij een saldo aan renten van € 1,7 miljoen en een maximale aftrekkapaciteit (30% van de EBITDA) van € 1,5 miljoen, is € 0,2 miljoen in het betreffende jaar van aftrek uitgesloten. Aangezien de drempel van € 1 miljoen lager is dan de aftrekkapaciteit van 30% van de EBITDA is de drempel van € 1 miljoen in dit geval niet relevant.'¹⁵⁸

De wetgever heeft ervoor gekozen om belastingplichtigen het niet-aftrekbare saldo aan renten onbeperkt vooruit te kunnen laten wentelen. Het niet-aftrekbare saldo aan renten is het saldo aan renten dat niet in aftrek kan worden gebracht. Ook kan het zo zijn dat de aftrekbare ruimte niet volledig benut kan worden in een jaar. Onderstaand een voorbeeld:

Bij X BV resteert in jaar 1 een saldo aan niet-aftrekbare renten van € 10 miljoen. Dit bedrag kan onbeperkt worden voortgewenteld. In jaar 2 bedraagt de gecorrigeerde winst € 100 miljoen, wat leidt tot een maximale aftrekkapaciteit van € 30 miljoen. Echter, het saldo aan renten van X BV in jaar 2 is slechts € 25 miljoen, waardoor een bedrag van € 5 miljoen aan rentecapaciteit resteert. Een saldo gelijk aan dit bedrag kan worden voortgewenteld vanuit

¹⁵³ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 2.*

¹⁵⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 2.*

¹⁵⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 14.*

¹⁵⁶ Artikel 15b lid 1 Wet VPB.

¹⁵⁷ EBITDA is de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 12.*

jaar 1 en in jaar 2 in aftrek worden gebracht. Hierdoor wordt in totaal € 30 miljoen in jaar 2 in aftrek gebracht en resteert na afloop van jaar 2 nog € 5 miljoen saldo aan renten uit jaar 1. Dit resterende saldo zal in latere jaren op een soortgelijke manier in aftrek kunnen worden gebracht (mits voldoende rentecapaciteit ontstaat).¹⁵⁹

Reeds bestaande Nederlandse aftrekbeperkingen beperkten de aftrek van rente indien deze samenhang met bepaalde transacties. De earningsstrippingbepaling geldt voor elke belastingplichtige in de vennootschapsbelasting, ongeacht waarmee de rente samenhangt.¹⁶⁰ Echter, de bepaling heeft een minimumbedrag aan rente dat afgetrokken mag worden, hierdoor richt deze regeling zich vooral op grote multinationals.¹⁶¹ Grote multinationals kunnen gemakkelijker misbruik maken van de verschillen in fiscale stelsels van landen. Door de aftrekbaarheid van de rente op deze leningen kunnen winsten en verliezen verschoven worden binnen het concern. Door Nederlandse winsten te verschuiven naar concernvennootschappen in laagbelastende jurisdicties en kosten en verliezen te verschuiven naar Nederland wordt de Nederlandse grondslag uitgehold.¹⁶²

4.4 Robuuste invoering?

De wetgever heeft geopteerd voor een robuuste uitvoering van de earningsstrippingbepaling. Dit houdt in dat de bepaling in Nederland strikter is ingevoerd dan de minimeisen uit de richtlijn.¹⁶³ De richtlijn geeft mogelijkheden tot het vormen van een overgangsregeling, tot het creëren van uitzonderingen voor op zichzelf staande entiteiten, voor banken en verzekeraars en tot het invoeren van een groepsescape.¹⁶⁴ Dit heeft Nederland allemaal niet of beperkt ingevoerd. Dit laat zien dat gekozen is voor een robuuste bepaling. Zo meent de wetgever dat banken en verzekeraars over het algemeen tot fiscale eenheden behoren welke per saldo meer renten ontvangen dan betalen. Aangezien de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid wordt toegepast, acht de wetgever het niet nodig om een uitzondering voor banken en verzekeraars op te nemen.¹⁶⁵ Ook de groepsescape, welke bestaat uit de eigenvermogensuitzondering en de EBITDA-uitzondering, is niet opgenomen in de wet. Deze uitzondering houdt in dat als de financieringsratio betreffende de EBITDA of het eigen vermogen van een entiteit niet afwijkt van de ratio van de groep als geheel, de rente alsnog kan worden afgetrokken.¹⁶⁶ Bovendien heeft Nederland, in tegenstelling tot veel andere lidstaten¹⁶⁷, het minimale rentebedrag dat in aftrek mag worden gebracht verlaagd van € 3 miljoen naar 1 miljoen euro. Dit is in overeenstemming met de richtlijn, waarin gesteld wordt dat 'lidstaten het vaste drempelbedrag kunnen verlagen om zo een hoger beschermingsniveau voor hun binnenlandse belastinggrondslag te garanderen'.¹⁶⁸ Hierdoor werkt de regeling vooral bij grote multinationals, terwijl kleinere belastingplichtigen er geen hinder van ondervinden. Ook heeft deze robuuste invoering als bijkomend voordeel dat reeds bestaande aftrekbeperkingen als de bovenmatige deelnemingsrente (artikel 13I Wet VPB) en bovenmatige overnamerente (artikel 15ad

¹⁵⁹ Voorbeeld ontleend aan: Bouwman en Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 8-9.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 11.

¹⁶² *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 8.

¹⁶³ Van Ramele, in: Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting, art. 15b VPB, (online, bijgewerkt 22 augustus 2020), par. 1.2.

¹⁶⁴ Overweging 8 van Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 12-13.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 11.

¹⁶⁷ Verslag over de uitvoering van Richtlijn (EU) 2016/1164, par. 3.1.

¹⁶⁸ Overweging 8 van Richtlijn (EU) 2016/1164.

Wet VPB) konden worden afgeschaft. Dit komt de doelmatigheid van de bestrijding van winstdrainage en andere vormen van belastingontwijking en -ontduiking ten goede.¹⁶⁹

De wetgever noemt, naast het bestrijden van winstdrainage, als belangrijkste reden voor de robuuste invoering, dat deze robuuste invoering de behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen meer gelijktrekt. In het geval van vreemd vermogen bestond voor de invoering van artikel 15b Wet VPB wel een recht op aftrek van de rente, terwijl dividend op eigen vermogen niet aftrekbaar is. Hierdoor is het financieren van een onderneming met vreemd vermogen relatief goedkoper dan het financieren met eigen vermogen.¹⁷⁰ Door een generieke renteaftrekbeperking op vreemd vermogen in te voeren poogde de wetgever de financieringen gelijk te trekken.

De wetgever verwacht dat door een in zijn ogen robuuste implementatie, bedrijven meer gaan financieren met eigen vermogen, waardoor het bedrijfsleven en de economie minder conjunctuurgevoelig zijn.¹⁷¹ Ook het verlagen van de drempel naar € 1 miljoen heeft een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen als doel. Immers, vanaf dit drempelbedrag wordt het vreemde vermogen in aftrek beperkt en hetzelfde behandeld als eigen vermogen. Een hogere drempel zorgt ervoor dat de ongelijke behandeling voor meer belastingplichtigen blijft bestaan. Een te lage (of zelfs geen) drempel zorgt ervoor dat minder vermogende belastingplichtigen ook geraakt worden door deze beperking.¹⁷² Hoewel het tegengaan van grondslaguitholling de aanleiding vormde voor het implementeren van earningsstrippingbepaling, was de robuuste invoering voornamelijk te wijten aan de wens van de wetgever om eigen vermogen en vreemd vermogen meer gelijk te behandelen.

Smit gelooft niet dat de earningsstrippingbepaling het juiste middel is om het verschil in behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen gelijk te trekken. Wel erkent hij de noodzaak om dit verschil te vereffen. Immers, door wel aftrekrecht op financiering met vreemd vermogen te faciliteren, maar niet op financiering via eigen vermogen stuurt de wetgever naar financiering middels vreemd vermogen. Gevolg hiervan is een schuldeneconomie, welke gevoeliger is voor conjunctuurschokken.¹⁷³ Commissie Ter Haar stelt dat doordat de VPB een voorheffing is op het rendement van aandeelhouders, het logisch is dat kosten van vreemd vermogen wel aftrekbaar zijn, maar dividenden niet. Immers, dividenden zijn vergoedingen voor het verstrekken van eigen vermogen.¹⁷⁴ Ook de Commissie benoemt de drang van bedrijven om te financieren met vreemd vermogen een gevolg van het verschil in behandeling ten opzichte van eigen vermogen. Gevolg is een meer dan optimale financieringen met vreemd vermogen. Een ander gevolg is winstverschuiving. Multinationals kunnen hun winsten verschuiven middels groepsleningen. Om de financieringskosten voor vreemd vermogen te verhogen adviseert de Commissie om het aftrekpercentage te verlagen naar 25% van EBITDA.¹⁷⁵

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 21.*

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.*

¹⁷¹ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.5.1.

¹⁷² *Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 11.*

¹⁷³ Smit, *MBB 2018/11-11/25*.

¹⁷⁴ Rapport Commissie Ter Haar 2020, p. 75.

¹⁷⁵ Rapport Commissie Ter Haar 2020, p. 119.

4.5 Toepassingsproblematiek

De robuuste invoering van de earningsstrippingbepaling gaat verder dan de minimumeisen die in ATAD zijn opgenomen. In het stuk hiervoor is uitgelegd waarom de wetgever hiervoor koos. In de volgende subparagrafen komen potentiële problemen van de (robuuste) earningsstrippingbepaling aan de orde.

4.5.1 Gevolgen investerings- en vestigingsklimaat

Zoals aangegeven in hoofdstuk 2, dient de werkgever een trade-off te maken tussen een strenger belastingsysteem en een goed vestigingsklimaat. De robuuste invoering houdt in dat Nederland strengere regels heeft dan andere lidstaten op het gebied van de renteaftrekbeperkingen. Door deze maatregel wordt de grondslag verbreed, waardoor bedrijven eerder en/of met meer winst binnen de belastinggrondslag vallen. Hierdoor is het voor bedrijven voordeliger om te investeren en zich te vestigen in lidstaten met minder strenge regelgeving. De robuuste invoering komt het investerings-vestigingsklimaat dan ook niet ten goede.¹⁷⁶ Deze grondslagverbreding wordt door de wetgever gecompenseerd met een stapsgewijze tariefsverlaging in de vennootschapsbelasting.¹⁷⁷ Ook Commissie Ter Haar adviseert een verlaging van het VPB-tarief als compensatie voor het vestigingsklimaat.¹⁷⁸ Opmerkelijk is dat geen overgangsregeling is getroffen bij de invoering van artikel 15b Wet PVB, terwijl de tariefsverlaging wel stapsgewijs gebeurt. Smit merkte op dat het invoeren van een hogere drempel, welke stapsgewijs afgebouwd wordt naar € 1 miljoen beter verenigbaar is met de tariefsverlaging.¹⁷⁹ Echter, de wetgever heeft besloten het tarief per 1 januari 2021 niet te verlagen.¹⁸⁰ Hierdoor is wel de grondslagverbreding doorgevoerd, maar niet de compenserende regeling, wat het vestigingsklimaat niet ten goede komt. In mijn ogen lijkt dat het stapsgewijs invoeren zoals Smit voorstelde een betere manier was geweest.

4.5.2 Handel in gestalde 15b-rentelichamen

Indien een saldo aan rente door de earningsstrippingbepaling in aftrek beperkt wordt, kan dit onbeperkt worden voortgewenteld. Dit maakte dat een markt kan ontstaan voor handel in lichamen met een te verrekenen rentesaldo. Post keek voor de invoering van de earningsstrippingbepaling naar de Duitse earningsstrippingbepaling. Hier zag hij een antimisbruikbepaling die bij een kwalificerende belangenwijziging de gestalde rente weigerde en hij adviseerde de wetgever om eenzelfde bepaling op te nemen.¹⁸¹ In de vorm van artikel 15ba Wet VPB heeft de wetgever dit opgenomen. Doel van dit artikel is handel in dergelijke lichamen te voorkomen. Indien het belang in de belastingplichtige waarin de gestalde rente zit in belangrijke mate (minimaal 30%) is gewijzigd, vervalt de hierin gestalde rente.¹⁸² Deze gestalde rente dient in chronologische volgorde verrekend te worden. Dit is vooral van belang bij de misbruikbepaling. De mate van belangenwijziging is immers ten opzichte van het einde van het oudste boekjaar waarin nog rente staat gestald.¹⁸³ Deze bepaling kent een uitzondering om gevallen waarin geen misbruik nagestreefd werd te vrijwaren. Deze bepaling volgt grotendeels de maatregel tegen handel in verlieslichamen (artikel 20a Wet VPB).¹⁸⁴

¹⁷⁶ Bouwman & Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting 2019, par. 4.5.1.

¹⁷⁷ Van Ramele, in: Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting, art. 15b VPB, (online, bijgewerkt 22 augustus 2020), par. 9.

¹⁷⁸ Rapport Commissie Ter Haar 2020, p. 133.

¹⁷⁹ Smit, *MBB* 2018/11-11/25.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2020/21, 35572, nr. 3, p. 20.

¹⁸¹ Post, *NTFR* 2018/1579.

¹⁸² *Kamerstukken II* 2018/19, 35028 nr. 3, p. 79-81.

¹⁸³ Ruijschop, *NTFR* 2019/14.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028 nr. 3, p. 28-29.

4.5.3 Fiscale eenheid regime strijdig met EU-recht

Een potentieel probleem is dat een robuuste invoering van de earningsstrippingbepaling zou kunnen leiden tot strijdigheid met de Europese vrijheden. Zo kunnen binnenlandse belastingplichtigen een fiscale eenheid vormen voor de vennootschapsbelasting, terwijl buitenlands vennootschappen niet in deze fiscale eenheid kunnen worden gevoegd. Binnen een fiscale eenheid kunnen salderingsvoordelen worden behaald, waardoor binnenlandse gevallen beter behandeld worden dan grensoverschrijdende situaties.¹⁸⁵ In BNB 2019/17 oordeelt de Hoge Raad dat per element van de fiscale eenheid getoetst moet worden of sprake is van een ongelijke behandeling.¹⁸⁶ Marres acht hier geen strijdigheid met de per element-benadering aanwezig omdat 'het nadeel niet wordt veroorzaakt door de fiscale eenheid, maar door art. 15b Wet VPB 1969 in combinatie met de objectvrijstelling'.¹⁸⁷ Ook stelt hij dat verrekening van interne rentelasten en baten binnen de fiscale eenheid per saldo geen voordeel oplevert.¹⁸⁸ Bovendien is de Nederlandse wetgeving conform de richtlijn, waardoor de belemmering dient toegeschreven te worden aan de Richtlijn zelf.¹⁸⁹ Marres meent dat deze belemmering gerechtvaardigd wordt door de doelstellingen van ATAD-1. Ook Smit meent dat de belemmering van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd wordt door de doelstelling van de regeling. Daarnaast voert hij het territorialiteitsbeginsel en coherentie van het belastingsysteem als rechtvaardigingsgronden aan.¹⁹⁰ Echter, Van der Zeijden en Van Miero menen dat de werking van het fiscale-eenheidsregime naast de earningsstrippingbepaling in beginsel leidt tot een belemmering van de vrijheid van vestiging. Ze zien drie potentiële rechtvaardigingsgronden voor deze belemmering: de coherentie van het belastingsysteem, een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het bestrijden van misbruik.¹⁹¹ Van der Zeijden en Van Miero ontkrachten deze rechtvaardigingsgronden en menen dat deze samenloop strijdig is met de vrijheid van vestiging. Marres acht de belemmering wel gerechtvaardigd en veronderstelt hiermee geen strijdigheid met de vrijheid van vestiging.¹⁹² Ook Commissie Ter Haar meldt dat discutabel is of samenloop tussen het fiscale-eenheidsregime en de earningsstrippingbepaling wel of niet strijdig is met het EU-recht.¹⁹³

4.6 Tussenconclusie

Al sinds 2012 is zowel op Europees vlak als wereldwijd de behoefte om winstverschuiving gezamenlijk aan te pakken. Na enkele aanbevelingsrapporten kwam de Europese Commissie in 2016 met een richtlijn voor de gezamenlijke aanpak van winstverschuivingen en grondslaguitholling: ATAD-1. Hierdoor zijn met ingang van 2019 nieuwe aftrekbeperkingen ingevoerd, met de earningsstrippingbepaling als meest relevante voor deze scriptie. Deze generieke aftrekbeperking maakte reeds bestaande aftrekbeperkingen zoals de bovenmatige deelnemingsrente (artikel 13l Wet VPB) en bovenmatige overnamerente (artikel 15ad Wet VPB) overbodig. De earningsstrippingbepaling beperkt de aftrek van het saldo aan rente tot het hoogste bedrag van of maximaal 30% van de gecorrigeerde winst of maximaal 1 miljoen euro.

¹⁸⁵ Marres, *NTFR* 2019/3022.

¹⁸⁶ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018::1968, BNB 2019/17, r.o. 2.4.1.

¹⁸⁷ Marres, *NTFR* 2019/3022.

¹⁸⁸ Marres, *NTFR* 2019/3022.

¹⁸⁹ Marres, *NTFR* 2019/3022.

¹⁹⁰ Smit, *MBB* 2018/11-11/25, par. 4.

¹⁹¹ Van der Zeijden & Van Mierlo, *MBB* 2019/2-8, par. 4.3-4.5.

¹⁹² Marres, *NTFR* 2019/3022.

¹⁹³ Rapport Commissie Ter Haar 2020, p. 119.

Naast het bestrijden van winstdrainage was het egaliseren van het verschil in fiscale behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen reden voor de wetgever om te opteren voor een robuuste invoering. Dit uit zich in een aanscherpingen op de minimumeisen uit ATAD. Zo geeft de richtlijn mogelijkheden tot het vormen van een overgangsregeling, tot het creëren van uitzonderingen voor op zichzelf staande entiteiten, voor banken en verzekeraars en tot het invoeren van een groepsescape. Dit heeft Nederland allemaal niet of beperkt ingevoerd. Ook heeft Nederland een drempel van € 1 miljoen euro ingevoerd, waar de meeste lidstaten de minimumdrempel van € 3 miljoen uit ATAD hebben overgenomen. Dat de wetgever opteert voor een robuuste implementatie komt het investerings- en vestigingsklimaat niet ten goede. Ook zou de samenloop tussen het fiscale-eenhedsregime en de earningsstrippingbepaling een belemmering kunnen zijn van de vrijheid van vestiging. Een handel in gestalde 15b-rente lijkt te worden voorkomen door de antimisbruikbepaling van artikel 15ba. Tot slot is de vraag of de behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen meer gelijkgetrokken wordt door de earningsstrippingbepaling. In het volgende hoofdstuk zullen de renteaftrekbepalingen die aan bod zijn gekomen met elkaar vergeleken worden. Hierbij zal ingezoomd worden op de doelmatigheid en doeltreffendheid van (het geheel van) de aftrekbepalingen, alsmede de gevolgen van eventuele afschaffingen.

Hoofdstuk 5 Doelmatigheid en doeltreffendheid bestrijding winstdrainage

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn verschillende renteaftrekbeperingen aan bod geweest. Hierbij is vooral ingezoomd op de globale werking van een bepaling. In dit hoofdstuk zal de focus liggen op hoe renteaftrekbeperingen naast elkaar werken. Vullen ze elkaar goed aan of maken ze elkaar juist overbodig? Wat zijn potentiële risico's en gevolgen van het laten vervallen van bepaling(en)? Zoals aangekaart in hoofdstuk 2 is het hebben en creëren van een goed investerings- en vestigingsklimaat een belangrijk speerpunt voor het kabinet.¹⁹⁴ Hierbij is een eenvoudig en begrijpelijk fiscaal stelsel van toegevoegde waarde. Daarom is van belang om te onderzoeken hoe doelmatig en doeltreffend de bestrijding van winstdrainage is.

In paragraaf 5.2 wordt een eventuele herinvoering van de thincapregeling bestudeerd. Vervolgens zal in paragraaf 5.3 aandacht besteed worden aan of en hoe artikel 10a en fraus legis naast elkaar werken. In paragraaf 5.4 komt een eventuele afschaffing van artikel 10a Wet VPB aan bod. Hierna wordt een breking door de Hoge Raad met de lijn van fraus legis onderzocht. Een situatie waarin de earningsstrippingbepaling leidend is wordt in paragraaf 5.6 behandeld. Tot slot zal dit hoofdstuk eindigen met een conclusie waarin antwoord gegeven wordt op de vraag hoe doelmatig en doeltreffend de bestrijding van winstdrainage door middel van artikel 10a Wet VPB, fraus legis en de earningsstrippingbepaling van artikel 15b Wet VPB is.

5.2 Fraus Legis naast artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting

In de nota naar aanleiding van het verslag betreffende de herziening van artikel 10a Wet VPB kaart de wetgever aan dat het onwaarschijnlijk is dat fraus legis van toepassing kan zijn naast artikel 10a Wet VPB. Dit zou slechts kunnen in de uitzonderlijke situatie waarbij duidelijk sprake is van wetsmisbruik. Echter, doordat een groot deel van deze situaties al is opgenomen in artikel 10a Wet VPB verwacht de wetgever dat een renteaftrekbepanking door toepassing van fraus legis niet snel zal optreden.¹⁹⁵ Douma moedigt het toestaan van fraus legis naast wettelijke regelingen als artikel 10a juist aan.¹⁹⁶ Dit sluit aan bij hetgeen de HR stelt in BNB 2012/213: 'uit de wetsgeschiedenis niet kan worden afgeleid dat de wetgever met de introductie van artikel 10a een limitatieve regeling voor onaanvaardbare grondslagerosie heeft willen treffen.'¹⁹⁷

In BNB 2012/213 rechtvaardigt de Hoge Raad een beroep op fraus legis nadat artikel 10a Wet VPB buitenwerking is gesteld.¹⁹⁸ Het Hof oordeelt dat de rente niet in aftrek wordt beperkt door artikel 10a Wet VPB aangezien 'geen vermogen wordt aangewend in of door de belanghebbende', ergo de geldlening niet samenhangt met een besmette rechtshandeling.¹⁹⁹ Wel oordeelt de HR dat het samenstel van rechtshandelingen in overwegende maten wordt ingegeven door belastingverijdelende motieven.²⁰⁰ Bepaald dient te worden of sprake is van strijd met doel en strekking van

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 2.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 8, p. 45.

¹⁹⁶ Douma, *NTFR* 2012/1432.

¹⁹⁷ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, *NTFR* 2012/1432, BNB 2012/213, r.o. 3.3.4.

¹⁹⁸ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, *NTFR* 2012/1432, BNB 2012/213.

¹⁹⁹ Hof Den Haag 22 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP4315, r.o. 7.1.

²⁰⁰ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, *NTFR* 2012/1432, BNB 2012/213, r.o. 3.3.2.

de wet, wat een beroep op *fraus legis* rechtvaardigt. In casu zou een samenstel van rechtshandelingen ertoe kunnen leiden dat naar willekeur en bij herhaling uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag plaatsvindt, zonder een wezenlijke wijziging in zeggenschap of belang over de onroerende zaken. Een ontbrekende compenserende heffing zorgt voor strijd met doel en strekking van de wet.²⁰¹ Hierdoor kan de inspecteur succesvol de renteaftrek beperken op grond van *fraus legis*. Bovenstaand arrest demonstreert dat artikel 10a Wet VPB een *lex specialis* is en dat *fraus legis* een *lex generalis* is. Dit betekent dat eerst getoetst dient te worden of een beroep op 10a Wet VPB succesvol is, voordat een beroep op *fraus legis* gedaan kan worden. Dit is in lijn met de noot van Redactie Vakstudie Nieuws bij de uitspraak van Hof Den Haag van 2 oktober 2019. Zij concluderen uit BNB 2008/266 dat eerst artikel 10a Wet VPB getoetst moet worden, voordat *fraus legis* nagegaan kan worden.²⁰²

Verder betekent dit dat artikel 10a Wet VPB *fraus legis* niet uitsluit.²⁰³ Dit blijkt ook uit BNB 2008/266.²⁰⁴ In casu verkocht een natuurlijk persoon al haar aandelen in belanghebbende aan een derde tegen schuldigerkenning: een geldlening verschuldigd aan een verbonden persoon ten behoeve van een besmette rechtshandeling. Belanghebbende kon de aan de natuurlijk persoon betaalde rente over deze schuldlening niet aftrekken door de werking van artikel 10a Wet VPB. Door deze geldlening om te zetten in een lijfrenteverplichting, waarbij de *facto* de schuld en rente gelijk bleven, meende belanghebbende wel recht op aftrek te hebben. De onderbouwing hiervoor was dat in het toenmalige wetsartikel alleen de rente over geldleningen beperkt kon worden. De HR volgde het standpunt van belanghebbende dat een lijfrente geen geldlening is en dus niet in aftrek beperkt mocht worden.²⁰⁵ Echter, de HR oordeelde dat de rente alsnog in aftrek beperkt kon worden doordat deze rechtshandeling in strijd met doel en strekking van artikel 10a Wet VPB was. Het omzetten van de geldlening in een lijfrenteverplichting diende alleen aandeelhoudersmotieven en waren dus niet op zakelijke grondslagen gebaseerd.²⁰⁶ Dit laat zien dat sprake kan zijn van *fraus legis* binnen artikel 10a Wet VPB: ook al bestrijkt artikel 10a Wet VPB de situatie niet, het strijdig met doel en strekking van artikel 10a Wet VPB handelen rechtvaardigt een beroep op *fraus legis*.

Het Hunkemöller-arrest²⁰⁷ laat zien dat naast werking van *fraus legis* binnen artikel 10a Wet VPB, *fraus legis* ook een werking in algemene zin kan hebben in een artikel 10a situatie. De casus is grafisch weergegeven op de volgende pagina in figuur 2.²⁰⁸

²⁰¹ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, *NTFR* 2012/1432, BNB 2012/213, r.o. 3.3.3.

²⁰² Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij Hof Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2830, *V-N* 2020/3.10.

²⁰³ Van Dam, in: Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting, art. 10a VPB, par. 3, (online, bijgewerkt 17 augustus 2020).

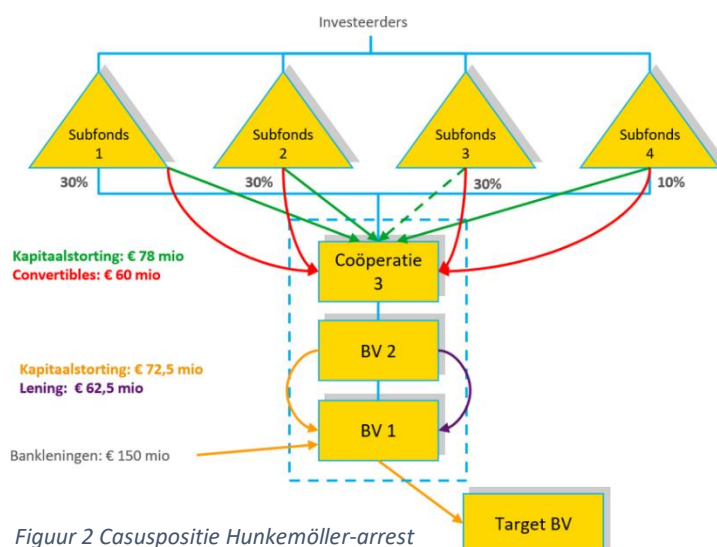
²⁰⁴ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, BNB 2008/266.

²⁰⁵ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, BNB 2008/266, r.o. 3.4.1.

²⁰⁶ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, BNB 2008/266, r.o. 3.4.3.

²⁰⁷ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, *V-N* 2019/33.7.

²⁰⁸ Vennootschapsbelasting Bachelor Fiscale Economie Erasmus Universiteit Rotterdam 2020, college 18, slide 37.



Figuur 2 Casuspositie Hunkemöller-arrest

Coöperatie 3 is het hoofd van de Nederlandse fiscale eenheid. Franse subfondsen storten kapitaal in deze coöperatie. Hiernaast kopen deze fondsen voor € 60 miljoen aan convertibles van de coöperatie. Deze convertibles worden in Frankrijk als eigen vermogen gezien en zijn daar onbelast. In Nederland worden deze convertibles als vreemd vermogen gezien en is er recht op aftrek. Met deze gelden wordt een Target BV aangekocht.

In geschil is of de rente op deze convertibles in aftrek mag worden gebracht of niet. Hof Amsterdam stelt dat de convertibles civielrechtelijk kwalificeren als zakelijke leningen, welke niet kunnen worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Dit betekent dat een geldlening gebruikt wordt om een besmette handeling (het aankopen van lichaam) te financieren. Vanwege het feit dat dit arrest speelt vóór de invoering van de samenwerkende groep in het zesde lid en de belangen van de fondsen in de coöperatie ten hoogste 30% bedragen is geen sprake van een verbonden persoon. Hierdoor kan artikel 10a Wet VPB niet opgaan. Het Hof oordeelde dat de renteaftrek alsnog geweigerd kon worden door toepassing van *fraus legis*. Hier is sprake van twee vormen *fraus legis*. De eerste is *fraus legis* in algemene zin: het betreft hier een nutteloze lening ter voorkoming van belastingheffing, zonder compenserende heffing.²⁰⁹ De tweede vorm is *fraus legis* binnen de werking van artikel 10a: er ontbreken zakelijke overwegingen voor de verdeling in vier subfondsen met grote onderlinge verwevenheid, waarmee de verbondenheid volgens artikel 10a voorkomen wordt.

Ook in de uitspraak van het Hof van Den Haag van 2 oktober 2019 worden *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB naast elkaar getoetst. In onderliggende casus is belanghebbende hoofd van de Nederlandse fiscale eenheid. Belanghebbende heeft een kapitaalstorting van haar moeder uit de Verenigde Staten gekregen en met deze gelden kapitaal gestort in een Franse SNC. De moedermaatschappij heeft op haar beurt geld geleend van een Luxemburgse groepsvennootschap, welke zelf een externe lening heeft aangetrokken. Doordat binnen de structuur hybride entiteiten werden gebruikt ontstonden mismatches, waardoor sprake was van een 'triple dip: aftrek in Frankrijk; geen pick up in Nederland; aftrek in Nederland; geen pick up in de VS; aftrek in de VS'.²¹⁰ A-G Wattel volgt het oordeel van het Hof dat belastingplichtige succesvol gebruik maakt van de tegenbewijsregeling van artikel 10a Wet VPB door aan te tonen dat de lening 'materieel verschuldigd was aan derden'.²¹¹ Ook een beroep op *fraus legis* wordt – in de ogen van de A-G terecht – door het Hof afgeslagen. Op basis van BNB 2016/197 (Italiaanse Telecom) en BNB 2014/79 (Australische RPS) heeft belastingplichtige financieringsvrijheid. Onder gevolg van BNB 2017/162 (Crédit Suisse) valt het Bosalgat binnen de werking van de wet op vennootschapsbelasting. In casu behaalt belanghebbende een voordeel door gebruik te maken van het Bosalgat, waardoor een beroep op *fraus legis* geen stand kan houden.²¹²

²⁰⁹ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, V-N 2019/33.7.

²¹⁰ Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2020:672, bij 3 juli 2020, r.o. 4.1.

²¹¹ Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2020:672, bij 3 juli 2020, r.o. 1.22.

²¹² Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2020:672, bij 3 juli 2020, r.o. 1.18-1.23.

Dat artikel 10a Wet VPB geen limitatieve werking heeft en als doel heeft om winstdrainage tegen te gaan maakt het in mijn ogen begrijpelijk dat artikel 10a en fraus legis naast elkaar werken. De HR heeft in de arresten BNB 2008/266 en BNB 2012/213 aangegeven geen moeite te hebben met de toepassing van fraus legis nadat een beroep op artikel 10a Wet VPB gefaald heeft. Doordat artikel 10a Wet VPB de *lex specialis* is, dient eerst getoetst te worden of een beroep op deze bepaling succesvol is. Zo niet kan er nog sprake zijn van twee varianten van fraus legis: binnen en buiten de werking van artikel 10a Wet VPB. IN BNB 2008/266 handelde de belastingplichtige onzakelijk in strijd met doel en strekking van artikel 10a Wet VPB, waardoor de Hoge Raad een beroep op fraus legis rechtvaardig achtte. Uit de uitspraak van het Hof Amsterdam van 18 april 2019 kan de conclusie getrokken worden dat zelfs als een geldlening tot stand is gekomen met als doorslaggevende motief het behalen van fiscale voordelen en deze niet door artikel 10a Wet VPB getackeld wordt, een beroep op fraus legis succesvol kan zijn. Dit alles maakt dat, in mijn ogen, fraus legis en artikel 10a Wet VPB naast elkaar kunnen functioneren. Uit bovenstaande arresten blijkt dat de samenwerking van beide regelingen een doeltreffend middel is tegen misbruik. Een eventuele afschaffing van één of beide bepalingen, onwenselijk naar mijn mening, wordt in de volgende paragrafen belicht.

5.3 Thincapregeling herinvoeren

Zoals in paragraaf 2.4.2 aangekaart, besloot de wetgever in 1995 om aan de invoering van artikel 10a voorkeur te geven boven de invoering van een thincapregeling. Echter, na het Bosal-arrest voerde de wetgever alsnog halsoverkop de thincapregeling in. Dit komt op mij over als een niet goed doordachte noodmaatregel en kortetermijnoplossing. Waarom zou de wetgever een afgekeurde regeling alsnog invoeren, anders dan uit angst om belastinginkomsten mis te lopen? De wetgever besloot in de 'Wet werken aan winst' uit november 2006 om artikel 10a Wet VPB bij te werken, ondanks de, inmiddels aanwezige, thincapregeling. Ten eerste zou afschaffing van artikel 10a Wet VPB zonder verdere maatregelen als gevolg zou hebben dat de fraus legis jurisprudentie – waarvan de resultaten bij de rechter in de ogen van de wetgever onvoldoende waren – weer leidend zou worden in de bestrijding van winstdrainage. De duidelijkheid zou hiermee uit de wet verdwijnen, waardoor voor zowel het bedrijfsleven als voor de fiscus onduidelijk zou zijn in welke situaties recht op aftrek bestond.²¹³ Ten tweede bleek dat deze duidelijkheid alleen behouden kon worden met de thincapregeling. Deze regeling bleek echter ook fraudegevoelig. Zo konden rechtspersonen met voldoende eigen vermogen hun concernvermogen zo herstructureren dat de maximale hoeveelheid vreemd vermogen behaald werd. Tot slot was de derde optie het intensiveren van de thincapregeling. Echter, hierbij zou misbruik niet gericht bestreden worden, waardoor de financiële schade hiervan afgewenteld zou worden op de eerlijke ondernemer.²¹⁴ Belastingplichtigen vonden dat de thincapregeling kon zorgen voor onrechtvaardige belastingheffing.²¹⁵ De thincapregeling was vooral in het leven geroepen om winstdrainage van grote multinationals te beperken. Dat deze regeling nu ook binnenlandse Mkb'ers raakte was niet de bedoeling van de wetgever. Omdat de thincapregeling ook niet goed samenging met andere aftrekbeperkingen werd besloten om deze regeling af te schaffen.²¹⁶ Naar mijn mening is de huidige wetgeving, met artikel 10a Wet VPB, de earningsstrippingbepaling en fraus legis, sterk genoeg. Er zit een absolute grens op de totaal in aftrek te brengen rente (art. 15b Wet VPB) en de rente op binnen het concern opgestelde geldleningen met het oog op het behalen van fiscale voordelen worden in aftrek beperkt (art. 10 a Wet VPB en fraus

²¹³ *Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3, p.20*

²¹⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3, p.20.*

²¹⁵ Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8172, V-N 2009/61.20.

²¹⁶ *Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3, p.21.*

legis). Ook worden gevallen waar sprake is van hybride mismatches – zoals in Hof Den Haag van 2 oktober 2019 – sinds 1 januari 2020 bestreden door ATAD-2.²¹⁷ Het wederinvoeren van de thincapregeling maakt de situatie mijns inziens alleen maar onoverzichtelijker voor (buitenlandse) investeerders en belastingplichtige, zonder dat het echt iets toevoegt aan de bestrijding van winstdrainage. Deze onoverzichtelijkheid komt het investerings- en vestigingsklimaat niet ten goede. Naar mijn mening komt een eventuele wederinvoering de doeltreffendheid niet ten goede, terwijl de doelmatigheid van de bestrijding van winstdrainage er wel op achteruit gaat. Ik zou de wetgever aanraden om de thincapregeling stof te laten blijven happen in de fiscale archiefkasten.

5.4 Afschaffing artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting

Het doel van artikel 10a Wet VPB is om de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag tegen te gaan. Het lijkt mij onverstandig om artikel 10a Wet VPB af te schaffen en terug te gaan naar een systeem met *fraus legis* als belangrijkste renteaftrekbeperking. Immers, de wetgever concludeerde dat de resultaten welke behaald werden met *fraus legis* voor de invoering van artikel 10a Wet VPB niet voldoende waren. Ook zou het afschaffen van artikel 10a Wet VPB de duidelijkheid die inmiddels in de wet is opgenomen wegnemen.²¹⁸ Deze warrigheid komt naast het investerings- en vestigingsklimaat, ook de doelmatigheid niet ten goede. Verder biedt deze onduidelijkheid een nieuwe mogelijkheid tot belastingontwijking en -ontduiking. Dit komt het beleid van de wetgever om belastingmisbruik te bestrijden en een gunstig investerings- en vestigingsklimaat te creëren niet ten goede.²¹⁹ Het afschaffen van artikel 10a Wet VPB lijkt de doeltreffendheid dan ook niet ten goede te komen.

Uit BNB 1990/317 blijkt dat indien de wetgever bepaalde sancties bewust niet gericht heeft tegen een bepaalde groep belastingplichtigen de wetgever in die specifieke situatie geen beroep kan doen op *fraus legis*.²²⁰ In zijn commentaar op BNB 2004/142 deelt Meussen dit uitgangspunt. Hij stelt dat omdat de wetgever een specifieke antimisbruikbepaling – de *lex specialis* artikel 10a Wet VPB – doorgevoerd heeft, naar zijn mening, geen beroep gedaan kan worden op *fraus legis*.²²¹ In paragraaf 5.2 is aan de hand van jurisprudentie laten zien dat inmiddels gebleken is dat *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB daadwerkelijk naast elkaar kunnen bestaan en getoetst kunnen worden. Zo volgt uit Hof Amsterdam van 18 april 2019 dat sprake kan zijn van wetsmisbruik binnen artikel 10a Wet VPB.

Wel zou een aanpassing van artikel 10a Wet VPB een mogelijkheid zijn. Zo lijkt de dubbele tegenbewijsregeling uit deze bepaling op het eerste oog ondoelmatig. De tegenbewijsregeling uit artikel 10a gaat niet op indien de inspecteur aannemelijk maakt dat de schuld is aangegaan met het oog op verwachte verrekenbare verliezen of dat over de rente per saldo geen heffing naar bedoelde redelijke maatstaven is verschuldigd.²²² Dit komt de doeltreffendheid van de regeling wel ten goede: immers kan zo de renteaftrek in geval van misbruik alsnog beperkt worden. De ondoelmatigheid van de dubbele bewijslast komt terug in de situatie waarin de inspecteur aannemelijk maakt dat geen zakelijke overwegingen doorslaggevend waren, nadat de belastingplichtige het tegenovergestelde aannemelijk heeft gemaakt.²²³ Als zich een situatie kan voordoen waarin zowel het zakelijke als het onzakelijke karakter aannemelijk wordt gemaakt, is de situatie dan wel gericht op het ontgaan van

²¹⁷ Groenland, *NTFR* 2020/2369

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 3, p. 20.

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 2 en *Kamerstukken II* 2019/20, 35302, nr. 3, p. 3.

²²⁰ HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4329, BNB 1990/317, r.o. 4.2.

²²¹ G.T.K. Meussen, annotatie bij HR 23 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AI0739, BNB 2004/142.

²²² Art 10a lid 3 Wet VPB

²²³ Art 10a lid 3 Wet VPB

belasting? Een oplossing hiervoor kan het aanscherpen van de bewijslast zijn. Het ‘aannemelijk maken’ zou kunnen worden vervangen voor het ‘doen blijken’. Echter, vereist het ‘doen blijken’ zekere feiten, wat de bewijslast op de belastingplichtige flink verhoogd. Naar mijn mening zijn de baten van de doeltreffendheid groter dan de kosten van de ondoelmatigheid van deze dubbele tegenbewijsregeling. Er kan getouwtrek ontstaan met de belastingdienst over het aannemelijk maken van de (on)zakelijkheid, maar dit zal bij een zakelijk handelende belastingplichtige niet aan de orde zijn. Ook worden de feiten en omstandigheden per specifiek geval aan het licht, waardoor een meer rechtvaardige uitkomst nagestreefd wordt.

Het lijkt raar dat de inspecteur aannemelijk zou willen maken dat een belastingplichtige niet onder een aftrekbeperking valt. Echter, als het saldo van renten, kosten en valutaresultaten positief is, is het voor de belastingplichtige voordeliger als dit saldo wel als gevolg van artikel 10a Wet VPB vrijgesteld wordt.²²⁴ De Staatssecretaris heeft aangegeven dat het niet waarschijnlijk is dat dit wordt vrijgesteld, gezien sprake is van een antimisbruikbepaling gericht op grondslaguitholling.²²⁵ Op 9 december 2008 oordeelde de rechtbank Haarlem dat een (onverwacht) valutaresultaat niet met uitholling van de belastinggrondslag te maken heeft, waardoor geen sprake is van strijd met doel en strekking van de wet. Ook zou het disproportioneel zijn om valutawinsten niet onder valutaresultaten te laten vallen.²²⁶ Ook de Hoge Raad stelde dat dit positieve saldo, door de verwoording uit het 1^e lid, onder artikel 10a Wet VPB behoort te vallen.²²⁷ Marres stelt dat disproportionele gevolgen bij een aftrekbeperking niet gerechtvaardigd mogen worden door het antimisbruikarakter.²²⁸ Ook Douma is het eens met het arrest van de Hoge Raad en stelt dat als een valutaverlies van aftrek wordt uitgesloten dit ook dient te gelden voor een valutawinst.²²⁹ Het lijkt raar om positieve resultaten onder een aftrekbeperking te scharen. Het behalen van belaste voordelen ligt niet in lijn met het misbruik bestrijdende doel van de regeling. Toch deel ik de mening van Douma en Marres, gezien het meten met twee maten mij ongewenst en onrechtvaardig lijkt. De wetgever dient een handeling op de aard aan te rekenen en niet op de uitkomst. Dat een dergelijk positief saldo onder artikel 10a Wet VPB valt komt de doeltreffendheid van het misbruikarakter dan ook niet ten goede, maar zorgt wel voor een – in mijn ogen – meer rechtvaardige uitkomst.

5.5 Breken met Fraus legis

Ook de afschaffing van *fraus legis* is in mijn ogen uiterst ondoeltreffend en ondoelmatig. Bovendien is *fraus legis* geen wetsartikel maar jurisprudentie van de Hoge Raad. Hierdoor kan *fraus legis* niet zomaar door de wetgever worden afgeschaft. Hiervoor is benodigd dat de Hoge Raad breekt met de lijn van *fraus legis* en aangeeft dat *fraus legis* niet langer als antimisbruikbepaling kan worden gebruikt.

Eén van de maatregelen uit ATAD is het invoeren van een algemene antimisbruikbepaling.²³⁰ De Nederlandse wetgever heeft bewust geen nieuwe antimisbruikbepaling ingevoerd vanwege de aanwezigheid van *fraus legis*. In de ogen van de wetgever wordt met *fraus legis* hetzelfde doel bereikt als met de GAAR.²³¹ Het breken met *fraus legis* resulteert in het invoeren van een soortgelijke

²²⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2012/14.17.

²²⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29210, nr. 34, p. 5.

²²⁶ Rb. Haarlem 9 december 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG7917 V-N 2009/2.14, r.o. 4.3-4.4.

²²⁷ HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248, BNB 2012/229.

²²⁸ Marres 2008, p. 95.

²²⁹ S.C.W. Douma, annotatie bij HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248, BNB 2012/229.

²³⁰ Overweging 5 van Richtlijn (EU) 2016/1164.

²³¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 15.

bepaling. Dit zou de doelmatigheid en doeltreffendheid van de bepaling niet verbeteren. Sterker nog, het wisselen van systemen en wetswijzigingen zou onduidelijkheden kunnen oproepen en de bepaling voor binnenlandse belastingplichtigen minder begrijpelijk kunnen maken. Wel zou het zo kunnen zijn dat buitenlandse investeerders de GAAR beter begrijpen doordat deze binnen de hele EU geldt. Echter, doordat *fraus legis* een vergelijkbare antimisbruikbepaling is, denk ik dat dit vooral onduidelijkheden oplevert over waarom de *fraus legis* vervangen zou worden door de GAAR. Ook zou dit kunnen resulteren in onduidelijkheden over hoe deze regelingen in wezen verschillen. Immers, belastingplichtigen zouden kunnen redeneren dat als deze bepalingen gelijk waren een verandering niet nodig zou zijn. Deze onduidelijkheid zou zowel het investerings- en vestigingsklimaat niet ten goede komen als de bestrijding van winstdrainage niet verbeteren. Daarnaast blijkt in BNB 2008/266 en uit de problematiek bij het Hunkemöllerarrest dat *fraus legis* een redmiddel zou zijn tegen (bewuste) misbruik van artikel 10a Wet VPB. Door van de lijn van *fraus legis* af te stappen zal dit laatste redmiddel verloren gaan en misbruik binnen artikel 10a Wet VPB onbestraft blijven. Breken met *fraus legis* lijkt de doelmatigheid en doeltreffendheid van de bestrijding van winstdrainage niet te verbeteren. Ik raad dan ook aan om deze bepaling niet af te schaffen.

5.6 Earningsstrippingbepaling leidend

Het afschaffen van zowel *fraus legis* als artikel 10a Wet VPB zou ertoe leiden dat winstdrainage in grote mate bestreden wordt door de maatregelen uit ATAD. *Fraus legis* zal dan vervangen worden door een soortgelijke regeling (GAAR), terwijl de CFC-regel en de maatregel tegen hybridemismatches in veel specifieke situaties de rente in aftrek beperken. Als algemene maatregel zal de generieke renteaftrekbeperking van artikel 15b Wet VPB gelden. Deze zal vooral van invloed zijn op (grote) multinationals. Het MKB zal minder snel rentelasten van boven de € 1 miljoen hebben en minder gemakkelijk de Nederlandse belastinggrondslag kunnen uithollen. Voor de bakker op de hoek is het lastiger uitleggen dat haar feitelijke leiding in een tax haven ligt, terwijl bedrijven die op grote schaal internationaal opereren makkelijker kunnen aantonen dat hun feitelijke leiding buiten Nederland ligt. Leidend in de aanpak van uitholling door multinationals, na afschaffing van *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB, is de algemene renteaftrekbeperking. Hieraan kleefte het risico van fraude/grondslaguitholling op kleine schaal. De wetgever markeerde als nadeel van de *thin cap* regeling dat bedrijven kunnen frauderen door de hoeveelheid vreemd vermogen te maximaliseren. Ik vrees dat dit risico ook bestaat indien artikel 10a Wet VPB vervalt en er een algemene renteaftrekbeperking komt. Bedrijven zullen hun rentelasten maximaliseren, waarbij de kans bestaat dat bedrijven hun ruimte voor rentelasten verkopen aan andere bedrijven. Er zal dan een nieuwe markt worden gecreëerd net als bijvoorbeeld bij de handel in emissierechten. Wel is hiervoor in artikel 15ba Wet VPB een antimisbruikbepaling opgenomen. Andere problematiek van de earningsstrippingbepaling leidend maken in de bestrijding van winstdrainage zijn negatieve gevolgen voor het investerings- en vestigingsklimaat en potentiële strijdigheid met het EU-recht. Ook lijkt de earningsstrippingbepaling het doel van een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen pas te bewerkstelligen vanaf en voor zover het saldo aan renten boven het drempelbedrag van artikel 15b Wet VPB zit.

In paragraaf 4.5.3 is aangegeven dat geen duidelijkheid bestaat over of de, in de ogen van de wetgever, robuuste earningsstrippingbepaling wel of niet strijdig is met de vrijheid van vestiging. Er ontstaat een belemmering doordat buitenlandse vennootschappen geen salderingsvoordelen kunnen behalen binnen de fiscale eenheid. Smit en Marres menen hier rechtvaardigingsgronden voor te hebben gevonden, terwijl Van der Zeijden en van Miero deze gronden niet gerechtvaardigd achten. A-G Wattel merkt op dat het HvJ in de Italiaanse telecomzaak heeft geoordeeld dat vrijheid

van vestiging alleen gerechtvaardigd kan worden als de beperking specifiek als doel heeft misbruik te verhinderen.²³² Gezien de wetgever heeft aangegeven dat het gelijker behandelen van vreemd vermogen en eigen vermogen de voornaamste reden was voor de robuuste invoering van de earningsstrippingbepaling vind ik het discutabel of de beperking hier specifiek misbruikbestrijding als doel heeft. Marres beargumenteert dat verrekening binnen de fiscale eenheid per saldo geen voordeel oplevert en dat het 'het nadeel niet wordt veroorzaakt door de fiscale eenheid, maar door art. 15b Wet VPB 1969 in combinatie met de objectvrijstelling'.²³³ Dit maakt dat ik ernaar neig de samenloop van het fiscale-eenheidsregime en de earningsstrippingbepaling niet strijdig te achten met de vrijheid van vestiging. Smit merkt nog op dat hij geen procedures hierover verwacht aangezien de wetgever met terugwerkende kracht nog een regeling op kan nemen in de Wet spoedreparatie fiscale eenheid'.²³⁴ Ook bestaat de kans dat de robuuste werking van de earningsstrippingbepaling het Nederlandse investerings- en vestigingsklimaat benadeeld.

Een afschaffing van de earningsstrippingbepaling zie ik niet zo snel gebeuren aangezien de Nederlandse wetgever verplicht is een dergelijke regeling in de wet te hebben opgenomen.²³⁵ Een voordeel van deze bepaling is dat hij algemeen is en dus gemakkelijk te toetsen is. Nadeel hiervan is dat hij kleinschalig misbruik niet bestrijdt en dat de renteaftrekbeperking niet aan de hand van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval beoordeeld wordt. Hierdoor is het in mijn ogen wenselijk om een renteaftrekbeperking als artikel 10a Wet VPB ernaast te hebben. Een ander nadeel is dat de earningsstrippingbepaling robuuster is ingevoerd dan in andere lidstaten, wat het investerings- en vestigingsklimaat niet ten goede komt. Ook bestaat onduidelijkheid over het al dan niet strijdig zijn met de vrijheid van vestiging. Verder zal door de generieke werking geen verschil worden gemaakt tussen gevallen waar misbruik beoogd was of niet. Commissie Ter Haar stelt een nog robuustere werking van de earningsstrippingbepaling voor (het verlagen van het aftrekpercentage naar 25% van EBITDA). Dit voorstel is echter vooral gericht op het meer gelijk behandelen van eigen vermogen en vreemd vermogen.²³⁶

De vraag is wat de earningsstrippingbepaling toevoegt. De hybridemismatchbepaling uit ATAD voorkomt situaties waarbij belastingplichtige inspelen op verschillen tussen fiscale stelsels. Zo zullen situaties als bij de uitspraak van het Hof Den Haag van 2 oktober 2019, waar sprake is van een zogenoemde triple dip,²³⁷ gedekt worden door deze hybridemismatchbepaling en niet leiden tot arresten bij de Hoge Raad. Omdat deze casus zich afspeelt vóór de invoering van de ATAD-maatregelen dient de HR te bepalen of er parallelle financiering is, immers wordt dan voldaan aan de tegenbewijsregeling van artikel 10a Wet VPB. Door de aanwezigheid van artikel 10a Wet VPB heeft de wetgever al een specifieke misbruikbepaling. Een generieke renteaftrekbeperking welke ook geldt in niet-misbruiksituaties lijkt geen toevoeging te zijn om belastingmisbruik te voorkomen. De wetgever zelf gaf al aan dat de earningsstrippingbepaling vooral gericht is op het nivelleren van vreemd vermogen en eigen vermogen.²³⁸ Mij lijkt een robuuste misbruikbepaling hier niet de juiste manier voor. Om de investerings- en vestigingsklimaat te bevorderen zou ik aanraden om de earningsstrippingbepaling minder robuust te maken. De in de ogen van de wetgever robuuste

²³² Concl. A-G P.J. Wattel, HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:672, r.o. 1.13.

²³³ Marres, *NTFR* 2019/3022.

²³⁴ Smit, *MBB* 2018/11-11/25, par. 4.

²³⁵ Overweging 5 van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van de regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

²³⁶ Rapport Commissie Ter Haar 2020, p. 119.

²³⁷ Hof Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2830, *V-N* 2020/3.10.

²³⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

implementatie vergroot de doeltreffendheid van het antimisbruikarakter door vanaf een drempelbedrag de renteaftrek te beperken. Aan de andere kant komt dit de doelmatigheid en doeltreffendheid niet ten goede doordat nu ook situaties waarin geen sprake is van misbruik onder deze regelingen vallen, terwijl deze situaties niet beoogd waren om onder een antimisbruikregeling te vallen.

5.7 Tussenconclusie

Doel van dit hoofdstuk was om de doelmatigheid en doeltreffendheid van de renteaftrekbeperkingen te bespreken. Hiervoor is gekeken naar de werking van *fraus legis* naast artikel 10a Wet Vpb en (de gevolgen van) het afschaffen van bepalingen en de werking van bepalingen naast elkaar. Uit meerdere arresten blijkt dat *fraus legis* toegepast kan worden naast artikel 10a Wet VPB. Dit kan zowel binnen als buiten de specifieke werking van artikel 10a Wet VPB zijn. De GAAR is opgenomen in de ATAD-maatregelen. Gezien de gelijkenissen tussen de GAAR en *fraus legis* lijkt het mij dat *fraus legis* ook van toepassing kan zijn naast en binnen de ATAD-maatregelen (die inmiddels in de Nederlandse belastingwet zijn opgenomen).

In 1995 ging de voorkeur uit naar het invoeren van artikel 10a Wet VPB in plaats van de *thincapregeling*. Ook toen dit artikel onvoldoende bleek werd het bijwerken van dit artikel geprefereerd boven de *thincapregeling*. Dat laatstgenoemde alsnog ingevoerd werd na het Bosal-arrest komt op mij over als een noodoplossing. De fraudegevoeligheid, de in de ogen van belastingplichtigen onrechtvaardige heffing en de slechte samenhang met andere renteaftrekbeperkingen maakt de *thincapregeling* onwenselijk.

Een afschaffing van *fraus legis* zou de invoering van een soortgelijke regeling, de GAAR, als gevolg hebben. Dit zorgt voor verwarring bij belastingplichtigen, zonder dat de situatie anders uitpakt. Hierdoor komt dit de doeltreffendheid niet ten goede en vermindert dit de doelmatigheid. Bovendien is *fraus legis* jurisprudentie van de Hoge Raad en kan dit dus niet zomaar worden afgeschaft. De Hoge Raad zou moeten aangeven *fraus legis* niet langer als antimisbruikbepaling kan worden gebruikt.

Ook een afschaffing van artikel 10a Wet VPB verbetert in mijn ogen niet de doelmatigheid en doeltreffendheid van de bestrijding van winstdrainage. Zo zal een stap teruggezet worden naar een situatie waarin de onduidelijke *fraus legis* jurisprudentie leidend is, of zal de algemene renteaftrekbeperking van de EU leidend worden. De regeling lijkt misbruik op kleine schaal niet te bestrijden en lijkt belastingplichtigen de ruimte te geven hun renteruimte te verhandelen doordat bedrijven hun rentelasten maximaliseren en hun overgebleven ruimte verkopen aan andere bedrijven. De wetgever gaf als een nadeel bij de *thincapregeling* aan dat het maximaliseren van het vreemd vermogen onwenselijk was, waardoor ik niet verwacht dat de wetgever een soortgelijk iets bij rentelasten wel aanmoedigt.

De ATAD-maatregelen zijn vanuit de EU ingevoerd en zorgen voor het gelijktrekken van de behandeling van discutabele rentelasten. Dit zorgt voor duidelijkheid voor investeerders. De *earningsstrippingbepaling* kent enkele knelpunten: zo wordt de renteaftrekbeperking door de wetgever tevergeefs gebruikt om eigen en vreemd vermogen gelijk te behandelen, bestaat onduidelijkheid over eventuele strijdigheid met het EU-recht en het investerings- en vestigingsklimaat.

De hybridemismatchbepaling uit ATAD voorkomt situaties waarbij belastingplichtigen inspelen op verschillen tussen fiscale stelsels. Zo zullen situaties als in geschil bij het Hof Den Haag van 2 oktober

2019 hierdoor gedekt worden. Hiervan is de toegevoegde waarde duidelijk zichtbaar. Echter, de toegevoegde waarde van de earningsstrippingbepaling ontbreekt mijns inziens door de aanwezigheid van artikel 10a Wet VPB, waarmee Nederland al een strenge renteaftrekbeperking kent. Een algemene aftrekbeperking maakt het makkelijker om renteaftrek te beperken, maar houdt minder rekening met de feiten en omstandigheden van het geval. De doelmatigheid en doeltreffendheid van de bestrijding van winstdrainage lijden hieronder.

Hoofdstuk 6 Conclusie

De bestrijding van belastingmisbruik staat zowel bij de EU als bij de nationale wetgever hoog op de agenda. Dit blijkt uit het implementeren van ATAD-1 en ATAD-2 in de Nederlandse wetgeving. Ook benadrukt de wetgever regelmatig het belang hiervan, zoals in het Belastingplan 2021.

Winstdrainage is een vorm van belastingmisbruik. Nederland kent met artikel 10a Wet VPB een antimisbruikbepaling om winstdrainage tegen te gaan. Ook kent het Nederlandse recht een anti-wetsmisbruikbepaling genaamd *fraus legis*. Met de invoering van de *earningsstripping*bepaling in artikel 15b Wet VPB heeft de wetgever een derde middel ter beschikking gekregen om winstdrainage tegen te gaan. De vraag is hoe de wetgever er na de invoering van artikel 15b Wet VPB voor staat in de strijd tegen winstdrainage. In deze scriptie is daarom onderzocht hoe doeltreffend en doelmatig de bestrijding van winstdrainage is.

Winstdrainage houdt uitholling van de (Nederlandse) belastinggrondslag in. Door binnen het concern (gekunstelde) schuldverhoudingen te creëren, kunnen rentebaten niet of slechts in geringe mate belast worden, terwijl de rentelasten wel in aftrek gebracht kunnen worden. Dit levert niet alleen minder belastingopbrengsten op, maar is ook slecht voor de belastingmoraal, eerlijke marktconcurrentie en het investerings- en vestigingsklimaat. Met bestrijding van winstdrainage probeert de overheid wel de voordelen van een fiscaal gunstig vestigingsklimaat te behalen, zonder dat hiervan misbruik gemaakt kan worden.

Fraus legis beperkt de renteaftrek indien een belastingplichtige handelt in strijd met doel en strekking van de wet met als doorslaggevende beweegreden belastingverijdeling. Als voldaan wordt aan onderstaande cumulatieve vereisten, kan de inspecteur zich succesvol beroepen op *fraus legis*:

1. Er mag geen compenserende heffing zijn.
2. De wetgever mag niet bewust gekozen hebben de belastingverijdeling te aanvaarden.
3. Belastingplichtige zou niet dusdanig gehandeld hebben als geen fiscaal voordeel behaald werd.
4. De rechtshandelingen zijn in strijd met doel en strekking van de wet.

Vanaf 1 januari 1997 beperkt artikel 10a de aftrek van renten op schulden, aangegaan bij een verbonden lichaam, welke verband houden met een besmette handeling: een winstuitkering of teruggaaf van kapitaal, kapitaalstorting en/of een uitbreiding of verwerving van een belang. Een belastingplichtige voldoet aan de tegenbewijsregeling door aannemelijk te maken dat aan de schuld of in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, of dat sprake is van een compenserende heffing. Ook geldt er een dubbele zakelijkheidstoets: voor zowel de geldlening als de rechtshandeling moeten zakelijke motieven de doorslag geven.

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat *fraus legis* toegepast kan worden naast artikel 10a Wet VPB. Dit kan zowel binnen als buiten de specifieke werking van artikel 10a Wet VPB zijn. Ook blijkt uit jurisprudentie dat *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB doelmatig en doeltreffend winstdrainage bestrijden. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van Hof Amsterdam van 18 april 2019.

Met de invoering van artikel 15b Wet VPB per 1 januari 2019 heeft de wetgever een nieuwe stap gezet in de strijd tegen winstdrainage. Deze generieke aftrekbepanking is in de ogen van de wetgever een robuuste implementatie van de maatregel uit ATAD-1. Dit uit zich in het feit dat de wetgever gekozen heeft om geen gebruik te maken van uitzonderingen en voor een lagere drempel dan de minimumdrempel uit ATAD heeft gekozen. De *earningsstripping*bepaling kent enkele knelpunten: zo wordt de renteaftrekbepanking door de wetgever tevergeefs gebruikt om eigen en vreemd vermogen gelijk te behandelen, bestaat onduidelijkheid over eventuele strijdigheid met het EU-recht en het

investerings- en vestigingsklimaat. Bij de invoering van artikel 15b Wet VPB zijn de aftrekbeperkingen voor de bovenmatige overnameholdingrente (artikel 15ad Wet VPB) en bovenmatige deelnemingsrente (artikel 13l Wet VPB) vervallen, hetgeen in lijn is met het doel de renteaftrek-bepalingen zo eenvoudig mogelijk te houden en hetgeen de doelmatigheid ten goede komt.

Fraus legis kan niet zomaar worden afgeschaft. Het betreft immers jurisprudentie van de Hoge Raad en dat kan slechts door de Hoge Raad zelf aan de kant worden geschoven. Ook zou op grond van ATAD-1 met de GAAR een soortgelijke regeling moeten worden ingevoerd. Een dergelijke systeemwisseling kan zorgen voor verwarring bij belastingplichtigen, zonder dat de situatie anders uitpakt. Hierdoor blijft de doeltreffendheid gelijk, maar vermindert dit de doelmatigheid. Ik zie een ongeldigverklaring van fraus legis dan ook niet snel gebeuren.

Ook een afschaffing van artikel 10a Wet VPB verbetert in mijn ogen niet de doelmatigheid en doeltreffendheid van de bestrijding van winstdrainage. Zo zal een stap teruggezet worden naar een situatie waarin de onduidelijke fraus legis jurisprudentie leidend is, of zal de algemene renteaftrekbeperking van de EU leidend worden. Ook dient in geval van afschaffing opgenomen te worden dat situaties waarin de renteaftrek eerst door artikel 10a beperkt werd, niet bewust geaccepteerd is. Dit aangezien door de wetgever bewust geaccepteerde rechtshandelingen in beginsel niet door fraus legis bestreden kunnen worden. De regeling lijkt misbruik op kleine schaal niet te bestrijden en lijkt belastingplichtigen de ruimte te geven hun renteruimte te verhandelen doordat bedrijven hun rentelasten maximaliseren en hun overgebleven ruimte verkopen aan andere bedrijven. Wel is hiertegen een antimisbruikbepaling in de wet opgenomen. De wetgever gaf als een nadeel bij de thincapregeling aan dat het maximaliseren van het vreemd vermogen onwenselijk was, waardoor ik niet verwacht dat de wetgever een soortgelijk iets bij rentelasten wel aanmoedigt.

De hybridemismatchbepaling uit ATAD voorkomt situaties waarbij belastingplichtigen inspelen op verschillen tussen fiscale stelsels. Zo zullen situaties als in geschil bij het Hof Den Haag van 2 oktober 2019 hierdoor gedekt worden. Hiervan is de toegevoegde waarde duidelijk zichtbaar. Echter, de toegevoegde waarde van de earningsstrippingbepaling ontbreekt mijns inziens door de aanwezigheid van artikel 10a Wet VPB, waarmee Nederland al een strenge renteaftrekbeperking kent. Een algemene aftrekbeperking maakt het makkelijker om renteaftrek te beperken, maar houdt minder rekening met de feiten en omstandigheden van het geval. De doelmatigheid en doeltreffendheid van de bestrijding van winstdrainage lijden hieronder.

De tijdelijk ingevoerde thincapregeling had als doel om ongewenste grondslagverschuiving door de aftrekbaarheid van kosten op buitenlandse deelnemingen tegen te gaan en beperkte de renteaftrek indien er een 'teveel aan vreemd vermogen' was. De regeling werd afgeschaft vanwege de fraudegevoeligheid en slechte samenhang met andere renteaftrekbeperkingen. Ook vonden belastingplichtigen dat deze regeling leidde tot onrechtvaardige belastingheffing. Aangezien de thincapregeling geen aanvulling is op de bestaande aftrekbeperkingen en herhaaldelijk de voorkeur gegeven is aan artikel 10a Wet VPB boven deze regeling lijkt het mij niet van toegevoegde waarde te zijn om deze regeling opnieuw in te voeren.

Al met al heeft de Nederlandse wetgever genoeg mogelijkheden om winstdrainage tegen te gaan. Fraus legis en artikel 10a Wet VPB lijken mij doeltreffende en doelmatige regelingen. Ik ben geen voorstander van het opnieuw invoeren van de thincapregeling. Van de earningsstrippingbepaling zie ik de doelmatigheid en doeltreffendheid niet helemaal in. Echter, deze regeling komt uit een richtlijn van de EU en dient dus behouden te blijven. Bovendien is de earningsstrippingbepaling nog jong. De toekomst zal ons leren of deze bepaling de doelmatigheid en doeltreffendheid van de bestrijding van winstdrainage ten goede komt.

Geraadpleegde Literatuur

Bouwman & Boer 2019

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Uitgevers 2019.

Van Dam, in Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting 2020

R. van Dam, commentaar op artikel 10a VPB, in: J.N. Bouwman, W. Bruins Slot, G.T.K. Meussen & M.J. Peters (red.), *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019 (online, bijgewerkt 23 maart 2020).

Douma, BNB 2012/229

S.C.W. Douma, annotatie bij HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248, BNB 2012/229.

Douma, NTFR 2012/1432

S.C.W. Douma, 'Rente aan verbonden lichaam niet aftrekbaar wegens fraus legis', *NTFR* 2012/1432.

Groenland, NTFR 2020/2369

N.I. Groenland, 'Parallellie tussen groepslening en externe financiering waardoor rente aftrekbaar is', *NTFR* 2012/2369.

Hofman, NTFR 2013/506

A.W. Hofman, 'Ondanks zakelijk doel toch beperking renteaftrek ex art. 10a Wet VPB 1969', *NTFR* 2013/506.

Hoogendoorn, BNB 1996/3

J.C. Hoogendoorn, annotatie bij HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3.

Kok, TFO 2003/181

Q.W.J.C.H. Kok, 'Temporisering van renteaftrek', *TFO* 2003/181.

Kooiman, TFB 2012/6

W.R. Kooiman, 'De toetsing van fraus legis naar omstandigheden', *TFB* 2012/6.

Kruyskamp 1976

C. Kruyskamp, *van Dale Groot woordenboek der Nederlandse Taal*, Den Haag: Martinus Nijhoff.

Matoug, in Commentaar NL Fiscaal 2020

M. Matoug, commentaar op art. 10a VPB (online, bijgewerkt 16 januari 2020).

Marres 2008

O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Marres, WFR 2008/1431

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

Marres, BNB 2013/317

O.C.R. Marres, annotatie bij HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137.

Marres, NTFR 2019/3022

O.C.R. Marres, 'Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is', *NTFR* 2019/3022.

Meussen, BNB 2004/142

G.T.K. Meussen, annotatie bij HR 23 januari 2004, ECLI:NL:PHR2004:AI0739, BNB 2004/142.

Nieuwenhuizen, WFR 1999/159

J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Vrije ontwikkeling in de wetsontduiking', *WFR* 1999/159.

Post, NTFR 2018/1579

D.R. Post, 'Ruim baan voor de handel in gestalde 15b-rente?', *NTFR* 2018/1579.

Van Ramele, in: Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting 2020

A.J. van Ramele, commentaar op art. 15b VPB, in: J.N. Bouwman, W. Bruins Slot, G.T.K. Meussen & M.J. Peters (red.), *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019 (online, bijgewerkt 22 augustus 2020).

Ruijschop, NTFR 2019/14.

M.H.C. Ruijschop, 'De Nederlandse earningsstrippingmaatregel: deel 2, de verdieping', *NTFR* 2019/14.

Smit 2018

D.S. Smit, 'The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD)' in: Terra/Wattel. European Tax Law. Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Smit, MBB 2018/11-11/25

D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1', *MBB* 2018/11-11/25.

Van Soest, BNB 1996/3

A.J. van Soest, conclusie bij HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3.

Van Strien, FM 2006/119

J. van Strien, 'Renteaftrekbeperkingen in de VPB', *FM* 2006/119.

Vakstudie Algemeen Deel

F.W. Jongbloed, P. Koedood & R.J. Koopman (red.), *Algemeen Deel*, (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird & P.A.M. Pijnenburg (red.), *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer.

Vleggeert 2017

J. Vleggeert, 'Afschaffing en achtergrond van de thincapregeling', in: *Cursus Belastingrecht Archief, vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.2.6.A(oud), (online, bijgewerkt 7 maart 2017).

Wattel, V-N 2020/1903

P.J. Wattel, conclusie bij HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:672.

Van der Zeijden & Van Mierlo, MBB 2019/2-8

F.M. van der Zeijden & S.P. van Mierlo, 'Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel', *MBB* 2019/2-8.

Rapporten

Mededelingen van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, Brussel, 6 december 2012, COM(2012) 722 final.

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

Rapport Commissie Ter Haar 2020

Rapport Adviescommissie belastingheffing van multinationals (te raadplegen via [Rijksoverheid.nl](http://rijksoverheid.nl))

Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering van Richtlijn 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, zoals gewijzigd bij richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen, Brussel, 19 augustus 2020, COM(2020) 383 final.

Parlementaire Stukken

Minister van Financiën

Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, DB87/4966, V-N 1987/1842.3.

Regeling van de Minister van Financiën van 15 maart 2018 (*Stcrt.* 2018, 16632).

Staatssecretaris van Financiën

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

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020.

Kamer

Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 5.

Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8.

Kamerstukken II 2010/11, 32800, nr. 17.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 7.

Kamerstukken II 2012/13, 33402, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 56.

Kamerstukken II 2018/19, 35028, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3.

Kamerstukken II 2020/21, 35572, nr. 3.

Wetgeving

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

Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van de Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

Artikel V van de wet van 18 december 2003 (*Stb.* 2003, 526).

Geraadpleegde Jurisprudentie

Europese Hof van Justitie

HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362.

HvJ EG 12 mei 1998, C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222.

HvJ EG 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

HvJ EU 18 september 2003, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479, BNB 2003/344 (*Bosal*).

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

Hoge Raad

HR 26 mei 1926, *NJ* 1926/723.

HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604, BNB 1957/165.

HR 27 december 1967, ECLI:NL:HR:19674:AX6049, BNB 1968/80.

HR 5 februari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AX5888, BNB 1969/63.

HR 27 januari 1971, ECLI:NL:HR1971:AX6839, BNB 1971/55.

HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, BNB 1985/32.

HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985AW8319, BNB 1985/171.

HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, BNB 1989/217.
HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4329, BNB 1990/317.
HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281, BNB 1993/194.
HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, BNB 1996/3.
HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, BNB 1996/4.
HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, BNB 1996/5.
HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668, BNB 1996/6.
HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3138, BNB 2001/399.
HR 23 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AI0739, BNB 2004/142, m.nt. G.T.K. Meussen.
HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653, BNB 2005/304.
HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, BNB 2008/266.
HR 8 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP1489, BNB 2011/156, V-N 2011/19.15.
HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248, BNB 2012/229.
HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, BNB 2012/213.
HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, m.nt. O.C.R. Marres, BNB 2013/137.
HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, BNB 2015/165.
HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350, BNB 2016/197.
HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, BNB 2017/156.
HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018::1968, BNB 2019/17.
HR 3 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:672.

Gerechtshof

Hof Den Haag 22 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP4315.
Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504.
Hof Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2830, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

Rechtbank

Rb. 's-Gravenhage 7 februari 1990, ECLI:NL:GHSGR:1990:AW6832.
Rb. Haarlem 9 december 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG7917, V-N 2009/2.14.
Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ8172, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.