

‘Art. 10b Wet op de vennootschapsbelasting 1969, weg ermee’

Bachelorscriptie 2021/2022

Naam: Gijs van Mierlo

Studentennummer: 483421

Scriptiebegeleider: M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: R.B.N. van Ovost

Lijst met afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art./artt.	Artikel/artikelen
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelasting
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad
Jo.	Juncto
MNO	Multinationale ondernemingen
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NOB	Nederlandse orde van Belastingadviseurs
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OMV	OESO-modelverdrag
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1

1.1	Inleiding	6
1.1.1	Inleiding	6
1.1.2	Aanleiding voor het onderzoek	8
1.2	Probleemstelling	9
1.2.1	Onderwerp en relevantie van het onderzoek	9
1.2.2	Vraagstelling	9
1.3	Opzet van onderzoek	10

HOOFDSTUK 2

Theoretisch kader: (internationale) transactie in concernverband

2.1	Inleiding	12
2.2	BNB 1973/252: Het Zweedse Grootmoeder-arrest	12
2.2.1	Inleiding	12
2.2.2	Casus en oordeel Hof	13
2.2.3	Kostensfeer vs. vermogenssfeer	13
2.2.4	Oordeel van Hoge Raad	15
2.2.5	Samenvatting en conclusie	16
2.3	Art. 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969	16
2.3.1	Inleiding	16
2.3.2	Doel en strekking	17
2.3.3	Art. 9 OESO-modelverdrag: arm's length in internationaal belastingrecht	17
2.4	Deelconclusie	18

HOOFDSTUK 3

Artikel 10b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

3.1	Inleiding	19
3.2	Voorgeschiedenis	20
3.3	Art. 10b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969	21
3.3.1	Inleiding	21
3.3.2	Gelieerdheid	22
3.3.3	Geldlening	24
3.3.3.1	De civielrechtelijke geldlening	24

3.3.3.2	De fiscaalrechtelijke geldlening	24
3.3.4	Looptijd	25
3.3.4.1	Inleiding	25
3.3.4.2	Aangepaste of onduidelijke looptijd	26
3.3.4.3	Omzeilen	27
3.3.5	Vergoeding	27
3.3.5.1	Vergoeding in belangrijke mate lager (niet hoger)	28
3.3.5.1	Tussentijdse aanpassing van de vergoeding	28
3.3.6	Onzakelijke lening en art. 10b Wet VPB 1969	29
3.3.6.1	Jurisprudentie; wat is een onzakelijke lening?	29
3.3.6.2	Gevolgen voor art. 10b Wet VPB 1969	30
3.4	Kritiek omtrent art. 10b Wet op de Vennootschapsbelasting	31
3.4.1	Economisch dubbele belastingheffing en vrijheid van vestiging	32
3.4.2	Gebrek aan toepassing	33
3.5	Deelconclusie	33

HOOFDSTUK 4

Artikel 8bb Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

4.1	Inleiding	34
4.2	Parlementaire geschiedenis	34
4.3	Art. 8bb Wet op de Vennootschapsbelasting 1969	35
4.3.1	Voorwaarde 1: Onderlinge rechtsverhouding met gelieerd lichaam	35
4.3.2	Voorwaarde 2: Neerwaartse aanpassing van de winst	35
4.3.3	Voorwaarde 3: Geen corresponderende opwaartse correctie	36
4.3.4	Gevolgen van art. 8bb VPB 1969	37
4.3.4.1	Inbreuk op het totaalwinstbeginsel	37
4.3.4.2	Dubbele belastingheffing in internationaal verband	38
4.4	Art. 8bb Wet VPB 1969 en art. 10b Wet VPB 1969	39
4.5	Deelconclusie	40

HOOFDSTUK 5

Samenvatting en conclusie

5.1	Samenvatting	41
5.2	Conclusie	44

LITERATUURLIJST

APPENDIX

HOOFDSTUK 1

1.1 Inleiding

1.1.1 Inleiding

De belastbare winst in Nederland voor zowel de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting wordt bepaald aan de hand van het totaalwinstbeginsel op grond van art. 3.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en via de schakelbepaling van art. 8 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). De totaalwinst bestaat uit alle baten en lasten die voortkomen uit de ondernemingsuitoefening en leiden tot de belastbare winst. Ontvangsten en uitgaven die daarentegen hun oorsprong vinden in de privésfeer van de ondernemer of in de aandeelhouderssfeer tussen twee vennootschappen behoren niet tot de belastbare winst. Een belangrijk arrest dat ziet op de aandeelhouderssfeer is het Zweedse Grootmoeder arrest, BNB 1978/252.¹ In dit arrest gaat het voor de rechtsregel om een grootmoedermaatschappij die een renteloze lening verstrekt aan haar kleindochtermaatschappij. In deze situatie valt de rente van de renteloze lening buiten de winstsfeer, aangezien de voorwaarden van de lening geen oorzaak vinden in de bedrijfsuitoefening van de moedermaatschappij, maar in de vennootschappelijke betrekkingen (oftewel: aandeelhouderssfeer) tussen de vennootschappen. De niet-betaalde vergoeding op de renteloze lening wordt gecategoriseerd als een informele kapitaalstorting bij de dochtermaatschappij. Omdat de bevoordeling voortkwam uit louter aandeelhoudersbelangen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de (klein)dochter de fictieve rentelast in aftrek mag nemen, op grond van het *arm's length beginsel*.²

Vennootschappen die voor de wet VPB 1969 deel uitmaken van een concern (hierna ook wel geduid als: gelieerd³ zijn) worden geacht te handelen als twee onafhankelijke derden in het economische verkeer. Vennootschappen worden, zoals de Hoge Raad oordeelde in het Zweedse Grootmoeder-arrest, geacht hun interne transacties zakelijk te beprijzen. In andere woorden, gelieerde partijen dienen hun niet-zakelijke handelingen – met betrekking tot

¹ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

² Art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001. Het totaalwinstbeginsel is ook van toepassing op de vennootschappelijke winstbepalingsregels.

³ O.g.v. art. 8b, tweede lid Wet VPB 1969: gelieerd zijn = zekere invloed uit kan oefenen op.

leningen – te corrigeren om zo tot de juiste (fiscale) belastbare winst te komen. Dit staat na internationale druk sinds 2002⁴ gecodificeerd in de Nederlandse belastingwetten in wetsartikel 8b Wet VPB 1969.⁵

Het is niet een gegeven dat elke belastingjurisdictie het *arm's length beginsel* consequent toepast bij het bepalen van de belastbare winst. Het kan resulteren in dubbele (non)heffing in internationaal verband en dit wordt bestempeld binnen de fiscaliteit als een *mismatch*. De wetgever wil dit soort *mismatches* tegengaan. Eén van de wapens in de strijd tegen dit soort heffingslekken is art. 10b Wet VPB 1969.⁶ Art. 10b Wet VPB 1969 beperkt de aftrek van de vergoeding(en) op een lening, zowel het daadwerkelijk betaalde als het niet-betaalde deel. Het gaat bij dit wetsartikel om een lening die aangegaan is met een gelieerde partij, zonder vergoeding of een vergoeding die in belangrijke mate lager is (>30% lager) dan tussen onafhankelijke derden zou zijn overeengekomen en met een looptijd van meer dan 10 jaar. Desalniettemin gaat het bestrijden van *mismatches* niet zonder problemen. Zo heeft ook art. 10b Wet VPB 1969 enige kritiek ontvangen en tot ongewilde situaties geleid.⁷

Meer dan een decennium later is over het zakelijkheidsbeginsel gediscussieerd tijdens het wetsvoorstel “Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel”. De wetgever heeft voor ogen hiermee die ‘transfer pricing’-mismatches generiek te bestrijden.⁸ In de Wet VPB 1969 zijn met ingang van 2022 vijf nieuwe bepalingen van kracht: art. 8ba, 8bb, 8bc, 8bd en 35 Wet VPB 1969. In het bijzonder art. 8bb Wet VPB 1969 is een wetsartikel dat ziet op rechtsverhoudingen tussen gelieerde partijen. Op basis van art. 8bb Wet VPB 1969 wordt de neerwaartse aanpassing op de overeengekomen lening niet in aanmerking genomen als geen corresponderende opwaartse aanpassing in de naar de winst geheven belasting wordt betrokken. In beginsel wordt een niet-zakelijke onderlinge rechtsverhouding tussen gelieerde partijen gecorrigeerd in de (fiscale) belastbare winst op grond van het *arm's length beginsel*. Door de implementatie van het nieuwe artikel, art. 8bb Wet VPB 1969, wordt een aanpassing gemaakt in plaats van een beperking. Stel een buitenlandse gelieerde moedermaatschappij verstrekt een lening aan een Nederlandse dochtermaatschappij tegen een lagere vergoeding dan

⁴ Dit is 24 jaar na de uitspraak van de Hoge Raad in het Zweedse Grootmoeder-arrest. Het beginsel was al van kracht, maar tot 2002 niet gecodificeerd.

⁵ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3.

⁶ Gedragscodegroep in 2007.

⁷ J.Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht (FM nr. 132)*, Deventer: Kluwer 2009, V.L. Meijerman & R.C. Smit, *Art. 10b Wet VPB 1969: renteaftrekbeperking met onverwachte gevolgen*, WFR 2015/250, E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!*, NFTR 2006/1236 & Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 8.

⁸ Kamerstukken II 2021/2022, 35 933 nr. 4.

overeen zou zijn gekomen tussen onafhankelijke derden. In beginsel zou de in aanmerking genomen vergoeding gecorrigeerd worden naar de zakelijke prijs, maar wordt dit niet in aanmerking genomen bij de corresponderende entiteit dan wordt de rente op de lening in aftrek beperkt op grond van art. 10b Wet VPB 1969. Art. 8bb Wet VPB 1969 daarentegen beperkt de dochtermaatschappij tot de in aanmerking genomen vergoeding (Appendix 3). Art. 8bb Wet VPB 1969 beperkt de belastingplichtige of een met haar gelieerde partij niet in de heffing zoals art. 10b Wet VPB 1969, maar past de in aanmerking te nemen vergoeding aan naar wat de gelieerde partij in aanmerking heeft genomen op basis van de overeengekomen vergoeding.

1.1.2 *Aanleiding van het onderzoek*

De Wet VPB 1969 kent de huidige wettekst van art. 10b Wet VPB 1969 sinds 2007. Het artikel is in de plaats gekomen van het tot dan toe geldende art. 10, vierde lid Wet VPB 1969. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst zijn bezwaren tegen art. 10b Wet VPB 1969 aan de orde gekomen.⁹ Eén van deze bezwaren is dat art. 10b Wet VPB 1969 kan leiden tot economische dubbele belastingheffing in binnenlandse situaties. Dit kan zich voordoen omdat deze regeling geldt ongeacht het antwoord op de vraag of de vergoeding bij de crediteur al dan niet aftrekbaar is. Hierdoor zijn gevallen mogelijk waarbij de (fictieve) rente wordt belast bij de uitlener, maar wordt uitgesloten van aftrek bij de inlener.

Tijdens de parlementaire behandeling¹⁰ van art. 10b Wet VPB 1969 is echter aangegeven dat de bereidheid bestaat om in deelnemingsverhoudingen met behulp van de hardheidsclausule een oplossing te zoeken.¹¹ Een hardheidsclausule wordt niet enkel en alleen gebruikt in de belastingwetten. Een hardheidsclausule geldt in zijn algemeenheid voor een onvoorziene uitzonderingssituatie.¹² Tevens is het niet gebruikelijk dat de wetgever een wettekst introduceert met een mogelijkheid voor dubbele economische belastingheffing in binnenlandse situaties.¹³

De wetgever heeft door de ijverigheid om internationale *mismatches* tegen te gaan, een nieuwe *mismatch* – ten nadele van de binnenlandse belastingplichtige – gecreëerd.¹⁴ Opmerkelijk is in mijn optiek dat het kabinet antwoordde tijdens zowel de behandeling van de

⁹ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 8.

¹⁰ Kamerstukken I 2006/2007, 30 572, nr. C.

¹¹ Kamerstukken II 2002/2003, 28 487, nr. 7.

¹² Art. 63 AWR “Hardheidsclausule”.

¹³ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10b Wet VPB 1969, aant. 1.13.

¹⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10b Wet VPB 1969, aant. 1.13.

Wet uitwerking fiscale maatregelen begrotingsakkoord 2013¹⁵ als bij de schriftelijke antwoorden naar aanleiding van het wetgevingsoverleg over het Belastingplan 2016¹⁶ dat de afschaffing van art. 10b Wet VPB 1969 onwenselijk is. De wetgever deed dit wederom in 2019 toen de Nederlandse orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) pleitte in het kader van de parlementaire behandeling¹⁷ van de Wet bedrijfsleven 2019 voor de afschaffing van art. 10b Wet VPB 1969. De reden dat art. 10b Wet VPB 1969 nog steeds in de Wet VPB 1969 te vinden is, is omdat Nederland in het verleden in de Gedragscodegroep heeft toegezegd dat het door art. 10b Wet VPB 1969 bestreken soort *mismatches* zal worden bestreden. Hiernaast hebben ook Heithuis¹⁸, Vleggeert¹⁹ en Kok²⁰ gepleit voor een herschrijving van art. 10b Wet VPB 1969, om zodoende de economische dubbele belasting bij binnenlands belastingplichtigen te voorkomen. Dit is wederom gedaan bij de implementatie van de eerste EU-richtlijn antibelastingontduiking.²¹

Ondanks de vragen van zowel Kamerleden als fiscalisten richting en rondom art. 10b Wet VPB 1969 houdt de wetgever vol dat het artikel nodig is in het bestrijden van *mismatches* en dat een aanpassing niet wenselijk is.

1.2 Probleemstelling

1.2.1 Onderwerp en relevantie van het onderzoek

De invoering van het nieuwe wetsartikel, art. 8bb Wet VPB 1969, zorgt ervoor dat art. 10b Wet VPB 1969 nogmaals onder vuur ligt. In mijn optiek zal de wetgever anno 2022 wederom gevraagd worden voor een herschrijving of afschaffing van art. 10b Wet VPB 1969. Art. 8bb Wet VPB 1969 corrigeert voor eventuele *mismatches* die voorheen opgelost werden door art. 10b Wet VPB 1969. Door deze recentelijke implementatie ben ik van oordeel dat art. 10b Wet VPB (grotendeels) overbodig is voor de Wet VPB 1969.²²

1.2.2 Vraagstelling

¹⁵ Kamerstukken II 2011/2012, 33 287, nr. 3.

¹⁶ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 18.

¹⁷ Kamerstukken II 2018/2019, 35 028, nr. 21.

¹⁸ E.J.W Heithuis, *Het nieuwe artikel 10b VPB? Weg ermee!!!*, NTFR 31 augustus 2006.

¹⁹ J. Vleggeert, *Afirekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, FM nr. 132.

²⁰ Q.W.J.C.H. Kok, *de herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht*, MBB 2007/3.

²¹ Kamerstukken II 2018/2019, 35 030, nr. 3.

²² Smit, Ruud. <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/uitvergroot/art-10b-wet-vpb-weg-ermee/>.

De vraag die centraal staat in deze scriptie luidt dan als volgt:

In hoeverre wordt door de implementatie van artikel 8bb Wet VPB 1969 de werking van artikel 10b Wet VPB 1969 (grotendeels) overbodig voor de Wet VPB 1969?

Ik verwacht dat door de implementatie van art. 8bb Wet VPB 1969 de vragen rondom art. 10b Wet VPB 1969 weer in opspraak komen. Hierdoor lijkt het mij relevant om weer te kijken naar de algemene werking van art. 10b Wet VPB 1969 en de invloed van art. 8bb Wet VPB 1969.

1.3 Opzet onderzoek

In dit onderzoek begin ik in hoofdstuk 2 met het theoretisch kader te schetsen waarbij de hoofdlijn het zakelijk beprijzen van leningen is. Dit doe ik door het Zweedse Grootmoeder-arrest uiteen te zetten, maar ook door in te zoomen op de werking van de schakelbepaling en het totaalwinstbeginsel. In dit hoofdstuk ga ik ook in op het *arm's length beginsel* van art. 8b Wet VPB 1969. De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is: op welke wijze worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het *arm's length beginsel*?

Vervolgens ga ik in hoofdstuk 3 te werk op de teleologische manier. Ik analyseer de parlementaire geschiedenis van art. 10b Wet VPB 1969 en onderzoek in hoeverre art. 10b Wet VPB 1969 erin slaagt *mismatches* op het gebied van financiële transacties te voorkomen. Daarnaast ga ik in op de looptijd, gelieerdheid en de vergoeding van de lening. Het voornaamste belang is om duidelijk uiteen te zetten hoe een belastingplichtige onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 valt en wat de wettekst als voornaamste doel heeft. In hoofdstuk beantwoord ik de vraag: welke lessen leert art. 10b Wet VPB 1969 ons met het oog op het tot stand brengen van een rechtvaardige, effectieve en efficiënte bepaling om *mismatches* tegen te gaan?

Hierna ga ik bij hoofdstuk 4 in op het nieuwe wetsartikel, art. 8bb Wet VPB 1969. Ik ga ook bij dit wetsartikel aan de slag met de parlementaire stukken. Hierdoor kan ik duidelijk schetsen wat de gedachten van de wetgever zijn en welk doel hij voor ogen heeft. Het is namelijk van belang om te bepalen welke *mismatches* art. 8bb Wet VPB 1969 corrigeert. Want aan de hand van deze methodiek ga ik toetsen in hoeverre art. 8bb Wet VPB 1969 de *mismatches* die worden bestreden door art. 10b Wet VPB 1969 bestrijdt. De vraag die centraal

staat in dit hoofdstuk is: Worden door het nieuwe wetsvoorstel en in het bijzonder door de introductie van art. 8bb Wet VPB 1969 de *verrekenprijsmismatches* generiek bestreden?

In hoofdstuk 5 geef ik eerst een beknopte samenvatting van de hierboven genoemde hoofdstukken aan de hand van de gestelde deelvragen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de conclusie en hierin wordt een antwoord gegeven op de probleemstelling van dit onderzoek. Ik zet hier mijn bevindingen uiteen en concludeer of art. 10b Wet VPB 1969 daadwerkelijk (grotendeels) overbodig is voor de Wet VPB 1969.

HOOFDSTUK 2

Theoretisch kader: (Internationale) transacties in concernverband

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het theoretisch kader beschreven. In het bijzonder wordt in dit hoofdstuk ingezoomd op het Zweedse Grootmoeder-arrest en art. 8b Wet VPB 1969. De *mismatches* die in de inleiding zijn beschreven komen voort uit het feit dat Nederland bij het berekenen van de belastbare winst van gelieerde vennootschappen kosten en baten van interne concerntransacties corrigeert naar zakelijk niveau, indien en voor zover die onzakelijk zijn. De correctie die voornamelijk aan bod komt in dit onderzoek is de rentecorrectie ten aanzien van een te lage (of geen) overeengekomen rente.

De deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk is:

Op welke wijze worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het arm's length beginsel?

In de eerste plaats wordt het Zweedse Grootmoeder-arrest onder het vergrootglas gelegd. Dit arrest ziet op een internationale transactie in concernverband. Daarna wordt art. 8b Wet VPB 1969 uiteengezet. Het *arm's length beginsel* komt ook aan bod in het Zweedse Grootmoeder-arrest, maar destijds was het wetsartikel nog niet gecodificeerd in de belastingwetten. Art. 8b Wet VBP 1969 is van belang voor het corrigeren van onzakelijke beloningen in concernverband naar een zakelijk niveau. Daarnaast ga ik kort in op art. 9 OESO-modelverdrag (hierna: OMV). Dit is het wetsartikel dat de Staatssecretaris als uitgangspunt nam bij het codificeren van art. 8b Wet VPB 1969. Aan het eind van het hoofdstuk komt een deelconclusie waarin ik de centrale deelvraag die hierboven vermeld staat beantwoord.

2.2 BNB 1978/252: het Zweedse Grootmoeder-arrest

2.2.1 Inleiding

Deze paragraaf begint met een korte schets van de casus en met de feiten en uitspraak van het Hof, vervolgens waar de betrokken partijen het niet over eens waren en tot slot de uitspraak van de Hoge Raad.²³

2.2.2 *Casus en oordeel Hof*

In het onderhavige arrest heeft een Zweedse vennootschap (A B.V.), moeder van de belanghebbende, een tweede Nederlandse vennootschap (X B.V.) opgericht. Met de ingang van de oprichtingsdatum van X B.V. vormen de belanghebbende en X B.V. een fiscale eenheid. Daarnaast worden kort na de oprichting van X B.V. de aandelen overgedragen aan de belanghebbende tegen een lening aan A B.V. Zie de Appendix 1 voor een visualisering van het concern. In de loop der jaren verstrekte A B.V. leningen aan X B.V., maar over deze leningen werd geen rente berekend.

Het Hof is van mening dat de geldleningen die zijn verstrekt door A B.V. aan X B.V. zijn overeengekomen in het belang van het concern. Het Hof oordeelt dat de grootmoederverenootschap X B.V. bewust wilde bevoordelen en om deze reden geen rente heeft bedongen over de geldleningen. In dit geval is sprake van informele kapitaalstortingen ter grootte van de niet-bedongen rente op die leningen. A B.V. heeft volgens het Hof gehandeld in belang van het concern en daarmee bewust haar kleindochter bevoordeeld.

2.2.3 *Kostensfeer versus vermogenssfeer*

Zoals de titel impliceert komt de kostensfeer en de vermogenssfeer aan bod in deze paragraaf. Voordat hier dieper op wordt ingegaan, komen eerst nog kort de definities van de beide sferen aan de orde. Van inbreng in de kostensfeer is sprake indien een aandeelhouder op grond van de aandeelhoudersrelatie te lage (of te hoge) kosten berekent. Van inbreng in de vermogenssfeer is sprake indien de bevoordeling plaatsvindt in de vorm van geld of goederen op grond van de aandeelhoudersrelatie.

In cassatie vocht de Staatssecretaris de inbreng in de vermogenssfeer met betrekking tot de leningen in paragraaf 2.2.2 aan. Als eerste beweerde de Staatssecretaris dat hier geen sprake mag zijn van een informele kapitaalstorting en ten tweede dat de fiscale winstberekening niet toelaat rekening te houden met de in werkelijkheid niet betaalde of verschuldigde kosten. De Staatssecretaris is van mening dat informele kapitaalstortingen zich niet kunnen voordoen in de

²³ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

sfeer van de baten en de lasten (lees: kostensfeer), maar uitsluitend in de vermogenssfeer. Aangezien het in het Zweedse Grootmoeder-arrest de kostensfeer betreft acht de Staatssecretaris een informele kapitaalstorting dus niet mogelijk.

Daarnaast, afgezien van de vraag of hier sprake is van een informele kapitaalstorting, was de Staatssecretaris van mening dat op grond van goedkoopmansgebruik het toepassen van fictieve rente aftrek niet toelaatbaar is. Hij vond dat dit in strijd was met de kostenarresten uit de inkomstenbelasting.²⁴ In deze arresten wordt gesteld dat enkel de werkelijk gemaakte kosten als bedrijfslast in aanmerking kunnen komen. De voor de inkomstenbelasting gewezen kostenarresten waren volgens de Staatssecretaris (via art. 8 Wet VPB 1969) van overeenkomstige toepassing op de vennootschapsbelasting. De Staatssecretaris heeft dit destijds onderbouwd door te stellen dat in wezen geen sprake is van een verschil tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Uit de huidige literatuur en jurisprudentie is duidelijk dat de beredenering van de Staatssecretaris niet juist is. In het geval dat onderscheid gemaakt wordt tussen de kostensfeer en de vermogenssfeer binnen de vennootschapsbelasting dan wordt de beoogde bevoordeling in de kostensfeer van de vennootschap als winst aangemerkt. Dit is onwenselijk aangezien het geen winst uit onderneming is, maar het voordeel voorkomt uit aandeelhouderschap. Deze onevenwichtigheid kan niet gelezen worden in de eenvoudig en consequent uitgewerkte bepalingen waarin het winstbegrip is neergelegd en waarin baten en lasten, alsmede vermogensvoor- en -nadelen zonder onderscheid worden beheerst door enkele formulering.²⁵

Zoals benoemd in het voorgaande komt de onderbouwing van de Staatssecretaris voort uit de kostenarresten. Dit komt voort uit de uitspraak van de Hoge Raad in BNB 1957/165: *“Een voordeel in geld of goederen doet toekomen.”*²⁶ Enkel een correctie van stortingen (en onttrekkingen) in de vermogenssfeer wordt toegestaan. Dit is echter geenszins een bewijs voor het feit dat bevoordelingen in de vermogenssfeer fundamenteel verschillen van bevoordelingen in de kostensfeer. Sterker nog, in BNB 1969/5²⁷ wordt een correctie in de vermogenssfeer niet geaccepteerd en in BNB 1970/62²⁸ wordt een correctie in de kostensfeer geaccepteerd. De mening van de Staatssecretaris dat het bevoordelen in de vermogenssfeer en bevoordelen in de

²⁴ Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, BNB 1957/163, Hoge Raad 12 februari 1958, nr. 13 456, BNB 1958/116, Hoge Raad 10 december 1958, nr. 13 791, BNB 1959/51 en Hoge Raad 18 november 1959, nr. 14 020, BNB 1959/386.

²⁵ Hoge Raad 20 oktober 1971, nr. 16 580, BNB 1971/233.

²⁶ Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, BNB 1957/163.

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

²⁸ Hoge Raad 7 januari 1970, nr. 16 279, BNB 1970/62.

kostensfeer fundamenteel verschillen, gaat dus niet op. Beide sferen kunnen zorgen voor een correctie.

Het door de Staatssecretaris in zijn beroepschrift in cassatie gemaakte onderscheid is voor de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Van Soest vreemd aan het winstbegrip van de vennootschapsbelasting.²⁹ Volgens de A-G moet getoetst worden aan hetgeen objectief, redelijk en normaal is; zodoende moet bij de intentie tot bevoordelen van de wederpartij de invloed uit de transactie geëlimineerd worden. In de conclusie van de A-G komt naar voren dat geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen de kostensfeer en de vermogenssfeer. Volgens de A-G is de bevoordeling in deze casus een verbijzondering van de in BNB 1957/163 aan de orde komende situatie waarin de aandeelhouder een te lage prijs ontvangt voor een prestatie aan diens dochtervennootschap. De A-G maakt dus geen onderscheid tussen de beide sferen en keurt een correctie op de vergoeding goed.

2.2.4 Oordeel van de Hoge Raad

De (beknpte) letterlijke uitspraak van de Hoge Raad wordt hieronder geciteerd:

*“Dat het Hof aan het door hem vastgestelde feit dat A om redenen van concernbelang geen rente heeft bedongen de betekenis heeft toegekend, dat A in haar kwaliteit van grootmoedermaatschappij de dochtermaatschappij van belanghebbende (...) met de rente, die zij had kunnen bedingen en buiten die kwaliteit ook zou hebben bedongen, bewust heeft willen bevoordelen. (...) en dat het Hof terecht dit voordeel niet tot de winst heeft gerekend (...) dat daarbij niet van belang is of meergenoemd voordeel tot de vermogenssfeer dan wel tot die van baten en lasten behoorde en evenmin hoe het voordeel zou kunnen worden gekwalificeerd.”*³⁰

In de eerste zinsnede van het bovenstaande geciteerde stuk bevestigt de Hoge Raad eerdere jurisprudentie³¹. De Hoge Raad benadrukt dat in het geval van bewuste bevoordeling door grootmoedervernootschap aan de kleindochtervennootschap sprake is van een informele kapitaalstorting. In de laatste zinsnede benadrukt de Hoge Raad dat in de onderhavige casus geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen vermogenssfeer en kostensfeer.

²⁹ Informele kapitaalbrengen kunnen zich naar het oordeel van de Staatssecretaris niet voordoen in de sfeer van de baten en lasten, doch uitsluitend in de vermogenssfeer.

³⁰ Hoge Raad 31 mei 1978, 18 230, BNB 1978/252

³¹ Twee arresten genoemd door de A-G zijn: Hoge Raad 9 januari 1957, nr. 12 936, BNB 1957/163 en Hoge Raad 3 april 1957/165, nr. 13 084, BNB 1957/165.

2.3 Art. 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

2.3.1 Inleiding

De hierboven beschreven correctie naar zakelijk niveau van beprijzingen bij concerntransacties is in feite datgene wat in het internationaal belastingrecht het *arm's length beginsel* wordt genoemd. Het *arm's length beginsel* is in 1963 opgenomen in art. 9 van het OMV en in 1980 opgenomen in art. 9 van het verdrag van de Verenigde Naties ter voorkoming van dubbele belasting tussen ontwikkelde en onontwikkelde landen. Vanuit internationaal verband was veel kritiek op Nederland aangezien de wettekst niet gecodificeerd was en daarom onvoldoende gewaarborgd werd.³² Hierdoor werd in 2002 het *arm's length beginsel* gecodificeerd in de Nederlandse belastingwetten als art. 8b Wet VPB 1969.³³

In deze paragraaf behandel ik eerst het doel en de strekking van art. 8b Wet VPB 1969. Daarna ga ik in op het verschil tussen art. 8b Wet VPB 1969 en het in de jurisprudentie op basis van art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 Wet VPB 1969 ontwikkelde *arm's length beginsel*. Ik behandel ook kort art. 9 van het OMV aangezien dit voor de implementatie van art. 8b Wet VPB 1969 de leidraad was van het *arm's length beginsel*.

2.3.2 Doel en strekking

In 2002, toen het *arm's length beginsel* werd gecodificeerd in de wet, is in de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) aangegeven dat de Staatssecretaris streefde naar een zo groot mogelijke gelijkheid met art. 9 van het OMV (zie 2.3.4).³⁴ Volgens de Staatssecretaris is het van belang dat zowel gelieerde als niet-gelieerde vennootschappen op gelijke wijze in de belastingheffing worden betrokken.³⁵ Dit wordt bewerkstelligd door gelieerde vennootschappen te behandelen alsof zij onafhankelijke partijen zijn. In Appendix 2 is een eenvoudige uitwerking en uitleg van art. 8b Wet VPB 1969 te vinden. Door de werking van dit artikel maakt het niet uit – vanuit fiscaal perspectief – of een vennootschap zou handelen met een gelieerde vennootschap (ook wel: binnen een concern) of een onafhankelijke derde vennootschap. Daarnaast is uit de parlementaire behandeling gebleken dat de Staatsecretaris hoopt met zowel art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 IB 2001 en art. 8b Wet VPB 1969 een stok achter de deur te hebben om te voorkomen dat heffingsbevoegdheid verdwijnt naar laagbelaste

³² Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3.

³³ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3.

³⁴ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3.

³⁵ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3.

jurisdicties of jurisdicties met voordelige en uitgebreide verrekenprijswetgevingen.³⁶ In het geval dat dit beginsel zou ontbreken, zouden concerns zelf vorm kunnen geven aan grensoverschrijdende transacties en deze in kunnen vullen per jurisdictie naar gewenste verhouding.³⁷ Hierdoor kunnen entiteiten onderling onzakelijk handelen en voordelen laten vallen in jurisdicties naar wens. Dus een gebrek aan het *arm's length beginsel* kan resulteren in dubbele non-heffing, wat nadelig is voor de desbetreffende jurisdictie.

2.3.3 Art. 9 OESO-modelverdrag: *arm's length* in internationaal belastingrecht

Art. 9 OVM kan gezien worden als de moeder van art. 8b Wet VPB 1969 aangezien bij de implementatie, zoals hiervoor ook benoemd, de Staatssecretaris streefde naar zo groot mogelijke gelijkheid met art. 9 OMV:

*“Met deze codificatie wordt bevestigd dat het arm's length beginsel zoals dat is neergelegd in artikel 9 van het OESO-modelverdrag van toepassing is in Nederland. Hiermee is tevens beoogd dat de invulling die in de Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations (OESO-richtlijnen) wordt gegeven aan artikel 9 van het OESO-modelverdrag doorwerkt in de Nederlandse rechtspraak.”*³⁸

De verdragstekst van art. 9 OVM suggereert dat een staat de optie heeft om de baten op fictieve wijze alsnog neer te laten slaan in een desbetreffende vennootschap en zodoende in de winst te betrekken. De verdragstekst is niet dwingend geschreven, maar dat komt mijns inziens doordat belastingverdragen de rechten kunnen verdelen, maar niet kunnen creëren.³⁹ Volgens De Hosson wordt, bij het aandachtig en gestructureerd lezen, wel degelijk een plicht opgeroepen in art. 9 OVM.⁴⁰ In de verdragstekst is te lezen dat een verbod wordt gelegd op het herschrijven van de rekeningen in het geval dat de transactie tussen vennootschappen normaal (lees: zakelijk) is gelopen. In het heden zal over de verplichte oproep van art. 9 OVM geen twijfel zijn, want hedendaagse multinationale ondernemingen (hierna: MNO) spelen een geheel andere rol dan die in de tijd van de introductie van art. 9 OMV. In het heden dragen zij een

³⁶ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 5.

³⁷ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Kluwer 2014.

³⁸ Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3 (MvT), blz. 8.

³⁹ A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, *Internationaal belastingrecht*, FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2011.

⁴⁰ F.C. de Hosson, *Renteaftrekbepalingen en het Nederlandse verdragsbeleid*, WFR 2011/1258.

verantwoordelijke rol waarin het voorkomen van misbruik van belastingverdragen en belastingwetgevingen een grotere rol speelt.⁴¹

2.4 **Deelconclusie**

De vraag die centraal stond in dit hoofdstuk is: *Op welke wijze worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het arm's length beginsel?* Het antwoord op deze deelvraag is: bij zuivere toepassing dienen transacties in concernverband gecorrigeerd te worden op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 (en 8b) Wet VPB 1969.

⁴¹ *Action Plan on base Erosion and Profit shifting*, OECD: 2013, H1.

HOOFDSTUK 3

Art. 10b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt art. 10b Wet VPB 1969 besproken. Voordat dit wetsartikel in 2007 geïmplementeerd werd in de vennootschapsbelasting kende de vennootschapsbelasting een voorloper, art. 10, eerste lid, onderdeel d Wet VPB 1969 in combinatie met de leden 2 tot en met 4. Ik zal kort ingaan op deze voorloper in de paragraaf voorgeschiedenis (3.2) om een idee te schetsen waaruit art. 10b Wet VPB 1969 is voortgezet. Hierna ga ik in op de wettekst van art. 10b Wet VPB 1969 en waarom dit wetsartikel in de Wet VPB 1969 is opgenomen. Ik ga ook in op de vereisten die ervoor zorgen dat een belastingplichtige onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 valt. Daarnaast benoem ik ook nog kort de jurisprudentie rondom de onzakelijke lening, aangezien een lening die onder de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 valt, gecategoriseerd wordt als een onzakelijke lening. Vervolgens ga ik in op de problemen die kunnen ontstaan door de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 en welke oplossingen de Staatssecretaris en fiscalisten voor ogen hebben.

Art. 10b Wet VPB 1969 is door de jaren heen meermaals besproken in de Tweede Kamer.⁴² Dit is niet zonder reden en in dit hoofdstuk ga ik de knelpunten benoemen om vervolgens de regeling te toetsen op rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie.⁴³⁴⁴ Dit zijn de drie kernwaarden die specifiek voor ons belastingsysteem van belang zijn. De regeling is rechtvaardig als die niet onnodig willekeurig of onevenwichtig uitpakt voor belastingplichtigen. Dit is lastig te bepalen aangezien rechtvaardigheid geen eenduidig begrip is. Wat iemand rechtvaardig vindt, verschilt van persoon tot persoon. Toch is hier wel een mogelijkheid tot objectivering; bijvoorbeeld in het geval van universele normen en waarden. Een voorbeeld hiervoor is het gelijkheidsbeginsel, gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van ongelijkheid. De regeling is effectief als het beoogde doel wordt bereikt. In andere woorden, de beoordeling of de gewenste resultaten

⁴² Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 8, Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 18, Kamerstukken II 2018/2019, 35 028, nr. 21, p. 35-36 en Kamerstukken II 2018/2019, 35 030, nr. 3.

⁴³ L.G.M. Stevens, *Hoe beschermen we op termijn de kernwaarden van de belastingheffing?*, WFR 2013/587.

⁴⁴ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 496.

behaald worden.⁴⁵ Als laatste, de regeling is efficiënt als het gewenste doel bereikt wordt zonder onnodig veel gevallen te treffen waar de regeling niet op van toepassing behoort te zijn.⁴⁶ Dit betreft de kosten-baten analyse, op een zo goedkoop mogelijke manier tot een bepaald doel te komen. In andere woorden, wat is de meest efficiënte manier hoe de belastingdienst belastingopbrengst kan genereren. Het verschil tussen effectiviteit en efficiëntie wordt duidelijk bij het gebruik van de rentebepalingen in de Wet VPB 1969. De bepaling leidt uiteindelijk wel tot het doel ‘niet aftrekbaar’, maar dit kan door een ingewikkelde bepaling op een moeizame of wel dure wijze zijn verlopen.

De deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk is:

Welke lessen leert art. 10b Wet VPB 1969 met het oog op het tot stand brengen van een rechtvaardige, effectieve en efficiënte bepaling om mismatches tegen te gaan?

Aan de hand van dit hoofdstuk wordt een duidelijk beeld geschetst van wat de wetgever voor ogen had bij het opstellen van dit wetsartikel. Daarnaast ga ik door middel van verschillende kritiekpunten een onderbouwde mening vormen over de reikwijdte en toepassing van art. 10b Wet VPB 1969.

3.2 Voorgeschiedenis

Art. 10b Wet VPB 1969 is de voortzetting van art. 10, eerste lid, onderdeel d jo. vierde lid Wet VPB 1969⁴⁷ na de verandering in 2002 en vóór de verandering in 2007 (hierna aangeduid als: het oude art. 10 Wet VPB 1969) en staat volledig los van het oude art. 10b Wet VPB 1969.⁴⁸

Het oude art. 10 Wet VPB 1969 was verdeeld in vier leden. In deze scriptie ga ik alleen in op het vierde lid aangezien enkel dit lid van belang is voor dit onderzoek. In lid 4 van het oude art. 10 Wet VPB 1969 wordt geacht een geldlening tot stand te zijn gekomen met een gelieerd lichaam in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. Daarnaast worden de vergoedingen, betaald op de geldleningen, in twee gevallen bij wetsfictie geacht winstafhankelijk te zijn. Dit kan enerzijds zijn dat geen rente overeengekomen is en anderzijds dat een rente in belangrijke

⁴⁵ Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, “Naar een activerender belastingstelsel, Eindrapport”, juni 2013, p. 101.

⁴⁶ T.M. Rongen, “Fiscaliteit, politiek en dynamiek”, Forfaitair 2009/196.

⁴⁷ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3.

⁴⁸ Niet relevant voor de scriptie, maar het huidige art. 10b Wet VPB 1969 is geïntroduceerd als art. 10c Wet VPB 1969 en niet als art. 10b Wet VPB 1969. Dit artikel bestond al, maar is vervallen.

mate (de fiscale term voor 30% of meer) lager of hoger is dan de rente die overeengekomen zou zijn tussen onafhankelijke derden in het economisch verkeer.

De afwijking van 30% van het oude art. 10 Wet VPB 1969 is arbitrair en leidt tot overkill.⁴⁹ Geldleningen vallen Niekel, Gunst en Van der Linde te snel onder de toepassing van het oude art. 10, vierde lid Wet VPB 1969. Zij vinden dat de term grotendeels (de fiscale term voor 50% of meer) redelijker is dan de term in belangrijke mate van het oude art. 10, vierde lid Wet VPB 1969. Het is dan wel gunstiger voor de belastingplichtige, maar het is net zo arbitrair als de afwijking van 30%.

3.3 Art. 10b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

3.3.1 Inleiding

In 2006 werd bij het wetsvoorstel van Wet werken aan winst het oude art. 10 Wet VPB 1969 deels ondergebracht in art. 10b Wet VPB 1969.⁵⁰ Hiervoor zijn in het bijzonder de stukken tekst van het oude art. 10, vierde lid Wet VPB 1969 gebruikt voor de formulering van de wettekst van art. 10b Wet VPB 1969.

Het oude art. 10, eerste lid, onderdeel d Wet VPB 1969 leek⁵¹ veel op het nu geldende art. 10b Wet VPB 1969 en komt volgens de MvT inhoudelijk overeen met dat per dezelfde datum vervallen art. 10, vierde lid Wet VPB 1969.⁵² Op grond hiervan is aan te nemen dat de wetsgeschiedenis met betrekking tot het oude art. 10, vierde lid Wet VPB 1969 van belang blijft voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969.

De Redactie Vakstudie Nieuws laat weten in het commentaar dat zij de reden voor invoering van het wetsvoorstel niet duidelijk vindt.⁵³ Daarmede heeft de Hoge Raad geen reden tot invoering van het (destijds) nieuwe artikel gegeven. De Redactie Vakstudie Nieuws is van mening dat art. 10b Wet VPB 1969 materieel gelijk is aan het thans geldende art. 10, vierde lid Wet VPB. Afgezien van de kritiek van de Redactie Vakstudie Nieuws hebben meer partijen kritiek gegeven over het wetsvoorstel.⁵⁴ In het algemeen is de fiscale wereld niet enthousiast

⁴⁹ S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, *Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen*, FED 2002/117.

⁵⁰ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 2.

⁵¹ Het wordt aan de belastingrechter overgelaten om het begrip hybride geldlening in te vullen.

⁵² Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3.

⁵³ Redactie V-N, *Wetsvoorstel "Werken aan Winst"*, V-N 2006/30.4.

⁵⁴ Zie voetnoten 55 en 56.

over de (nieuwe) wetsbepaling. Voor de sommige partijen had het wetsartikel vroegtijdig geschrapt mogen worden⁵⁵ en voor andere had een verbetering⁵⁶ de wetsbepaling goed gedaan. Ik ga in een latere paragraaf hier verder op in aangezien de kritiek op art. 10b Wet VPB 1969 niet voor niets is.

In deze paragraaf worden de voorwaarden om onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 te vallen aangekaart: gelieerdheid, geldlening, looptijd en vergoeding. Behandeld wordt hoe aan deze voorwaarden getoetst moet worden, maar ook waarom de Staatssecretaris voor deze voorwaarden heeft gekozen. Vervolgens ga ik in op de onzakelijke lening in verband met art. 10b Wet VPB 1969, aangezien leningen die vallen onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 aangemerkt kunnen worden als een onzakelijke lening. Als laatste worden kritiekpunten rondom art. 10b Wet VPB 1969 besproken.

3.3.2 *Gelieerdheid*

Een voorwaarde om onder art. 10b Wet VPB 1969 te vallen is in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 een geldlening verkrijgen van een lichaam waarmee de belastingplichtige gelieerd is. Om dit kenmerk van art. 10b Wet VPB 1969 te verduidelijken wordt ingezoomd op art. 8b Wet VPB 1969. In de eerste volzin van art. 8b, eerste lid Wet VPB 1969 staat: “*een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ...*”. In art. 8b, tweede lid Wet VPB 1969 staat in de eerste volzin iets vergelijkbaars en in beide volzinnen wordt geen specifiek aandeelhoudersbelang genoemd. De Staatssecretaris heeft hier expliciet voor gekozen in navolging van art. 9 OMV. Het is onwenselijk als een belastingplichtige (en een met haar gelieerd(e) lichaam of lichamen) hierdoor de gelieerdheid kan sturen en manipuleren⁵⁷. Dit houdt in dat een belastingplichtige gelieerd kan zijn op grond van een aandeelhoudersrelatie, maar ook door middel van een bestuurders- of toezichtrelatie. Dit heeft tot gevolg dat binnen concerns de belastingplichtige(n) niet onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 uit

⁵⁵ Zie onder andere: R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, *Krijgt u de renteaftrek voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek*, WFR 2006/774, R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, *Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede Ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek*, WFR 2006/1064, E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!*, NFTR 2006/1236 en F. Elswieier & J.A.G. van der Geld, *Renteaftrekbepalingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, tijd voor sanering!*, TFO 2012/120.1

⁵⁶ Zie onder andere: M.L. Molenaars, *De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst*, WFR 2006/1071 en Q.W.J.C.H. Kok, *de herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht*, MBB 2007/3.

⁵⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3.

kunnen komen door gebruik te maken van lichamen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal, zoals bijvoorbeeld stichtingen en buitenlandse rechtsvormen zoals trusts. Omdat een dergelijke kwantificering ontbreekt, wordt de gelieerdheid geconstateerd op grond van de zeggenschap van de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder. Zeggenschap wordt bepaald door de invloed die een (rechts)persoon uit kan oefenen ten aanzien van de vaststelling van de prijzen voor de transactie. Daarnaast zal normaal toezicht niet per definitie tot een dergelijke zeggenschap leiden. Dit wil zeggen dat een bank die in het kader van kredietverstrekking een toezichthoudende functie vervult bij een onderneming niet voor art. 8b Wet VPB 1969 een dergelijke zeggenschap heeft over de onderneming. Ditzelfde geldt voor een commissaris als toezichthouder.

Gelieerdheid kan plaatsvinden in de vorm van een verticale gelieerdheid en een horizontale gelieerdheid. Een verticale gelieerdheid is aanwezig bij zeggenschap over een andere partij (door middel van toezicht, leiding of aandeelhoudersband).⁵⁸ Indien twee partijen onder de zeggenschap van eenzelfde persoon staan, is sprake van horizontale gelieerdheid.⁵⁹ De gedachtegang van de Staatssecretaris is mijns inziens begrijpelijk, maar het kan wellicht te breed opgevat worden.

Stel een situatie voor waarin een belastingplichtige en een met haar gelieerd lichaam valt onder de beperking van art. 10b Wet VPB 1969 en waarbij in een later jaar de zeggenschap van deze belastingplichtige (deels) afneemt. Dan ben ik benieuwd hoe dan wordt bepaald wanneer de belastingplichtige niet meer gelieerd is voor art. 10b Wet VPB 1969. Uit de parlementaire behandeling is niet direct duidelijk in hoeverre een wijziging in de gelieerdheid tussen crediteur en debiteur invloed heeft op de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969. Dit komt hoogstwaarschijnlijk doordat effectief niks verandert aan wat voorheen is overeengekomen tussen de partijen. Stel een moedervernootschap verstrekt een langlopende renteloze lening (die voldoet aan de eisen van art. 10b Wet VPB 1969) aan een dochtervernootschap. Voor het gemak bezit de moeder 100% van het aandelenbelang in de dochter. De rente wordt nu beperkt in de aftrek bij de dochtervernootschap. De moedervernootschap in kwestie verkoopt nu grotendeels haar aandelen aan een derde partij, waardoor zij niet meer een doorslaggevende invloed heeft op de verrekenprijzen die overeen worden gekomen met de dochtervernootschap. In de onderhavige situatie is de gelieerdheid gewijzigd tussen de twee partijen, maar deze

⁵⁸ Denk bijvoorbeeld aan een moedervernootschap-en-dochtervernootschapsrelatie (eerste volzin van art. 8b, eerste lid Wet VPB 1969).

⁵⁹ Denk bijvoorbeeld aan zustermaatschappijrelatie (art. 8b, tweede lid Wet VPB 1969).

wijziging verandert niet het karakter of de intentie van de lening die in eerste instantie overeengekomen is. Ik veronderstel dat de uitlenende vennootschap de renteloze lening blijft verstekken en niet door de afname van gelieerdheid besluit de lening op te heffen. Gezien het feit dat de Staatssecretaris in de parlementaire behandeling niet expliciet is geweest over wat dient te gebeuren bij een wijziging van gelieerdheid dient gekeken te worden naar de wettekst om van daaruit te bepalen wat dient te gebeuren bij een wijziging in de gelieerdheid. In de wettekst van art. 10b Wet VPB 1969 staat: “(...) waarmee hij is gelieerd in de zin van artikel 8b (...)”. Mijns inziens is voor art. 10b Wet VPB 1969 van belang om te toetsen of de belastingplichtige de geldlening heeft verkregen van een gelieerd lichaam en dat deze partij nog steeds gelieerd is. Het voorgaande zou inhouden dat op het moment dat de moedervenootschap de aandelen grotendeels verkoopt aan een derde partij de moedervenootschap en dochtervenootschap ophouden gelieerd te zijn. Dit is mijns inziens in lijn met het doel en de strekking van art. 10b Wet VPB 1969 aangezien art. 10b Wet VPB 1969 ziet op het tegengaan van het evidente risico op internationale *mismatches*.⁶⁰ Bij verlies van gelieerdheid zal de overeengekomen lening ook meer gelden als een lening tussen derden, maar zolang de lening loopt is de intentie (in eerste instantie) leidend.

3.3.3 Geldlening

3.3.3.1 De civielrechtelijke geldlening

Een 10b-lening moet voor de Wet VPB 1969 allereerst aangemerkt worden als een civielrechtelijke lening. Het civiele recht staat in het Burgerlijk wetboek (hierna: BW) en in de fiscaliteit wordt bij de kwalificatie van leningen en kapitaal in beginsel het civiele recht gevolgd. Volgens het BW is een geldlening: “*De overeenkomst van geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.*”⁶¹ In art. 7:129b, tweede lid BW staat dat de lener verplicht is over de geleende som rente te betalen, tenzij uit de overeenkomst voortvloeit dat geen rente verschuldigd is. Daarnaast staat nog in art. 7:129e en 7:129f BW dat de lener verplicht is terug te betalen (binnen 6 weken of nader te bepalen) als de uitlener dit opeist.

3.3.3.2 De fiscaalrechtelijke geldlening

⁶⁰ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3.

⁶¹ Art. 7:129 t/m 7:129f BW.

Indien civielrechtelijk sprake is van een geldlening rest alleen nog te beoordelen of de lening fiscaal eveneens als lening dient te gelden. In het Unilever-arrest oordeelde de Hoge Raad dat in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie als lening ook fiscaal wordt gevolgd, tenzij sprake is van deze drie uitzonderingen uit de jurisprudentie: de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.⁶² Ik ga in deze scriptie hier niet verder op in, aangezien het voor de beantwoording van mijn probleemstelling niet essentieel is.

3.3.4 *Looptijd*

3.3.4.1 *Inleiding*

In de wettekst van art. 10b Wet VPB 1969 is te lezen: “(...) *geen vaste aflossingsdatum heeft of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar na het tijdstip van het aangaan (...).*”⁶³ Hieruit is op te halen dat 10b-leningen een oneindige looptijd hebben of een looptijd van meer dan 10 jaar. De looptijd van een lening wordt voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 volgens Brandsma bepaald op hetgeen schriftelijk is overeengekomen.⁶⁴ Daarnaast is beargumenteerd door Strik en De Vries dat het niet voldoende is om onder de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 uit te komen door aan de lening een optie tot eerder aflossen toe te voegen.⁶⁵

3.3.4.2 *Aangepaste of onduidelijke looptijd*

Als de looptijd van de geldlening wordt verlengd valt de belastingplichtige onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969. Dit is te lezen in de laatste volzin van art. 10b Wet VPB 1969; “*Bij verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip wordt voor de toepassing van de eerste volzin de geldlening geacht vanaf het tijdstip van totstandkoming die nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad.*” Dus als de looptijd van de geldlening wordt verlengd, kan dit leiden tot correcties van de rente die in eerste instantie wel in aanmerking mochten worden genomen. Ondertussen is niet te lezen in de wettekst wat gebeurt zodra de geldlening verkort wordt. Een redelijke oplossing zou zijn om de lening met terugwerkende kracht te herbeoordelen, maar de Staatssecretaris heeft hier een andere mening over. In de parlementaire

⁶² Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

⁶³ Art. 10b Wet VPB 1969.

⁶⁴ R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*, Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003, p. 111.

⁶⁵ S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Vennootschapsbelasting*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012, p.215.

behandeling van de voorganger van art. 10b Wet VPB geeft de Staatssecretaris aan dat de verkorting van de looptijd enkel gevolgen heeft voor de toekomst.⁶⁶ Dit houdt in dat vanaf het moment dat de geldlening niet meer kwalificeert als een 10b-lening de rente niet meer in aftrek beperkt wordt, maar de in aftrek beperkte rente van de jaren daarvoor niet met terugwerkende kracht in aftrek kan worden genomen door de belastingplichtige. De Staatssecretaris geeft geen verdere uitleg waarom dit de keuze is, maar hierover is wel te constateren dat een zekere onevenwichtigheid gecreëerd wordt.⁶⁷ Naar mijn mening heeft de Staatssecretaris als gedachtegang de belastingplichtige aan te willen moedigen geen ongewenste 10b-lening op te stellen. Aangezien art. 10b Wet VPB 1969 een antimisbruikbepaling is, wil de Staatssecretaris ervoor zorgen dat leningen die onder de toepassing van deze wettekst vallen, worden vermeden.

In 2021 heeft Hof Amsterdam een uitspraak gedaan over wat dient te gebeuren als geen specifieke aflossingsdatum wordt afgesproken, maar wel binnen 10 jaar de gehele geldlening is afgelost.⁶⁸ In dit geval heeft een belastingplichtige aandelen gekocht van een gelieerde partij met een geldlening die door dezelfde gelieerde partij was verstrekt. Op de geldlening was geen rente bedongen en de lening werd afbetaald '*as soon as possible*'. In eerste instantie zou de lening afbetaald worden in 2012, maar uiteindelijk is de lening, na 3,5 jaar, afbetaald in 2015. De belastingplichtige heeft in deze periode een geïmputeerde rente in aanmerking genomen op basis van de totaalwinstgedachte. Het Hof Amsterdam heeft hierover geoordeeld dat een concrete (uiterste) aflossingsdatum afgesproken had moeten zijn. Dus de in aanmerking genomen geïmputeerde rente wordt beperkt in de aftrek.⁶⁹ Een voorwaardelijke aflossingsdatum is niet concreet genoeg. De intentie om de lening binnen 10 jaar af te lossen en de lening vervolgens ook binnen 10 jaar af te lossen, heeft op de beoordeling van een vaste aflossingsdatum geen invloed. Het hoger beroep van de belastingplichtige is ook ongegrond verklaard. De uitspraak van Hof Amsterdam komt overeen met wat de Staatssecretaris heeft gesteld over de looptijd die verkort wordt. Het gaat er bij het beoordelen van de toepassing voor art. 10b Wet VPB 1969 niet om wat de intentie is, maar wat is overeengekomen. In het geval van de verkorte looptijd is in eerste instantie een lening overeengekomen die onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 valt. Doordat de belastingplichtige geen concrete looptijd heeft

⁶⁶ Kamerstukken I 2001/2002, 28 034, nr. 123b.

⁶⁷ S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, *Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen*, FED 2002/117.

⁶⁸ Hof Amsterdam 8 juni 2021, nr. 19/01647, BNB 2022/6.

⁶⁹ Redactie V-N, *As soon as possible is geen vaste aflossingsdatum*, V-N 2021/2373.

afgesproken, valt de overeengekomen geldlening onder een lening zonder vaste aflossingsdatum.

3.3.4.3 *Omzeilen*

Art. 10b Wet VPB 1969 heeft duidelijk in de wettekst staan dat het moet gaan om een lening van meer dan 10 jaar. Doordat de wetgever dit in de wettekst heeft opgenomen kan een belastingplichtige gemakkelijk onder de voorwaarden van art. 10b Wet VPB 1969 uitkomen. Stel een belastingplichtige ontvangt een lening van 9 jaar en 6 maanden tegen 1% rente (een niet-zakelijk rente in dit voorbeeld) van zijn moedermaatschappij. De belastingplichtige die deze lening is overeengekomen betaalt na de 9 jaar en 6 maanden de lening af met een nieuw overeengekomen geldlening (met vergelijkbare voorwaarden). Hierdoor komt de belastingplichtige niet toe aan de voorwaarden van art. 10b Wet VPB 1969 en kan die gemakkelijk onder de werking van dit artikel uit komen. Al met al is art. 10b Wet VPB 1969 in de praktijk gemakkelijk te omzeilen en in het sporadische geval dat een belastingplichtige binnen de klauwen van art. 10b Wet VPB 1969 valt dan is dit door onwetendheid of slechte advisering.⁷⁰

3.3.5 *Vergoeding*

De term vergoeding in art. 10b Wet VPB 1969 heeft een dubbele betekenis. Enerzijds gaat het om de vergoeding die tussen lichamen daadwerkelijk overeengekomen is anderzijds gaat het om de vergoeding die tussen onafhankelijke derden in het economische verkeer overeengekomen is. Het is begrijpelijk als niet duidelijk is wat allemaal onder het begrip vergoeding valt. In eerste instantie valt op in de wettekst dat niet zoals bij de artt. 10a, 10d (oud) en 15ad (oud) Wet VPB 1969 het woord rente(n) wordt gebruikt, maar vergoedingen. Dit impliceert dat het niet alleen om rente(n) gaat, maar om binnen de perken van dit onderzoek te blijven ga ik enkel in op de rente(n).

Volgens Van Strien wordt een economische benadering verwacht van het begrip vergoeding.⁷¹ Een geldverstrekker vraagt een vergoeding voor het geld dat hij heeft uitgeleend aangezien dezelfde zak geld hedendaags niet hetzelfde waard is als diezelfde zak geld over 6 jaar. De geldverstrekker wil gemiddeld genomen een gelijke hoeveelheid goederen kunnen

⁷⁰ S.A.W.J. Strik, *Vennootschapsbelasting*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2021.

⁷¹ J. Van Strien, *Renteaftrekkbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007.

kopen met het door hem verstrekte geld. Vandaar dat in de vergoeding een opslag zit voor inflatie. Daarnaast verwacht de geldverstrekker ook een vergoeding voor het uitlenen van het geld, aangezien de geldverstrekker in de periode dat de geldnemer het geld tot zijn beschikking heeft, met dit uitgeleende geld geen activiteiten kan ontplooiën. Kortom, de geldverstrekker wordt vergoed voor zijn tijd en inflatie. Daarnaast wordt in de vergoeding ook nog een risico berekend (ook wel aangeduid als: risicopremie) voor als de geldnemer niet in staat meer is het geld terug te betalen. Dit risico kan ontstaan uit allerhande omstandigheden. De vergoeding op een lening is een optelsom van de vergoeding voor de tijd dat de debiteur het geld tot zijn beschikking heeft, de inflatie en de vergoeding voor het risico dat de crediteur loopt.

3.3.5.1 *Vergoeding in belangrijke mate lager (niet hoger)*

In de wetstekst van art. 10b Wet VPB 1969 is te lezen dat het enkel gaat om een vergoeding die 30% lager, maar niet hoger, is dan onafhankelijke derden in het economisch verkeer overeen zijn gekomen. Ik snap dat de Staatssecretaris hiervoor heeft gekozen. Stel dat in Nederland op grond van art. 8b Wet VPB 1969 een zakelijke geïmputeerde rente in aanmerking wordt genomen op een lening met een te lage vergoeding. De geïmputeerde rente wordt in aftrek toegelaten in Nederland, maar de (lagere) daadwerkelijke rente wordt niet in de heffing betrokken in het buitenland. Dan ontstaat een onevenwichtige verhouding. Stel nu voor dat in Nederland een te hoge rente in aanmerking wordt genomen. In het geval van een te hoge rente wordt de belastingplichtige in Nederland gecorrigeerd naar een lagere zakelijke rente, maar de rente die in aanmerking wordt genomen in het buitenland is de hogere rente. In eerste instantie zorgt dit voor een onevenwichtige verhouding, want eigenlijk had de rente in het buitenland aangepast moeten worden naar een lagere zakelijke rente om een evenwichtige verhouding te krijgen, maar gezien het antimisbruikarakter van art. 10b Wet VPB 1969 lijkt het mijns inziens (en dat van de Staatssecretaris) geen enkel probleem dat een hogere rente in winst wordt betrokken in het buitenland en een lagere rente in aftrek genomen wordt in Nederland.

3.3.5.2 *Tussentijdse aanpassing van de vergoeding*

De looptijd van een lening kan tussentijds aangepast worden. Dit geldt ook voor de vergoeding die rust op de lening. In het geval van de vergoeding kan deze aangepast worden van zakelijk naar onzakelijk, *vice versa*. In de wettekst van art. 10b Wet VPB 1969 staat: “(...) heeft verkregen (...)”. Deze zinsnede doet blijken dat op het moment van het aangaan van de

lening gelijk getoetst wordt of de vergoeding zakelijk of onzakelijk is. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 10b Wet VPB 1969 is de Staatssecretaris hier niet dieper op ingegaan. Onder het oude art. 10 Wet VPB 1969 moest de lening in zo'n situatie opnieuw getoetst worden. Bouwman heeft zich hierover wel uitgesproken. Bouwman vindt dat de afspraken die gemaakt worden tijdens het aangaan van de lening leidend zijn.⁷² Hij is van mening dat wanneer de vergoeding op de lening tussentijds aangepast wordt van een zakelijke naar een onzakelijke lening en voldaan wordt aan het looptijdvereiste, de rente in aftrek beperkt moet worden bij de belastingplichtige. Jammer genoeg laat Bouwman zich niet uit over de situatie van onzakelijk naar zakelijk, maar mijns inziens zou dit moeten leiden tot het ontsmetten van de lening en zodoende mag de belastingplichtige de rente in aftrek brengen.

3.3.6 *De onzakelijke lening en art. 10b Wet VPB 1969*

3.3.6.1 *Jurisprudentie; wat is een onzakelijke lening?*

De definitie van een onzakelijke lening is een geldlening die verstrekt wordt onder zodanige omstandigheden en voorwaarden dat een onafhankelijke derde deze geldlening onder die condities niet of alleen tegen winstdelende rente zou hebben versterkt.⁷³ Als een lening onder zakelijke voorwaarden wordt verstrekt dan valt deze lening in beginsel in de ondernemingsfeer. Dit houdt in dat de voordelen en nadelen van de vergoeding onderdeel uitmaken van de winst. Dus op grond van goedkoopmansgebruik kan de crediteur een verlies op de lening aftrekken van de winst.⁷⁴

Het vaststellen van een onzakelijke lening wordt gedaan aan de hand van de gewezen jurisprudentie en hangt af van alle relevante, formele en materiële, feiten.⁷⁵ Uit de jurisprudentie is te concluderen dat tot op heden geen enkel op zichzelf staand feit of op zichzelf staande omstandigheid in alle gevallen de doorslag heeft gegeven. Elementen die een belangrijke rol kunnen spelen bij het vaststellen van een onzakelijke lening zijn: het wel of niet aanwezig zijn

⁷² N.J. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Wegwijsserie, Den Haag: SDU Uitgevers 2012, §4.3.2.4.

⁷³ F. Elswelier & R. Boltjes, *Onzakelijke lening*, Fiscale Monografieën 163, Deventer: Kluwer 2021.

⁷⁴ Het voorzichtigheidsbeginsel binnen goedkoopmansgebruik.

⁷⁵ Standaardarresten voor de onzakelijke lening: Hoge Raad 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191, Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38, Hoge Raad 25 november, 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78.

van een leningsovereenkomst, de voorwaarden waaronder een lening is verstrekt, de toekomstverwachtingen bij de debiteur en het betalen versus bijschrijven van de rente.⁷⁶

De leer van de onzakelijke lening is volledig gebaseerd op de jurisprudentie en is nog volop in beweging. Ik belicht kort een aantal belangrijke uitspraken over de onzakelijke lening die relevant zijn voor de werking van art. 10b Wet VPB 1969. Als eerste, twee uitspraken over de vergoeding op de onzakelijke lening. In 2011 en 2013 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de fiscale behandeling van onzakelijke leningen tussen gelieerde vennootschappen.⁷⁷ In deze twee arresten is naar voren gekomen dat een onzakelijke lening gecorrigeerd moet worden in overeenstemming met het *arm's length beginsel*. Dan kan worden verondersteld dat de geldlening zakelijk is. Indien geen marktconforme rente kan worden bepaald, moet worden verondersteld dat door de vennootschap bij het verstrekken van de geldlening aan een gelieerde partij een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Als tweede, een uitspraak uit 2013 waarin een lening in eerste instantie was aangegaan tegen zakelijke voorwaarden, maar door het onzakelijke handelen van de crediteur gedurende de looptijd van de lening onzakelijk werd.⁷⁸ Als derde, een uitspraak uit 2016 waarin de Hoge Raad een uitspraak heeft gedaan over de onzakelijke lening in een bijzondere omstandigheid.⁷⁹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat wanneer de schuldeiser en schuldenaar een zakelijke relatie hebben die ook bij afwezigheid van een concernrelatie van voldoende gewicht zou zijn voor de schuldeiser om een lening onder (onzakelijke) voorwaarden en omstandigheden te verstrekken, dit zakelijk wordt geacht.

3.3.6.2 Gevolgen voor art. 10b Wet VPB 1969

Zoals in de vorige paragraaf is te lezen, dient de belastingplichtige (en het gelieerde lichaam) in het geval van een onzakelijke lening rente te imputeren. De rente die in aanmerking genomen moet worden is de rente die ook overeen zou zijn gekomen tussen onafhankelijke derden.

Een onzakelijk lening kan in beginsel vallen onder de beperking van art. 10b Wet VPB 1969. Stel dat een belastingplichtige met een gelieerd lichaam een lening is overeengekomen tegen een vergoeding van 3%, terwijl de zakelijke rente (o.g.v. *arm's length beginsel*) 5%

⁷⁶ J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, FED Fiscale Brochure, Deventer: Kluwer 2018.

⁷⁷ Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 en Hoge Raad 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149.

⁷⁸ Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 12/03088, BNB 2013/148.

⁷⁹ Hoge Raad 14 oktober 2016, nr. 16/01370, V-N 2016/53.13.

bedraagt. De overeengekomen vergoeding op de lening wijkt met meer dan 30% af van de vergoeding die in het economische verkeer tot stand zou zijn gekomen, maar in de onderhavige casus wordt wel voldaan aan de looptijdvereiste. De belastingplichtige dreigt in de aftrek beperkt te worden, maar als zowel de crediteur en de debiteur corrigeren naar de zakelijke rente en daarmee de hogere risicopremie goed weten te maken dan wordt de belastingplichtige niet in aftrek beperkt. Met dit uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend wordt.⁸⁰ De in eerste instantie onzakelijke lening wordt zakelijk gemaakt. Mijns inziens is het redelijk dat deze lening (na het corrigeren) niet valt onder de toepassing van art. 10b Wet VPB. Welke (zakelijke) rente in aanmerking moet worden genomen bij een onzakelijke lening is naar voren gekomen in een uitspraak van de Hoge Raad in 2012:

“als vuistregel wordt gehanteerd dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.”⁸¹

Het kan dus in de discussie rondom art. 10b Wet VPB 1969 de belastingplichtige lonen om te stellen dat er sprake is van een onzakelijke lening.

3.4 **Kritiek omtrent art. 10b Wet VPB 1969**

3.4.1 *Economisch dubbele belastingheffing en vrijheid van vestiging*

Het voornaamste kritiekpunt over art. 10b Wet VPB 1969 is aan bod gekomen tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. De leden van de CDA-fractie hebben vragen gesteld aan de Staatssecretaris over het risico op economisch dubbele belasting met in het bijzonder de binnenlandse situaties en het gebruik van het hardheidclausulebeleid⁸² als oplossing.⁸³ De dubbele belasting kan optreden in het geval dat toch rente wordt belast bij de schuldeiser, maar de aftrek hiervan wordt beperkt bij de schuldnemer, bijvoorbeeld door een eenzijdige toepassing van het *arm's length beginsel*. De Staatssecretaris heeft bedacht de hardheidsclausule als oplossing hiervoor te gebruiken. Een hardheidsclausule geldt in het algemeen voor uitzonderingssituaties, die tot een onvoorziene en onredelijk benadelende

⁸⁰ V.L. Meijerman & R.C. Smit, *Art. 10b Wet VPB 1969: renteaftrekbeperking met onverwachte gevolgen*, WFR 2015/250.

⁸¹ Hoge Raad 25 november 2012, 08/05232, BNB 2012/37.

⁸² Art. 63 AWR.

⁸³ Kamerstukken II 2006/2007, 30 572, nr. B.

situatie kunnen leiden voor de betreffende burger of onderneming.⁸⁴ Het zorgwekkende is naar mijn mening dat het hier gaat om een zuivere nationale situatie en zeker niet een onvoorziene situatie. De wetgever heeft klaarblijkelijk een wetsbepaling geïntroduceerd die internationale *mismatches* moet voorkomen, maar in een standaard binnenlandse situatie zal leiden tot dubbele belastingheffing. Ondanks de gegronde vragen en bezwaren destijds van de CDA-fractie is het wetsartikel toch ingevoerd. Daarnaast wordt door middel van de hardheidsclausule de (fictieve) rente bij de crediteur buiten de heffing gehouden, aangezien het komt te vallen onder art. 13 vierde lid, Wet VPB 1969.⁸⁵ Naar mijn mening zou het redelijker zijn als de aftrek vooralsnog wordt toegestaan bij de debiteur. In een standaard crediteur-debiteurrelatie heeft de debiteur rentekosten die in beginsel op basis van het totaalwinstbeginsel in aftrek toegelaten zouden worden. De crediteur, die de lening verstrekt, heeft in het algemeen een sterkere financiële draagkracht dan de debiteur. Rekening houdend met deze gedachtegang zou het naar mijn mening redelijker zijn als de (fictieve) rentelasten eerder in aftrek worden toegestaan dan dat de (fictieve) rentebaten worden betrokken bij de, al financieel sterkere, crediteur.

In 2018 heeft wederom de CDA-fractie, maar ook VVD-fractie, het kabinet verzocht een toelichting te geven waarom artt. 10a en 10b Wet VPB 1969 blijven bestaan.⁸⁶ Hiermee doelen de leden van het fracties op het risico op dubbele belastingheffing in zowel nationale als internationale situaties. Volgens het kabinet kan art. 10b Wet VPB 1969 niet worden afgeschaft aangezien Nederland in het verleden in de Gedragscodegroep heeft toegezegd dat het de door art. 10b Wet VPB 1969 bestreken soort *mismatches* zal bestrijden. Daarnaast heeft Vleggeert benoemd dat de toepassing van een hardheidsclausule als oplossing voor de economisch dubbele belastingheffing in binnenlandse situaties kan resulteren in de belemmering van de vrijheid van vestiging.⁸⁷ Door de toepassing van de hardheidsclausule in louter binnenlandse situaties wordt de vrijheid van kapitaal, art. 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU), belemmerd. De binnenlands belastingplichtige kan een beroep doen op de hardheidsclausule en zodoende de lening laten vallen onder art. 13, vierde lid Wet VPB 1969. Dit houdt in dat per saldo niets wordt belast aangezien de vergoeding op de lening onder de deelnemingsvrijstelling valt. Daarentegen is dit niet mogelijk in grensoverschrijdende situaties, wat zorgt voor een onevenwichtige situatie.

⁸⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2014/3.11.

⁸⁵ Kamerstukken II 2002/2003, 28 487, nr. 7.

⁸⁶ Kamerstukken I 2018/2019, 35 030, nr. C.

⁸⁷ J.Vleggeert, *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht (FM nr. 132)*, Deventer: Kluwer 2009.

3.4.2 *Gebrek aan toepassing*

Zoals in paragraaf 3.3.4 aan bod is gekomen, is de looptijd van art. 10b Wet VPB 1969 arbitrair en niet onderbouwd door de Staatssecretaris. Daarnaast is deze looptijd opgenomen in de wettekst als een vaste looptijd. Hierdoor is het voor een belastingplichtige en een met hem gelieerd lichaam makkelijk om onder de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 uit te komen. Om deze reden komt een belastingplichtige bijna niet toe aan art. 10b Wet VPB 1969 en eigenlijk alleen door onwetendheid of slechte advisering.⁸⁸ Het zorgwekkende in deze kwestie is naar mijn mening dat een lening die 9 jaar en 300 dagen duurt niet valt onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969, terwijl de lening grofweg een looptijd heeft van 10 jaar. Daarnaast is het mogelijk de lening af te betalen met een volgende lening die (net) niet voldoet aan de voorwaarden van art. 10b Wet VPB 1969.

3.5 **Deelconclusie**

Terugkijkend op dit hoofdstuk kan ik beargumenteren dat het wetsartikel niet altijd zo rechtvaardig/evenwichtig uitwerkt. Door de introductie van art. 10b Wet VPB 1969 (en de voorganger) bestaat een risico op economisch dubbele belasting bij een binnenlands zuivere situatie dat opgelost wordt door middel van de hardheidsclausule. In eerste instantie is dit een vreemde oplossing voor een binnenlands zuivere situatie en als tweede zorgt dit voor een belemmering in de vrijheid van vestiging. Deze regeling richt daarmee meer schade aan om zijn doel te behalen dan strikt noodzakelijk is. In andere woorden, de regeling is niet efficiënt. Daarnaast is in mijn optiek het wetsartikel ook niet effectief. Art. 10b wet VPB 1969 heeft geen budgettair, maar preventief karakter. Mede hierdoor is te stellen dat omdat het budgettair oogpunt ontbreekt, de wetsbepaling effectief is. Mijns inziens is de regeling echter ineffectief als het doel is om te voorkomen, maar vervolgens wordt datgene wat voorkomen dient te worden niet voorkomen. De belastingplichtige, en een met hem gelieerd lichaam, kan immers gemakkelijk onder de looptijd en zodoende de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 uitkomen door de langlopende lening net niet langlopend genoeg te maken (en het afbetalen met een vergelijkbare lening). Dit maakt de regeling in mijn optiek ineffectief.

⁸⁸ V.L. Meijerman & R.C. Smit, *Art. 10b Wet VPB 1969: renteaftrekbepanking met onverwachte gevolgen*, WFR 2015/250.

Op basis van dit hoofdstuk concludeer ik dat art. 10b Wet VPB geen rechtvaardige, efficiënte en effectieve regeling is. Het wetsartikel is naar mijn mening allang aan vervanging toe.

HOOFDSTUK 4

Art. 8bb Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk begint met de parlementaire geschiedenis over het wetsartikel. Hierin komt naar voren wat de beweegredenen zijn van de Staatssecretaris voor de implementatie van dit nieuwe wetsartikel. Daarna wordt ingegaan op de werking en haken en ogen van art. 8bb Wet VPB 1969. De vraag die centraal staat is:

Worden door de nieuwe wetsartikelen en in het bijzonder de introductie van art. 8bb Wet VPB 1969 de verrekenprijsmismatches generiek bestreden?

Aan het eind van dit hoofdstuk zal ik nog kort behandelen waarom art. 8bb Wet VPB 1969 ervoor kan zorgen dat vergoedingen die beperkt worden door art. 10b Wet VPB 1969 ook beperkt kunnen worden door art. 8bb Wet VPB 1969. Tot slot sluit ik het hoofdstuk af met een deelconclusie.

4.2 Parlementaire geschiedenis

Op 27 december 2021 is de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel” gepubliceerd in het Staatsblad.⁸⁹ Lubbers omschrijft de wetsbepaling als volgt:

“De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel stelt een uit het totaalwinstbeginsel voortvloeiende winstcorrectie (hierna: neerwaartse correctie) bij de ontvanger van een voordeel uit hoofde van een onzakelijke transactie met een gelieerde partij afhankelijk van het antwoord op de vraag of dat voordeel bij de verstrekker ervan in een winstbelasting wordt betrokken.”⁹⁰

In het wetsvoorstel werden vijf nieuwe wetsartikelen voorgesteld die sinds 1 januari 2022 in de Wet VPB 1969 zijn opgenomen. In het bijzonder art. 8bb Wet VPB 1969 regelt dat bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige een neerwaartse aanpassing van de winst buiten aanmerking blijft, voor zover de belastingplichtige ter zake van de rechtsverhouding met een

⁸⁹ Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 4.

⁹⁰ A.O. Lubbers, *Foutenherstel bij een onjuiste toepassing van het zakelijkheidsbeginsel*, WFR 2022/18.

gelieerd lichaam een corresponderende opwaartse aanpassing betreft in een naar de winst geheven belasting.

Deze wetsbepaling is geïmplementeerd in de Wet VPB 1969 omdat in de praktijk het zakelijkheidsbeginsel⁹¹ verschillend kan worden uitgelegd en dat kan ertoe leiden dat in een internationale verhouding een deel van de fiscale winst niet in de belastingheffing wordt betrokken. Het voornaamste doel van de wetsbepaling is het bestrijden van *mismatches* die ontstaan door een verschillende toepassing van verrekenprijsregels.⁹² Op deze manier wil de wetgever een einde maken aan de informeel-kapitaalstructuren die lange tijd ervoor hebben gezorgd dat ondernemingen zich wilden vestigen in het aantrekkelijke Nederland. Nederland wil zich herpositioneren binnen de stormachtige internationale ontwikkelingen.⁹³

4.3 Art. 8bb Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

4.3.1 Voorwaarde 1: Onderlinge rechtsverhouding met gelieerd lichaam

Een rechtsverhouding is de juridische relatie die tussen partijen bestaat. Deze kan gebaseerd zijn op basis van de wet of overeenkomst. Op grond van art. 8bb Wet VPB 1969 dient sprake te zijn van een onderlinge rechtsverhouding tussen een belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. Het begrip onderlinge rechtsverhouding ter zake waarvan voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd, dient uitgelegd te worden in lijn met de OESO-richtlijnen en het Verrekenprijsbesluit.⁹⁴ De term onderlinge rechtsverhouding moet ruim worden uitgelegd en omvat niet alleen een schriftelijke overeenkomst tussen gelieerde partijen. In het Verrekenprijsbesluit is te lezen dat het uitgangspunt bij het karakteriseren van de transactie alles is wat is vormgegeven met contractuele voorwaarden in de onderlinge overeenkomst.⁹⁵ Hierbij is de zo nodig aangevulde informatie uit andere vastleggingen over de onderlinge rechten en het inzicht in het feitelijke gedrag van de betrokken partijen ook van belang. Want wijkt het feitelijke gedrag af van wat

⁹¹ Het vergelijken van de voorwaarden die gelieerde partijen overeenkomen bij transacties voor de heffing van vennootschapsbelasting met voorwaarden die onafhankelijke partijen in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden overeenkomen.

⁹² Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 4.

⁹³ C.A.T. Peters, *Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid*, WFR 2021/226.

⁹⁴ Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 3.

⁹⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, Stert. 2018, 26874.

overeengekomen is met de contractuele vormgeving van de transactie dan is het feitelijke gedrag leidend.⁹⁶

4.3.2 *Voorwaarde 2: Neerwaartse aanpassing van de winst*

De definitie van een neerwaartse aanpassing van de winst is opgenomen in het tweede lid van art. 8bb Wet VPB 1969. Een neerwaartse aanpassing wordt in dit lid gedefinieerd als het in aanmerking nemen van hogere lasten of lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel dan de lasten of baten die in aanmerking zouden worden genomen op basis van de overeengekomen voorwaarden. Dit is de ruime formulering voor situaties met een informele kapitaalstorting en situaties met een verkapte winstuitdeling.⁹⁷

De historie van de neerwaartse aanpassing van de winst ligt in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁹⁸ Neem bijvoorbeeld het Zweedse Grootmoederarrest. Op basis van de wetgeving en jurisprudentie kan de Belastingdienst een dergelijke neerwaartse aanpassing van de winst in Nederland niet weigeren voor zover deze in lijn is met het zakelijkheidsbeginsel. In Appendix 3 zijn voorbeelden te vinden voor een verduidelijking van de neerwaartse aanpassing en wanneer deze niet in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van de winst.

4.3.3 *Voorwaarde 3: Geen corresponderende opwaartse correctie*

In het eerste lid van art. 8bb Wet VPB 1969 houdt de term “corresponderende” in dat een neerwaartse aanpassing ter zake van de onderlinge rechtsverhouding wordt toegestaan voor zover datzelfde bedrag als opwaartse aanpassing bij het gelieerde lichaam in de naar de winst geheven belasting wordt betrokken. In andere woorden, om de neerwaartse aanpassing in aanmerking te nemen, moet een spiegelbeeldige opwaartse aanpassing in de naar de winst geheven belasting worden betrokken bij het gelieerde lichaam. Mijns inziens is dit opgenomen in het artikel aangezien het *arm's length beginsel* in situaties kan leiden tot dubbele niet-heffing.⁹⁹ Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden in een situatie waarbij de geïmputeerde rente bij de debiteur in aanmerking wordt genomen, maar niet bij de crediteur.

⁹⁶ Redactie V-N, *Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel*, V-N 2021/42.3.

⁹⁷ Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 3.

⁹⁸ F.J. Elswieier en S.A. Stevens, *Hoofdzaken Venootschapsbelasting* (Fed Fiscale Studiereserie nr. 31), (zeventiende herziene druk), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

⁹⁹ J. Reyneveld, *Verlies bij het herzien van een belastingstelsel het ‘arm’s length principe’ niet uit het oog*, KPMG Meijburg & Co, 11 oktober 2019. <https://meijburg.nl/nieuws/verlies-bij-het-herzien-van-een-belastingstelsel-het-arms-length-principe-niet-uit-het-oog>

Daarnaast is in de wettekst te lezen dat het van belang is dat de corresponderende opwaartse correctie in de naar de winst geheven belasting wordt betrokken. De effectieve belastingheffing op het niveau van het gelieerde lichaam is hierbij niet relevant. Dit houdt in dat wordt voldaan aan deze eis als de corresponderende opwaartse aanpassing onderworpen is aan een heffing van 0%.¹⁰⁰ Dit is overeenkomstig van toepassing als de opwaartse aanpassing wordt vrijgesteld op grond van een objectieve vrijstelling.¹⁰¹ Daarentegen wordt niet voldaan aan de eis als in de jurisdictie van de gelieerde partij geen winstbelasting bestaat of als het gelieerde lichaam subjectief vrijgesteld is.¹⁰²

4.3.4 *Gevolgen van art. 8bb Wet VPB 1969*

4.3.4.1 *Inbreuk op het totaalwinstbeginsel*

De wetgever is zich ervan bewust dat bij de implementatie van het wetsvoorstel “Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel” een inbreuk wordt gemaakt op de toepassing van het totaalwinstbeginsel.¹⁰³ De reden hierachter is dat de wetgever een einde heeft gemaakt aan de – wat Van Dijck zo treffend omschreef – “voortdurende belastingconsulentenhitsigheid” die het Zweedse Groetmoeder-arrest had losgemaakt.¹⁰⁴ Zoals in de inleiding benoemd, is dit wetsvoorstel aangenomen om ervoor te zorgen dat Nederland meebeweegt in het stormachtige internationaal belastingbeleid, zoals het BEPS 2.0-project van de OESO.¹⁰⁵

De jurisprudentie van de Hoge Raad houdt bij toepassing van het totaalwinstbeginsel in Nederland geen rekening met de corresponderende belastingheffing in de andere staat. Dit heeft ervoor gezorgd dat onzakelijk handelen in grensoverschrijdende situaties wordt aangespoord.¹⁰⁶ Deze werking van de Nederlandse belastingwet heeft de A-G Van Soest expliciet benadrukt in zijn conclusie bij het Zweeds Grootmoeder-arrest: “*De Nederlandse belastingheffing is niet afhankelijk van de wijze waarop buitenlandse relaties van Nederlandse belastingplichtigen in feite behandeld worden.*”¹⁰⁷ Dit komt voort uit het soevereiniteitsbeginsel: de belastingheffing

¹⁰⁰ H.J. Bresser, *NDFR Vennootschapsbelasting, art. 8bb VPB 1969*, aant. 2 en Kamerstukken I, 2021/2022, 35 933, nr. 3.

¹⁰¹ H.J. Bresser, *NDFR Vennootschapsbelasting, art. 8bb VPB 1969*, aant. 2 en Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 6.

¹⁰² H.J. Bresser, *NDFR Vennootschapsbelasting, art. 8bb VPB 1969*, aant. 2 en Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. E.

¹⁰³ Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 3.

¹⁰⁴ Zie de noot van Van Dijck bij de ‘nieuwe’ kostenarresten in FED 1986/1122.

¹⁰⁵ C.A.T. Peters, *Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Tancredi gelijk?*, WFR 2022/31.

¹⁰⁶ Hoge Raad 15 maart 2019, 17/02551, BNB 2019/113.

¹⁰⁷ Hoge Raad 31 mei 1978, 18 230, BNB 1978/252.

van de ene staat hoeft niet afhankelijk te zijn van de belastingheffing in een andere staat. Dit is vanuit het oogpunt van de toepassing van art. 9 OESO-MV begrijpelijk, aangezien geen strikte juridische verplichting wordt opgelegd voor de Nederlandse wetgever om *verrekenprijsmismatches* weg te nemen. Aan de hand hiervan is te concluderen dat er spanningen kunnen ontstaan in internationaal verband.

De vraag rest of de inbreuk op het totaalwinstbeginsel rechtvaardig is. Als eerste belemmert art. 8bb Wet VPB 1969 niet de verdeling van de heffingsrechten (op grond van OESO-MV) tussen verdragspartners en mag Nederland op grond van dit artikel een informele kapitaalstorting beperken. Dit is mijns inziens niet in strijd met het doel en de strekking van art. 9 OESO-MV. Als de Nederlandse wetgever het niet meer wenselijk acht dat belastingplichtigen gebruikmaken van een dispariteit tussen twee rechtsstelsels, dan is hij vrij om dit ‘misbruik’ in de nationale wetgeving te voorkomen. Als tweede beperkt de wetgever het toepassingsbereik van de wetsbepaling tot verrekenprijverschillen. Het wegnemen van zulke *mismatches* is het middel om het uiteindelijke doel van het voorkomen van dubbele niet-heffing te bereiken.¹⁰⁸ Dat de winst ten minste eenmaal ergens moet worden belast vormt de rechtvaardigingsgrond om een inbreuk te maken op het totaalwinstbeginsel.¹⁰⁹ Bovendien ligt de Nederlandse interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel aan de basis van de relevante dispariteit bij zuivere verrekenprijverschillen. Een oplossing hiertegen lijkt mijns inziens gepast te zijn. Volgens Peters slaagt het wetsvoorstel er niet in een volledig deugdelijke inbreuk op het totaalwinstbeginsel vorm te geven. De inbreuk op de totaalwinst is noodzakelijk om de doelstelling van de wetsbepaling te kunnen realiseren, maar de wetsbepaling maakt slechts een inbreuk voor zover sprake is van verrekenprijverschillen.¹¹⁰ Peters ziet dit wetsvoorstel daarom als een overreactie om het beleid uit het verleden te maskeren, maar vindt wel dat al met al het wetsvoorstel nauwkeurig illustreert hoe de Wet VPB 1969 moet blijven evolueren en onvermoeibaar tegenspel moet blijven bieden.¹¹¹

4.3.4.2 *Dubbele belastingheffing in internationaal verband*

In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat art. 8bb Wet VPB 1969 kan leiden tot dubbele belastingheffing in internationaal verband. Dit komt voor als de belastingplichtige een neerwaartse aanpassing van de winst niet in aanmerking mag nemen omdat bij het gelieerde

¹⁰⁸ Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 3.

¹⁰⁹ Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 3.

¹¹⁰ C.A.T. Peters, *Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid*, WFR 2021/226.

¹¹¹ M. Desai, *The global hunt to tax Big Tech*, Financial Times, 2 november 2018.

lichaam geen corresponderende opwaartse aanpassing aanwezig is, maar dat in de staat van het gelieerde lichaam in een eerder of later jaar alsnog een corresponderende opwaartse aanpassing in de grondslag wordt betrokken.¹¹² In de MvT is toegelicht dat de belastingplichtige een herziene aangifte kan indienen of, indien al een belastingaanslag is opgelegd, bezwaar kan maken of een beroep kan instellen. In de situatie dat de aanslag definitief is, is (nog) niet duidelijk wat een belastingplichtige kan doen.

4.4 Art. 8bb Wet VPB 1969 en art. 10b Wet VPB 1969

Het doel van dit onderzoek is om te toetsen of art. 8bb Wet VPB 1969 art. 10b Wet VPB 1969 (grotendeels) overbodig maakt. De reden hiervoor is dat het algemeen bekend is dat de artikelen in de Wet VPB 1969 overlap vertonen. De rangorde moet worden aangehouden voor het toepassen van de Wet VPB 1969. Met dit in het achterhoofd is dus begrijpelijk dat eerst wordt getoetst of de lening en de daarmee verband houdende (ontbrekende) vergoeding onder de reikwijdte van art. 8bb Wet VPB 1969 valt en daarna of de lening onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 valt. Als de artikelen (grotendeels) dezelfde of vergelijkbare *mismatches* tegengaan, is er de mogelijkheid dat niet toegekomen wordt aan art. 10b Wet VPB 1969.

Een artikel kan de werking van een ander artikel verhinderen als ze grotendeels overeenkomen. Bij zowel art. 8bb Wet VPB 1969 en art. 10b Wet VPB 1969 gaat het over overeenkomsten die worden aangegaan binnen concern, oftewel tussen gelieerde lichamen. Daarnaast ziet art. 8bb Wet VPB 1969 ook op de leningen of vergelijkbare leningen die omschreven worden in art. 10b Wet VPB 1969, aangezien art. 8bb Wet VPB 1969 ziet op onderlinge rechtsverhoudingen. Aan de hand van deze analyse is te stellen dat wat wordt beperkt op gronden van art. 10b Wet VPB 1969 ook kan worden beperkt op gronden van art. 8bb Wet VPB 1969.

De twee artikelen hebben niet enkel alleen overeenkomsten, maar verschillen ook wel degelijk. Dit is ook de reden dat expliciet in de vraagstelling het woord “grotendeels” is toegevoegd. De artikelen verschillen bijvoorbeeld ten aanzien van de looptijd. Art. 8bb Wet VPB 1969 toets of een belastingplichtige beperkt wordt op basis van de in aanmerking genomen vergoeding(en), maar art. 10b Wet VPB 1969 kijkt naar zowel de vergoeding(en) als de looptijd. Stel de belastingplichtige voldoet aan de voorwaarden van art. 8bb Wet VPB 1969,

¹¹² Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr 3.

maar de looptijd van de rechtsverhouding is langer dan 10 jaar of geen aflossingsdatum dan wordt de belastingplichtige wel degelijk beperkt op grond van art. 10b Wet VPB 1969.

4.5 **Deelconclusie**

Art. 8bb Wet VPB 1969 botst mijns inziens niet met het OESO-MV. De Nederlandse wetgever is vrij om misbruik in de nationale wetgeving aan te pakken, wanneer dit misbruik niet wenselijk wordt geacht. Na jarenlang het totaalwinstbeginsel toe te passen op een manier die ervoor kan zorgen dat dubbele niet-heffing plaatsvindt, heeft Nederland ervoor gekozen hier een (gerechtvaardigde) inbreuk op te maken. Door deze gerechtvaardigde inbreuk is de Nederlandse behandeling van *verrekenprijsmismatches* nu afhankelijk geworden van de fiscale behandeling van de winst in de andere staat. Het artikel is nog te jong om een definitief antwoord te geven op de deelvraag, maar op basis van mijn bevindingen zorgt art. 8bb Wet VPB 1969 zeker voor een goede duw in de juist richting. Na verloop van tijd wordt duidelijk of art. 8bb Wet VPB 1969 generiek de *verrekenprijsmismatches* bestrijdt.

HOOFDSTUK 5

Samenvatting en conclusie

5.1 Samenvatting

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de deelvragen die gesteld zijn een samenvatting geschreven. In zowel de samenvatting als de conclusie worden geen nieuwe bevindingen meer beschreven.

In het eerste hoofdstuk worden geen bevindingen gedaan. Hier wordt afgebakend binnen welke perken de scriptie gaat blijven en hoe naar een beantwoording op de probleemstelling wordt gewerkt. Ik maak duidelijk in het eerste hoofdstuk dat ik geïnteresseerd ben in de kritiek op art. 10b Wet VPB 1969 en dat dit artikel door de werking van art. 8bb Wet VPB 1969 (grotendeels) overbodig kan zijn. In dit hoofdstuk ben ik niet diep ingegaan op de concepten die ik ga bespreken in de scriptie. Ik heb enkel een kleine schets gegeven van wat gaat volgen.

In hoofdstuk 2 is het Zweedse Grootmoeder-arrest en het *arm's length beginsel*, art. 8b Wet VPB 1969, aan bod gekomen. Dit hoofdstuk is het theoretische kader van de scriptie. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, luidt:

Op welke wijze worden kosten en baten van transacties tussen gelieerde partijen in de vennootschapsbelasting behandeld bij zuivere toepassing van het arm's length beginsel?

Het Zweedse Grootmoeder-arrest is nog steeds belangrijk voor de fiscaliteit. In dit arrest komt de werking van het *arm's length beginsel* naar voren en wordt bevestigd dat Nederland het soevereiniteitsbeginsel kent; de belastingheffing van Nederland mag niet afhankelijk zijn van de belastingheffing in een andere staat. Daarnaast wordt in dit arrest het onderscheid tussen de ondernemings sfeer en de aandeelhouderssfeer van een vennootschap belicht. De vraag die centraal staat in dit arrest is wanneer sprake is van informele kapitaalstorting van (groot)moeder in dochter. Daarna wordt ingegaan op het *arm's length beginsel*. Dit beginsel is opgenomen in het totaalwinstbegrip in art. 3.8 Wet IB 2001 en werkt door naar de Wet VPB 1969 op grond van art. 8, eerste lid, Wet VPB 1969. Met de introductie van art. 8b Wet VPB 1969 heeft de wetgever willen verzekeren dat er geen twijfel over kan bestaan dat Nederland zich in dit verband conformeert aan de internationaal geaccepteerde *at arm's lengthstandaard*. Eveneens, art. 8b Wet VPB 1969 is gecodificeerd in de Wet VPB 1969 aan de hand van art. 9 OESO-MV.

Op basis van deze bevindingen worden bij zuivere toepassing van het *arm's length beginsel* transacties tussen gelieerde partijen op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 (en 8b) Wet VPB 1969 zakelijk beprijd.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op art. 10b Wet VPB 1969. Het begint met de parlementaire geschiedenis van dit wetsartikel. Vervolgens wordt ingegaan op de doel, strekking en werking van de wet. Aansluitend worden kritiekpunten genoemd die helpen bij het beantwoorden van de vraag:

Welke lessen leert art. 10b Wet VPB 1969 met het oog op het tot stand brengen van een rechtvaardige, effectieve en efficiënte bepaling om mismatches tegen te gaan?

Om een wetsartikel te toetsen, wordt in Nederland gekeken naar de drie kernwaarden die specifiek zijn voor ons belastingsysteem: rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Voordat het antwoord op deze vraag wordt gegeven, ga ik nog kort in op de bevindingen uit hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk is uitgebreid ingegaan op de volledige werking van art. 10b en de voorwaarden om onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 te vallen. Ik ga kort in op een paar opvallende bevindingen. Als eerste dat de voorwaarde voor de looptijd arbitrair is. Een belastingplichtige kan gemakkelijk onder de werking van art. 10b Wet VPB 1969 uitkomen door een looptijd overeen te komen die (net niet) toekomt aan 10 jaar. Daarnaast komt een belastingplichtige ook niet meer toe aan art. 10b Wet VPB 1969 als hij de lening categoriseert als een onzakelijke lening en als zowel de uitlener en de belastingplichtige een (zakelijke) rente in aanmerking nemen die niet winstdelend is. Een belastingplichtige komt eigenlijk (bijna) niet toe aan art. 10b Wet VPB 1969, enkel door onwetendheid van het concern of slechte advisering. Daarnaast bevat de werking van art. 10b Wet VPB 1969 een risico op economisch dubbele belasting in het bijzonder bij binnenlandse situaties. Het frappante is dat de Staatssecretaris de hardheidsclausule als oplossing hiervoor gebruikt, maar dan enkel voor binnenlands belastingplichtigen. Dit resulteert in het voordeliger behandelen van binnenlands belastingplichtigen dan buitenlands belastingplichtigen. Dit belemmert de vrijheid van vestiging als bedoeld in art. 63 VwEU, en zorgt dus voor een onevenwichtige situatie.

Na deze korte *recap* kan beoordeeld worden dat het wetsartikel niet altijd zo rechtvaardig/evenwichtig uitwerkt. Door de introductie van art. 10b Wet VPB 1969 bestaat een risico op economisch dubbele belasting bij een zuivere binnenlandse situatie. Dit wordt vervolgens opgelost met een hardheidsclausule.. Dit is in eerste instantie een vreemde oplossing

voor een binnenlands zuivere situatie en als tweede zorgt dit voor een belemmering in de vrijheid van vestiging. Deze regeling richt daarmee meer schade aan om zijn doel te behalen dan strikt noodzakelijk is. In andere woorden, niet efficiënt. Daarnaast is in mijn optiek het wetsartikel ook niet effectief. De belastingplichtige, en een met hem gelieerd lichaam, kan gemakkelijk onder de looptijd en zodoende de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 uitkomen door de langlopende lening net niet langlopend genoeg te maken (en vervolgens de schuldig gebleven lening afbetalen met een vergelijkbare lening).

In hoofdstuk 4 komt één van de net nieuw gecodificeerde artikelen aanbod, art. 8bb Wet VPB 1969. In dit hoofdstuk is in eerste instantie de parlementaire geschiedenis besproken. Daarna is ingegaan op de werking en de gevolgen van het artikel om zodoende een antwoord te geven op de vraag:

Worden door het nieuwe wetsvoorstel en in het bijzonder de introductie van art. 8bb Wet VPB 1969 de verrekenprijsmismatches generiek bestreden?

Het artikel 8bb Wet VPB 1969 is gecodificeerd in de Wet VPB 1969 op 1 januari 2022. Uiteraard is hier nog geen jurisprudentie over, maar in de fiscale literatuur is er wel reeds uitgebreid over geschreven. Allereerst wordt in het hoofdstuk de werking van het artikel behandeld; om onder de werking van art. 8bb Wet VPB 1969 te vallen moet voldaan worden aan drie voorwaarden: onderlinge rechtsverhouding, neerwaartse aanpassing en een corresponderende opwaartse aanpassing. De onderlinge rechtsverhouding dient uitgelegd te worden in lijn met de OESO-richtlijnen en het Verrekenprijsbesluit en daarnaast dient het ruim te worden uitgelegd en omvat het niet alleen een schriftelijke overeenkomst tussen gelieerde partijen. De neerwaartse aanpassing, opgenomen in het tweede lid van art. 8bb Wet VPB 1969, is de ruime formulering voor situaties met een informele kapitaalstorting en situaties met een verkapte winstuitdeling. De corresponderende opwaartse aanpassing ziet op een spiegelbeeldige opwaartse aanpassing in de naar de winst geheven belasting bij het gelieerde lichaam ten opzichte van de neerwaartse aanpassing ten aanzien van de onderlinge rechtsverhouding. De effectieve belastingheffing op het niveau van het gelieerde lichaam is hierbij niet relevant. Nadat duidelijk is wanneer een belastingplichtige beperkt wordt door de werking van art. 8bb Wet VPB 1969 wordt ingegaan op de fiscale literatuur over deze wettelijke bepaling.. Als eerste en opmerkelijk is dat art. 8bb Wet VPB 1969 een inbreuk maakt op het totaalwinstbeginsel, maar deze wordt gerechtvaardigd op basis van “de winst moet eenmaal ergens worden belast”. De wetgever wil aan de hand van dit artikel laten blijken dat Nederland

meegaat in het stormachtige internationale belastingbeleid, zoals het BEPS 2.0-project van de OESO. Het enige wat nog rest is het beantwoorden van de deelvraag van hoofdstuk 4. Art. 8bb Wet VPB 1969 botst mijns inziens niet met het OMV. Na jarenlang het totaalwinstbeginsel toepassen op een manier die ervoor kan zorgen dat dubbele niet-heffing plaatsvindt, heeft Nederland ervoor gekozen hier een (gerechtvaardigde) inbreuk op te maken. Door deze inbreuk is de Nederlandse behandeling van *verrekenprijsmismatches* nu afhankelijk geworden van de fiscale behandeling van de winst in de andere staat. Het artikel is jong, maar het is een stap in de juiste richting door *verrekenprijsmismatches* op een ‘andere’ manier te bestrijden.

5.2 Conclusie

In de laatste paragraaf van deze scriptie ga ik een gestructureerd antwoord geven op mijn probleemstelling:

In hoeverre wordt door de implementatie van artikel 8bb Wet VPB 1969 de werking van artikel 10b Wet VPB 1969 (grotendeels) overbodig voor de Wet VPB 1969?

Algemeen bekend is dat de onderzochte artikelen overlap vertonen en dat , de rangorde moet worden aangehouden voor het toepassen van de Wet VPB 1969. Met dit in het achterhoofd is het begrijpelijk dat eerst wordt getoetst of de lening en de daarmee verband houdende (ontbrekende) vergoeding onder de reikwijdte van art. 8bb Wet VPB 1969 valt en daarna of de lening onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 valt. Als de artikelen (grofweg) dezelfde of vergelijkbare *mismatches* tegengaan, is er de mogelijkheid dat niet toegekomen wordt aan art. 10b Wet VPB 1969.

Beide artikelen zien op overeenkomsten die worden aangegaan binnen concern, oftewel tussen gelieerde lichamen. Daarnaast ziet art. 8bb Wet VPB 1969 ook op de leningen of vergelijkbare leningen die omschreven worden in art. 10b Wet VPB 1969, aangezien art. 8bb Wet VPB 1969 ziet op onderlinge rechtsverhoudingen. Een lening op grond van art. 10b Wet VPB 1969 is vergelijkbaar met het voorbeeld gegeven in Appendix 3 (hogere lasten) over art. 8bb Wet VPB 1969. Stel een situatie voor dat een belastingplichtige een renteloze lening ontvangt van een buitenlandse gelieerde partij en de zakelijke rente (o.g.v. *arm's length beginsel*) is 3%. Door het volgen van de systematiek van de wet komt art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 (en 8b) Wet VPB 1969 eerst aan bod en moet de vergoeding op deze lening gecorrigeerd worden op basis van het totaalwinstbeginsel met de zakelijke rente van 3%. In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen dat onder de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969 uit te komen is als de

belastingplichtige de lening als een onzakelijke lening in aanmerking neemt en deze zakelijk maakt door bij zowel de uitlener als de belastingplichtige een (zakelijke) rente in aanmerking te nemen, die niet winstdelend is. In deze onderhavige situatie komt het soevereiniteitsbeginsel weer naar voren. Het is van belang voor deze situatie of de staat van de gelieerde partij ook de zakelijke rente in aanmerking neemt. Niettemin wordt (nog) niet toegekomen aan art. 10b Wet VPB 1969, aangezien art. 8bb Wet VPB 1969 eerder in de rangorde voorkomt. Als de andere staat wel de zakelijke rente in aanmerking neemt dan wordt de neerwaartse aanpassing in Nederland in de naar de winst geheven belasting betrokken, maar doet de andere staat dit niet, dan wordt de neerwaartse aanpassing niet in aanmerking genomen. Daarnaast maakt het in de gegeven situatie niet uit of de looptijd 5 jaar of 15 jaar is voor de werking van art. 8bb Wet VPB 1969. Al met al, kan ik concluderen dat in veel gevallen dit soort leningsovereenkomsten vallen onder art. 8bb Wet VPB 1969 in plaats van art. 10b Wet VPB 1969. Stel dat in een omstandigheid niet voldaan wordt aan de voorwaarden van art. 8bb Wet VPB 1969, maar er is wel een zakelijke (niet winstdelende) vergoeding aanwezig en aan het looptijdvereiste wordt voldaan, dan is het een vergoeding ten aanzien van de leningsovereenkomst die in belangrijke mate niet afwijkt van hetgeen in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Dus valt deze situatie niet onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969.

In het bijzondere geval dat de belastingplichtige niet de zakelijke rente op de vergoeding in aanmerking neemt op de renteloze lening, is art. 10b Wet VPB 1969 wellicht wel nodig voor het aanpakken van een *mismatch*. Desondanks heeft art. 10b Wet VPB 1969 een voorwaarde dat de lening een aflossingsdatum van meer dan 10 jaar of geen vaste aflossingsdatum moet hebben. Zoals naar voren is gekomen, kan een belastingplichtige en een met hem gelieerd lichaam hier gemakkelijk onderuit komen. Een belastingplichtige kan mijns inziens alleen onder de reikwijdte van art. 10b Wet VPB 1969 vallen door slechte advisering of door onwetendheid van het concern.

Aldus maakt art. 8bb Wet VPB 1969 een inbreuk op het totaalwinstbeginsel dat Nederland al jaren kent, maar deze is tot dusver gerechtvaardigd. Daarnaast is dit artikel geïmplementeerd om *mismatches* tegen te gaan die zien op situaties waarbij alleen de *at arm's length* vergoeding in aanmerking wordt genomen in Nederland, maar niet in de andere staat (soevereiniteitsbeginsel). Mijns inziens wordt door de implementatie van art. 8bb Wet VPB 1969 art. 10b Wet VPB 1969 niet volledige overbodig, wel grotendeels. Wanneer geen neerwaartse aanpassing wordt gedaan, wordt niet toegekomen aan art. 8bb Wet VPB 1969 en dan is het mogelijk dat deze overeenkomst valt onder dat van art. 10b Wet VPB 1969. Dit neemt

niet weg dat art. 10b Wet VPB 1969 niet rechtvaardig, efficiënt en effectief is. Het artikel is kort door de bocht niet goed en is in mijn optiek aan vervanging toe. Een artikel dat *mismatches* tegen moet gaan, moet de eisen om onder dit artikel te vallen niet met vaste (arbitraire) voorwaarden invullen. Dit maakt het voor de belastingplichtige (en met hem gelieerde lichaam) gemakkelijk om onder de reikwijdte uit te komen van art. 10b Wet VPB 1969.

LITERATUURLIJST

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges (incl. conclusies)

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

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

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

Hoge Raad 10 december 1958, nr. 13 791, BNB 1959/51

Hoge Raad 18 november 1959, nr. 14 020, BNB 1959/386

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

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

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

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

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

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

Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38

Hoge Raad 25 november 2011, nr. 10/04588, BNB 2012/78

Hoge Raad 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149

Hoge Raad 14 oktober 2016, nr. 16/01370, V-N 2016/53.13

Hoge Raad 15 maart 2019, 17/02551, BNB 2019/113

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

Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2000, nr. 96/3012, V-N 2000/41.1.6

Boeken en losbladigen

- J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, FED Fiscale Brochure, Deventer: Kluwer 2018
- R.P.C.W.M. Brandsma, *Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*, Fiscale Monografieën nr. 106, Deventer: Kluwer 2003
- N.J. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Wegwijsserie, Den Haag: SDU Uitgevers 2012
- J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Kluwer 2014
- F. Elswelier & R. Boltjes, *Onzakelijke lening*, Fiscale Monografieën 163, Deventer: Kluwer 2021
- F.J. Elswelier en S.A. Stevens, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting (Fed Fiscale Studieresie nr. 31)*, (zeventiende herziene druk), Deventer: Wolters Kluwer 2022
- S.F.M. van Niekel, H. de Gunst & A.C. van der Linde, *Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en daarmee verband houdende onderwerpen en wijzigingen*, FED 2002/117
- P.B.N. van Os, *De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)*, MBB 2016/4
- A.J.A. Stevens, P. Kavelaars en A.C.G.A.C. de Graaf, *Internationaal belastingrecht*, FED fiscale studieresie, Deventer: Kluwer 2011.
- J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2007
- J. van Strien, *‘Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting’*, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008
- S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Vennootschapsbelasting*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2012

S.A.W.J. Strik, *Vennootschapsbelasting*, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2021

J.Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht (FM nr. 132)*, Deventer: Kluwer 2009.

Vakstudie Vennootschapsbelasting 1969

Tijdschriftartikelen en nieuwsartikelen

X.G.R. Auerbach, *Weg met de borgstellingsanalogie*, WFR 2018/140

R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, *Krijgt u de renteaftrek voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek*, WFR 2006/774

R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pacham, *Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede Ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek*, WFR 2006/1064

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

De noot van Van Dijk bij de ‘nieuwe’ kostenarresten in FED 1986/1122

F. Elswelier & J.A.G. van der Geld, *Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, tijd voor sanering!*, TFO 2012/120.1

E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!*, NTFR 2006/1236

F. van Horzen, *Rente-imputatie bij onzakelijke leningen: duiding van HR 15 maart 2013*, NTFR 2013/638

F.C. de Hosson, *Renteaftrekbeperkingen en het Nederlandse verdragsbeleid*, WFR 2011/1258.

Q.W.J.C.H. Kok, *de herziening van de vennootschapsbelasting: een afsluitend overzicht*, MBB 2007/3

A.O. Lubbers, *Foutenherstel bij een onjuiste toepassing van het zakelijkheidsbeginsel*, WFR 2022/18

V.L. Meijerman & R.C. Smit, *Art. 10b Wet VPB 1969: renteaftrekbepanking met onverwachte gevolgen*, WFR 2015/250

M.L. Molenaars, *De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst*, WFR 2006/1071

C.A.T. Peters, *Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid*, WFR 2021/226

C.A.T. Peters, *Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Tancredi gelijk?*, WFR 2022/31

L.G.M. Stevens, *Hoe beschermen we op termijn de kernwaarden van de belastingheffing?*, WFR 2013/587

Redactie V-N, *As soon as possible is geen vaste aflossingsdatum*, V-N 2021/2373.

Redactie V-N, *Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel*, V-N 2021/42.3

M. Desai, *The global hunt to tax Big Tech*, Financial Times, 2 november 2018

Kamerstukken

Kamerstukken I 2006/2007, 30 572, nr. C (Memorie van Antwoord)

Kamerstukken I 2018/2019, 35 030, nr. C (Memorie van Antwoord)

Kamerstukken I, 2021/2022, 35 933, nr. C (Memorie van Antwoord).

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 123b (Nota naar aanleiding van het Verslag)

Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 5 (Nota naar aanleiding van verslag)

Kamerstukken II 2002/03, 28 487, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag)

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 8 (Nota naar aanleiding van verslag)

Kamerstukken II 2006/2007, 30 572, nr. B (Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Financiën)

Kamerstukken II 2010/2011, 28 034 nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2011/2012, 33 287, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 18 (Brief van de Staatsecretaris van Financiën)

Kamerstukken II 2018/2019, 35 028, nr. 21 (Nota naar aanleiding van het verslag)

Kamerstukken II 2018/2019, 35 030, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 4 (Advies Raad van State nader rapport)

Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag)

Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. E (Nota naar aanleiding van het verslag)

Internetbronnen

Smit, Ruud. <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/uitvergroot/art-10b-wet-vpb-weg-ermee/>

J. Reyneveld, Verlies bij het herzien van een belastingstelsel het ‘arm’s length principe’ niet uit het oog, KPMG Meijburg & Co, 11 oktober 2019. <https://meijburg.nl/nieuws/verlies-bij-het-herzien-van-een-belastingstelsel-het-arms-length-principe-niet-uit-het-oog>

Overige publicaties

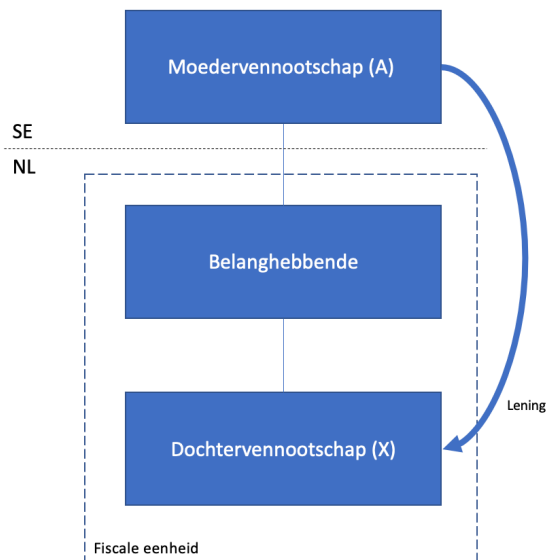
Action Plan on base Erosion and Profit shifting, OECD: 2013, H1.

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen, *Naar een activerender belastingstelsel, Eindrapport*, juni 2013, p. 101

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, Stcrt. 2018, 26874

APPENDIX

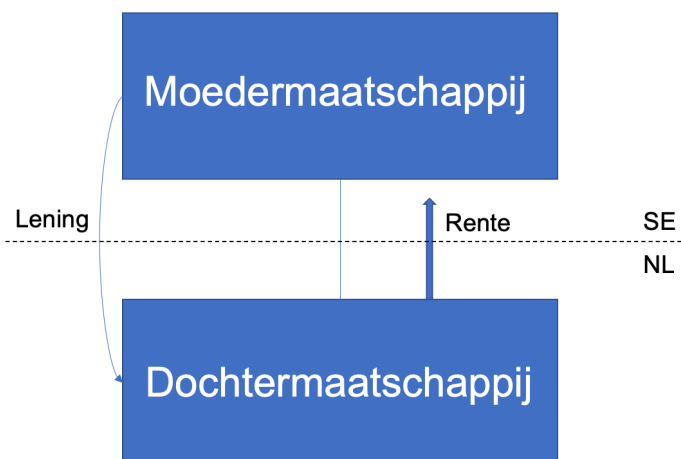
Appendix 1 Zweedse Grootmoeder-arrest



Op links is een visualisering van het concern in het Zweedse Grootmoeder-arrest. Moedervernootschap (A) bevindt zich in Zweden en dochter- en kleindochtermaatschappij bevinden zich in Nederland en in fiscale eenheid. Het gestorte kapitaal in de belanghebbende is f 35.000 en het gestorte kapitaal in de dochtervennootschap (X) is f 1.000.000. Wat niet zichtbaar is op links is dat A een lening heeft verstrekt aan de belanghebbende ten aanzien van de overdracht in aandelen van X.

Appendix 2 Werking en uitleg van art. 8b Wet VPB 1969

Lening 10 mil. €
 Rente 3%
 Zakelijke rente 5%



Arm's length beginsel

Moedermaatschappij	€
Kas	30.000
@ Rentebaten	30.000
@ Dividend	20.000

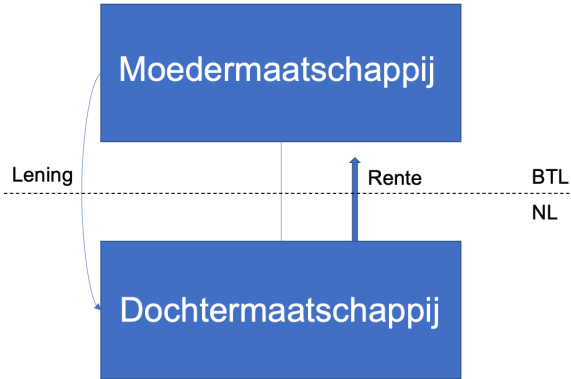
Dochtermaatschappij	€
Rentekosten	30.000
Verkapt dividend	20.000
@ Kas	50.000

Hierboven is een voorbeeld van de werking van art. 8b Wet VPB 1969 weergegeven. In dit voorbeeld is sprake van een lening met een te lage rente (lees: kostensfeer), maar het kan ook in de vermogenssfeer (bijv. onroerende zaken). Een bevoordeling van de moeder wordt verkapt dividend genoemd en een bevoordeling van de dochter informele kapitaalstorting.

Appendix 3: Werking en uitleg art. 8bb Wet VPB 1969

Art. 8bb Wet VPB 1969, voorbeeld hogere lasten

Lening	100 €
Rente	0%
Zakelijke rente	5%



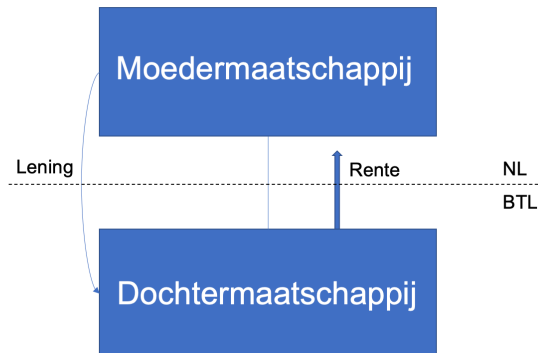
De rente op grond van het zakelijkheidsbeginsel bedraagt 5%, maar de overeengekomen rente bedraagt 0%. Stel de situatie voor dat bij de moedermaatschappij geen rentebaten in de heffing worden betrokken, maar de in Nederland gevestigde dochtermaatschappij neemt wel rentelasten in aanmerking op grond van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 IB 2001. Ter hoogte van de rente van 5% die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Bij de dochtermaatschappij is een neerwaartse aanpassing van de winst in aanmerking genomen die resulteert in dubbele niet-heffing. In gevolge van art. 8bb Wet VPB 1969 mag de neerwaartse aanpassing van de winst niet in aanmerking worden genomen omdat geen corresponderende opwaartse aanpassing wordt betrokken in de winst.

113

¹¹³ Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 3.

Art. 8bb Wet VPB 1969, voorbeeld lagere baten

Lening 100 €
Rente 8%
Zakelijke rente 4%



De rente op grond van het zakelijkheidsbeginsel bedraagt 4%, maar de overeengekomen rente bedraagt 8%. In het buitenland wordt 8 aan rentelasten van 8 betrokken in een naar de winst geheven belasting, maar in Nederland wordt een rente van 4% die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen in aanmerking genomen. Bij de moedermaatschappij is sprake van een neerwaartse aanpassing van de winst die dubbele niet-heffing tot gevolg heeft. In gevolge van art. 8bb Wet VPB 1969 wordt de neerwaartse aanpassing niet in aanmerking genomen bij het bepalen van de winst. Het volledige bedrag van 8 moet ik aanmerking worden genomen op grond van art. 8bb Wet VPB 1969.

114

¹¹⁴ Kamerstukken II, 2021/2022, 35 933, nr. 3.