

Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Economics
Masterscriptie Fiscale Economie

De ‘Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’ getoetst aan het Unierecht

Naam: Mustafa Sayed

Studentnummer: 476928

Begeleider: drs. M.H.M. Smeets

Tweede lezer: dr. L.C. van Hulten

Plaats: Rotterdam

Datum: 30 april 2023

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Afkortingen	4
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Probleemstelling en opzet	7
Hoofdstuk 2 Transferpricing en het totaalwinstbegrip.....	9
2.1 Inleiding	9
2.2 De OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations	10
2.2.1 Inleiding	10
2.2.2 De OESO-richtlijnen	10
2.2.3 Het arm's lengthbeginsel.....	11
2.3 Verrekenprijsmethoden en analyse.....	13
2.3.1 Comparable Uncontrolled Price	13
2.3.2 Cost Plus	14
2.3.4 Resale Price method	15
2.3.5 Profit split	15
2.3.6 Analyse	16
2.4 Het totaalwinstbegrip en informeel kapitaal.....	17
2.4.1 Inleiding	17
2.4.2 Zweedse grootmoeder-arrest	18
2.4.3 'Nieuwe' kosten-arresten	20
2.4.4 Kosten arresten en de Wet IB 2001	22
2.4.5 Artikel 8b Wet VpB 1969	23
2.5 Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel	26
2.5.1 Inleiding	26
2.5.2 Internetconsultatie – totaalwinst.....	27
2.5.3 Internetconsultatie – dubbele belasting	27
2.5.4 Internetconsultatie – EU-recht.....	28
2.5.5 Artikel 8ba	29
2.5.6 Artikel 8bb	30
2.5.7 Artikel 8bc.....	31
2.5.8 Artikel 8bd	32
2.6 Deelconclusie.....	33
Hoofdstuk 3 Het Europese recht en de jurisprudentie.....	35
3.1 Inleiding	35

3.2 EU-recht.....	35
3.3 Interne markt en de verkeersvrijheden.....	36
3.4 Beslisschema Hof van Justitie.....	37
3.4.1 Kan belanghebbende aanspraak doen op het VWEU?.....	37
3.4.2 Leidt de regeling in kwestie tot discriminatie of belemmering?.....	37
3.4.3 Is de behandeling gerechtvaardigd?	38
3.4.4 Is de discriminerende of belemmerende maatregel noodzakelijk en proportioneel?	39
3.5 Jurisprudentie.....	39
3.5.1 HvJ Schempp.....	39
3.5.2 HvJ Eurowings.....	41
3.5.3 HvJ SIAT	43
3.5.4 HvJ Lexel	45
3.6 Deelconclusie.....	47
Hoofdstuk 4 De EU-rechtelijke toetsing van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel	49
4.1 Inleiding.....	49
4.2 Objectieve vergelijkbaarheid.....	49
4.2.1 Problematiek rondom artikel 8bd	50
4.2.2 Vergelijking met de jurisprudentie.....	52
4.3 Verschil in behandeling.....	53
4.4 Rechtvaardigingsgronden	55
4.4.1 Bestrijden van belastingontwijking en misbruik	55
4.4.2 Evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid	57
4.5 Noodzakelijk en proportioneel	57
4.6 Aanbevelingen	59
4.7 Deelconclusie.....	60
Hoofdstuk 5 Conclusie.....	62
5.1 Inleiding.....	62
5.2 Samenvatting.....	62
5.3 Conclusie	64
5.4 Aanbevelingen	65
Jurisprudentie- en Literatuurlijst	66
Jurisprudentielijst	66
Hof van Justitie	66
Hoge Raad	66
Literatuurlijst	66

Artikelen in tijdschriften.....	66
Boeken.....	69
Parlementaire stukken	71
Overig	71

Afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
Concl.	Conclusie
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
FM	Fiscale Monografiën
HR	Hoge Raad
Jo.	Juncto
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
M. nt.	Met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NnaV	Nota naar aanleiding van het Verslag
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
P.	Pagina
Par.	Paragraaf
R.o.	Rechtsoverweging
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
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

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Het zakelijkheidsbeginsel vloeit voort uit het totaalwinstbeginsel zoals dat is geregeld in de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en door middel van een schakelbepaling ook van toepassing is in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969).¹ Vanaf 2002 is het zakelijkheidsbeginsel ook expliciet in artikel 8b Wet VpB 1969 verankerd; dit wordt het arm's-lengthbeginsel genoemd. De bepaling voorziet in de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel in de vennootschapsbelasting met betrekking tot lichamen die een onderlinge rechtsverhouding met elkaar hebben. Op basis van het zakelijkheidsbeginsel worden gelieerde lichamen voor fiscale doeleinden verondersteld onderling onder dezelfde voorwaarden te handelen als onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden. Hiervoor is een verrekenprijs nodig. Dit is een vergoeding die door gelieerde entiteiten overeen wordt gekomen voor bijvoorbeeld de levering van een goed of dienst.

Het uitgangspunt is dat door de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel de resultaten van multinationalaal opererende ondernemingen voor fiscale doeleinden tussen landen worden verdeeld en daarmee wordt in principe dubbele belasting en dubbele niet-heffing voorkomen.² Hoe dergelijke mismatches toch kunnen ontstaan, wordt verder in het stuk nader uiteengezet.

Met de invoering van artikel 8b Wet VpB 1969 is vastgelegd dat het arm's-lengthbeginsel zoals dat is geregeld in het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) van toepassing is in Nederland.³ Verder zijn de internationale richtlijnen voor verrekenprijzen van de OESO die invulling geven aan het arm's-lengthbeginsel direct toepasbaar voor de Nederlandse wetgeving.⁴ De OESO-richtlijnen spelen daarom een grote rol bij de interpretatie en toepassing van het zakelijkheidsbeginsel in Nederland.⁵

De OESO-richtlijnen zijn echter niet dwingend en geven ruimte voor een eigen interpretatie. Daardoor kunnen verschillen ontstaan tussen landen die beiden een eigen zakelijkheidsbeginsel hanteren.⁶ Deze verschillen kunnen doorwerken in de belastingaangiften van de ondernemingen betrokken bij grensoverschrijdende transacties. Wanneer een belastingautoriteit correcties toepast op de verrekenprijzen en het andere land niks onderneemt kunnen dergelijke verrekenprijsverschillen (of mismatches) ertoe leiden dat een deel van de winst dubbel of niet wordt belast.⁷

Om dergelijke mismatches te bestrijden is met ingang van 1 januari 2022 de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel⁸ in werking getreden.

De totstandkoming van de wet is terug te leiden naar het op 15 april 2020 gepubliceerde rapport '*Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting.*' van de Adviescommissie Belastingheffing van multinationals.⁹ In dit rapport werd onder meer ingegaan op de situatie die kon ontstaan wanneer Nederland het arm's-lengthbeginsel toepast en het andere land niet, of niet op dezelfde wijze. In het rapport zijn een aantal aanbevelingen opgenomen waaronder een aantal basisvarianten en een aantal aanvullende maatregelen. Basisvariant A.6 van de commissie houdt in dat het arm's-lengthbeginsel niet wordt toegepast wanneer dit beginsel leidt tot een verlaging van de belastbare winst in Nederland, voor zover het andere land dat bij

¹ Artikel 3.8 Wet IB 2001 en artikel 8 Wet VpB 1969.

² *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 4.

³ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 2.

⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022 (*Stcrt.* 2022, 16685), onderdeel 1.5.

⁵ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28034, nr. 5, p. 47-48.

⁶ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 3.

⁷ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 3.

⁸ Wet van 22 december 2021, Staatsblad 2021, 35933, nr. 654.

⁹ Adviescommissie Belastingheffing van multinationals 2020.

de transactie betrokken is de corresponderende bate niet in de heffingsgrondslag van het gelieerde lichaam betreft. Deze aanbeveling heeft ertoe geleid dat de nieuwe wet tot stand is gekomen.

Zoals eerder vermeld is het uitgangspunt dat gelieerde lichamen het arm's-lengthbeginsel hanteren. In de praktijk komt het echter voor dat lichamen niet op basis van zakelijke grondslagen met elkaar handelen. Op basis van de regels voor winstberekening wordt in dergelijke gevallen de winst gecorrigeerd. Dit gebeurt door de onderlinge vergoedingen voor fiscale doeleinden zodanig aan te passen dat deze wel zakelijk zijn. Dit kunnen zowel opwaartse als neerwaartse correcties inhouden. Zoals eerder vermeld is het mogelijk dat in de praktijk mismatches ontstaan. Deze mismatches kunnen in het bijzonder plaatsvinden door middel van informeel-kapitaalstructuren. Een voorbeeld hiervan is indien een Nederlands lichaam aan een buitenlands gelieerd lichaam geen (of een te lage) rentevergoeding voor een groepslening betaalt. Dan mag het Nederlandse lichaam in principe een hogere rentelast in aanmerking nemen, namelijk het bedrag dat zakelijk zou zijn als de lichamen onderling niet gelieerd zouden zijn geweest. Dit kan dan leiden tot een (verhoogde) aftrekpost bij het bepalen van de fiscale winst in Nederland oftewel, een neerwaartse aanpassing van de winst.

Een neerwaartse correctie van de fiscale winst in Nederland betekent dat het Nederlandse lichaam bevoordeeld is door de buitenlandse entiteit. Hierbij is de verhouding tussen de entiteiten van belang. Aangezien het doel van de aandeelhouders is om de entiteit te bevoordelen komt de bevoordeling in de fiscale boekhouding tot uiting door deze aan te merken als "informeel kapitaal".¹⁰ Dit valt in de onbelaste vermogenssfeer en niet in de belaste winstsfeer.

Ingeval het andere land dat bij de transactie is betrokken geen corresponderende omgekeerde aanpassingen maakt, ontstaat een mismatch. Indien in Nederland sprake is van een neerwaartse aanpassing, ontstaat een heffingslek, omdat het neerwaarts aangepaste deel van de winst nergens in de heffing wordt betrokken. De nieuwe wet neemt dit heffingslek weg door de neerwaartse aanpassing te beperken.

De nieuwe wet kan echter onder omstandigheden ook tot dubbele belastingheffing leiden. Dit is het geval wanneer in Nederland een neerwaartse aanpassing van de winst niet is toegestaan maar in de staat waar het gelieerde lichaam is gevestigd in een eerder of later jaar alsnog een corresponderende opwaartse aanpassing in de grondslag van een naar de winst geheven belasting wordt betrokken.

Dit kan in twee situaties voorkomen: (i) het andere land doet in een later jaar een correctie op de ingediende aangifte van het gelieerde lichaam of (ii) het gelieerde lichaam past zijn aangifte aan. De Staatssecretaris is zich hiervan bewust en geeft mogelijkheden aan om dubbele belasting te voorkomen. Deze mogelijkheden zijn: (i) het indienen van een herziene aangifte of, indien al een belastingaanslag is opgelegd, bezwaar maken tegen deze aanslag; (ii) een verzoek indienen bij de inspecteur tot ambtshalve vermindering of (iii) een verzoek indienen om een onderlinge overlegprocedure te starten op basis van een belastingverdrag tussen Nederland en de andere staat die bij de desbetreffende transactie betrokken is.¹¹

Tijdens de internetconsultatie gaven verschillende belangstellenden aan dat de voorgestelde maatregelen mogelijk in strijd komen met de EU-verdragsvrijheden. De beperking van de neerwaartse aanpassing in het wetsvoorstel zou de facto alleen in grensoverschrijdende situaties van toepassing zijn en op deze basis het recht op vrij verkeer belemmeren.

¹⁰ *Kamerstukken II 2021-2022, 35933, nr. 3, p. 6.*

¹¹ *Kamerstukken II 2021-2022, 35933, nr. 3, p. 12.*

De Staatssecretaris vindt de wetgeving echter verenigbaar met de EU-verdragsvrijheden. Hij acht voor de toepassing van deze vrijheden niet met elkaar vergelijkbaar: (i) de situatie waarin de neerwaartse aanpassing bij belastingplichtige wordt beperkt vanwege het ontbreken van een corresponderende opwaartse aanpassing in het buitenland en (ii) de situatie waarin de neerwaartse aanpassing bij belastingplichtige niet wordt beperkt omdat er wel sprake is van een corresponderende opwaartse aanpassing in het binnenland of in het (andere) buitenland.¹² Volgens de Staatssecretaris is hier geen sprake van gelijke gevallen in het licht van het doel van de regeling (het voorkomen van dubbele niet-heffing). Daarom is hier volgens de Staatssecretaris geen sprake van een verboden belemmering van het vrije verkeer. De verschillende behandeling zou daarmee Unierechtelijk toelaatbaar zijn. De staatssecretaris¹³ verwijst ter onderbouwing naar het arrest van het Hof van Justitie in het arrest *HvJ Schempp*¹⁴.

Ondanks de motivering van de Staatssecretaris acht de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB), deze argumentatie te beperkt. De NOB stelt dat de Staatssecretaris voorbijgaat aan de arresten *HvJ Eurowings*¹⁵, *HvJ Lexel*¹⁶ en *HvJ SIAT*¹⁷, waarmee het ongelijk van de Staatssecretaris kan worden aangetoond.¹⁸

1.2 Probleemstelling en opzet

De NOB heeft haar zorgen geuit betreffende de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel en de verenigbaarheid van deze wet met de vrijheid van vestiging.¹⁹ Verder is Peters²⁰ van mening dat het Hof van Justitie EU zal oordelen dat de wet in de huidige vorm niet in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging.

Aangezien de vrijheid van vestiging als onderdeel van het primaire EU-recht rechtstreeks doorwerkt in de wetgeving van EU-lidstaten²¹, dient de wet in overeenstemming met de vestigingsvrijheid te worden geïmplementeerd. Het is daarom van belang om te onderzoeken of de wet in overeenstemming is met het EU-recht. Bovenstaande brengt mij tot de volgende onderzoeksvraag:

Is de 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in strijd met de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie? Zo ja, zijn aanbevelingen mogelijk om deze strijdigheid te verhelpen?

¹² *Kamerstukken II 2021-2022*, 35933, nr. 3, p. 18.

¹³ *Kamerstukken II 2021-2022*, 35933, nr. 3, p. 18.

¹⁴ HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446, BNB 2005/342, m.nt. G.T.K. Meussen (Schempp).

¹⁵ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524, BNB 2001/394, m.nt. P.J. Wattel (Eurowings).

¹⁶ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34, V-N 2021/6.8, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (Lexel).

¹⁷ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT).

¹⁸ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van NOB.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Peters, WFR 2022/31.

²¹ HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend en Loos).

Om een antwoord op de probleemstelling te formuleren, worden vier deelvragen behandeld. Deze worden aan de hand van literatuuronderzoek beantwoord. Hierbij worden rechtsbronnen, vakliteratuur, jurisprudentie van het HvJ, conclusies van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) en de Nederlandse parlementaire wetsgeschiedenis besproken.

Het is van belang om eerst een goed beeld te hebben van het zakelijkheidsbeginsel dat in de Wet VpB is vastgelegd. In hoofdstuk 2 wordt de deelvraag behandeld: *Wat houdt het arms-lengthbeginsel in en hoe is dit in de Wet VpB 1969 opgenomen?* Dit hoofdstuk zet het doel en de strekking van artikel 8b Wet VpB 1969 uiteen. De wet wordt nader uitgelegd aan de hand van diverse voorbeelden en casussen. Verder is het de bedoeling om de *'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel'* te bespreken.

Hoofdstuk 3 behandelt de deelvraag: *Hoe toetst het Hof van Justitie EU de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?* Om antwoord te kunnen geven op deze vraag wordt in dit hoofdstuk besproken hoe het Hof de rechtsbronnen en het toetsingskader gebruikt. Hierbij wordt de toegang tot het EU-recht als eerst besproken, waarna de objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties wordt besproken/behandeld. Hierna worden de kenmerken van discriminatie en belemmeringen uiteengezet gepaard met hun rechtvaardigingsgronden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de effectiviteits- en proportionaliteitseis.

Hoofdstuk 4 behandelt de deelvraag: *Hoe verhoudt de wet zich tot de vrijheid van vestiging?* In dit hoofdstuk wordt de analyse uitgevoerd. Er wordt getoetst of de wet in strijd is met het Unierecht en of eventuele rechtvaardigingsgronden van toepassing zijn. Hierbij is de Europese jurisprudentie van belang zoals de eerdergenoemde arresten in de aanleiding. Indien sprake is van strijdigheid met de vrijheid van vestiging geef ik aanbevelingen om deze strijdigheid weg te nemen.

Hoofdstuk 5 bevat een samenvatting van de vier deelvragen. Vervolgens wordt de onderzoeksvraag in een conclusie beantwoord.

Hoofdstuk 2 Transferpricing en het totaalwinstbegrip

2.1 Inleiding

Transfer pricing is van groot belang gezien de invloed die het heeft op de winstverdeling en de belastingheffing binnen internationale groepen van ondernemingen. Indien de prijzen die worden afgesproken tussen dochterondernemingen of groepsmaatschappijen niet op een arm's length basis worden vastgesteld, kan dit leiden tot oneigenlijke winstverplaatsing of winstvermindering. Het gevolg hiervan is dat winsten naar landen met lagere belastingtarieven kunnen worden verplaatst of dat winsten ten onrechte worden verminderd door bijvoorbeeld onvoldoende vergoeding te vragen voor diensten die worden verleend. De gehanteerde prijzen worden ook wel verrekenprijzen genoemd. Dit zijn de prijzen die worden vastgesteld voor goederen en diensten die tussen dochterondernemingen of groepsmaatschappijen worden verkocht of afgenomen.

Ondeugdelijke transfer pricing kan ook leiden tot ongelijkheid tussen bedrijven en kan een negatief effect hebben op de concurrentie in de markt. Als bedrijven oneigenlijke winstverplaatsing plegen, kan dit resulteren in een oneerlijk concurrentievoordeel. Oneerlijke concurrentievoordeel kan tot een ongezonde marktwerking leiden.

Door het zojuist geschetste kader wordt het belang van verrekenprijzen die op arm's length basis zijn vastgesteld duidelijk. Winsten kunnen zo namelijk op een eerlijke en transparante manier worden verdeeld tussen belastingplichtigen en belastingen kunnen op een juiste manier worden geheven. Dit is echter lastig omdat vaak geen vergelijkingsmateriaal beschikbaar is door een gebrek aan vergelijkbare transacties in de markt. Hier heeft de Organisatie voor Economisch Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: de OESO) met haar OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Administrations²² (hierna: de OESO-richtlijnen), dat gestoeld is op het arm's lengthbeginsel, antwoord op gegeven.

Het arm's lengthbeginsel is van groot belang voor zowel de nationale als de internationale praktijk. Daarom wordt in dit hoofdstuk antwoord gegeven op de vraag:

Wat houdt het arm's lengthbeginsel in en hoe is dit in de Wet VpB 1969 gecodificeerd?

Om hier antwoord op te geven wordt nader uiteengezet wat de rol van de OESO is op het gebied van transfer pricing. Wanneer dit duidelijk is, wordt nader ingegaan op hoe de OESO invulling geeft aan het arm's lengthbeginsel en de verschillende verrekenprijsmethoden.

Verder wordt besproken hoe het arm's lengthbeginsel in de Nederlandse wet is gecodificeerd en wordt de Wet tegenaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel besproken. Met het gebruik van voorbeelden wordt duidelijk gemaakt wat de doel en strekking van de wet is.

²² OECD 2022.

2.2 De OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations

2.2.1 Inleiding

De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) is een internationale organisatie opgericht in 1961 om landen bij te staan in hun inspanningen om een hoog niveau van welvaart en welzijn te behalen en te behouden. De organisatie is ontstaan uit de Organisatie voor Europese Economische Samenwerking (OEES) om bij de uitvoering van het Marshall plan, bedoeld ter wederopbouw van Europa, bij te staan.²³

De OESO bestaat uit 38 lidstaten en heeft als doel een platform te bieden waar landen samen kunnen werken aan oplossingen voor problemen van economische en sociale aard en milieuproblemen die op internationaal niveau plaatsvinden.²⁴

2.2.2 De OESO-richtlijnen

De OESO-richtlijnen zijn bedoeld ter aanvulling op het arm's lengthbeginsel en stellen dat de prijzen die worden afgesproken tussen dochterondernemingen of groepsmaatschappijen zo dicht mogelijk bij de prijzen zouden moeten liggen die ook zouden zijn afgesproken als de partijen onafhankelijk van elkaar waren. De richtlijnen geven aan dat gezocht moet worden naar vergelijkbare transacties door middel van vergelijkbaarheidsfactoren. Verder zijn vijf methoden opgenomen om tot een arm's length prijs te komen. Wat deze methoden precies inhouden wordt in paragraaf 5 nader uitgelegd aan de hand van voorbeelden.

De OESO-richtlijnen inzake verrekenprijzen zijn niet wettelijk bindend, maar worden algemeen aanvaard als de norm voor het bepalen van verrekenprijzen bij internationale transacties.²⁵ Zij zijn bedoeld als leidraad voor landen om ervoor te zorgen dat verrekenprijzen in overeenstemming zijn met het arm's lengthbeginsel. Veel landen hebben de richtlijnen overgenomen in hun nationale wetgeving inzake verrekenprijzen en zij worden vaak gebruikt door belastingautoriteiten en belastingplichtigen als maatstaf voor het bepalen van verrekenprijzen.²⁶ Ook Nederland volgt deze richtlijnen van de OESO en past deze toe in zijn transfer pricing beleid en controles, zoals is aangegeven in het Verrekenprijsbesluit 2022 inzake toepassing 'arm's length'-beginsel²⁷ (hierna: het Besluit). In dit Besluit geeft de staatssecretaris aan dat hij de OESO-richtlijnen als passende uitleg en verduidelijking ziet van het arm's lengthbeginsel.²⁸ Het Besluit toont hoe de Belastingdienst de richtlijnen interpreteert en hoe de richtlijnen ter controle van een arm's length prijs van goederen en diensten die worden verhandeld tussen entiteiten binnen een multinationale onderneming kunnen worden gebruikt.

²³ 60th anniversary, oecd.org.

²⁴ About, oecd.org.

²⁵ Van Egdome 2020.

²⁶ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 9 OESO-modelverdrag 1992, *aant.* 1.7.1.

²⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022 (*Stcrt.* 2022, 16685).

²⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022 (*Stcrt.* 2022, 16685), onderdeel 1.5.

In het Besluit van 2022 is een nieuwe passage opgenomen:

“Indien de interpretatie en/of toepassing van de OESO-richtlijnen leiden tot een situatie waarbij binnen een internationaal opererende groep een verrekenprijnsverschil ontstaat dat ertoe kan leiden dat een deel van de winst van de groep niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken, kan de Belastingdienst ter voorkoming van een dergelijk verrekenprijnsverschil afwijken van de uitleg in dit besluit, mits dit leidt tot een uitkomst gebaseerd op het arm’s-lengthbeginsel.”²⁹

Wat hier, naar mijn mening, staat, is dat indien de OESO-richtlijnen en het gebruik van het Besluit leiden tot een uitkomst die de Belastingdienst niet bevalt, de gekozen manier van handelen niet is toegestaan. Hierdoor is een veel te ruim geformuleerd vangnet opgesteld dat kan resulteren in een uitleg die de Belastingdienst juist bevalt. De Redactie Vakstudie Nieuws is het hier ook mee eens en geeft aan dat dit een benadering is die tijdens het spel naar believen de doelpalen verplaatst.³⁰ Hafkenscheid geeft een soortgelijke visie op voorgaande.³¹ Hij heeft moeite om de wettelijke basis van de keuze van de staatssecretaris te begrijpen. Daarnaast vindt hij het lastig om zich voor te stellen hoe een situatie eruit zou zien waarin er aan de ene kant een verrekenprijnsverschil ontstaat door toepassing van de OESO-richtlijnen en aan de andere kant een afwijking van dit verrekenprijnsverschil toch resulteert in een uitkomst op basis van het arm's lengthbeginsel.

Daarnaast bevatten de OECD Transfer Pricing Guidelines ook aanbevelingen voor hoe bedrijven documentatie moeten opstellen om de arm's length prijzen te onderbouwen en hoe overheden deze documentatie kunnen gebruiken om te controleren of de prijzen op een arm's length basis zijn vastgesteld.

Het Besluit legt onder andere de verplichtingen vast voor multinationals om transfer pricing documentatie aan te leveren. Dit is in lijn met de richtlijnen van de OESO over de verplichting voor landen om transfer pricing documentatie te verstrekken, zodat landen met elkaar kunnen samenwerken om de arm's length prijs vast te stellen. De Belastingdienst zal deze documentatie gebruiken bij de controle op de juistheid van de prijsafspraken tussen de ondernemingsonderdelen in verschillende landen. Als de Belastingdienst van mening is dat de arm's length prijs niet juist is vastgesteld, kunnen fiscale prijsaanpassingen plaatsvinden.

2.2.3 Het arm’s lengthbeginsel

Het arm's lengthbeginsel is een principe dat wordt gebruikt bij het bepalen van de "juiste prijs" voor goederen en diensten die worden verhandeld tussen ondernemingsonderdelen binnen een multinationale onderneming. Het idee achter het arm's lengthbeginsel is dat de prijs van een transactie tussen entiteiten binnen een multinationale onderneming gelijk zou moeten zijn aan wat een onafhankelijke derde in dezelfde omstandigheden zou hebben betaald.

Op deze manier moet worden voorkomen dat multinationale ondernemingen hun winst naar landen met lagere belastingtarieven verplaatsen ten koste van landen met hogere belastingtarieven.

Artikel 9 van het OESO Modelverdrag is specifiek op het arm's lengthbeginsel gericht en beschrijft hoe de arm's lengthprijs moet worden vastgesteld. Het eerste lid in artikel 9 legt uit dat de verkoop- of aankoopprijs van een goed of dienst moet worden vastgesteld op de wijze

²⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022 (Stcrt. 2022, 16685), onderdeel 1.5.

³⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2022/36.2.

³¹ Hafkenscheid, WFR 2022/205.

die bij verkoop of aankoop tussen onafhankelijke derden gebruikelijk is. Het tweede lid van artikel 9 van het OESO-modelverdrag heeft als doel om de economische dubbele belasting te voorkomen die kan ontstaan als één van de staten de voordelen door onzakelijk handelen meeneemt in de belastbare winst. Om dit te bereiken, moet de andere staat de belasting herzien, zodat alleen belasting wordt geheven over het bedrag dat verschuldigd zou zijn geweest als zakelijke voorwaarden waren gehanteerd. Het artikel zoals opgenomen in het OESO Modelverdrag luidt als volgt:

1.

Where

- a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or*
- b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.*

2.

*Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.*³²

Hoe aan de hand van deze richtlijnen een at arm's length prijs wordt gekozen, wordt in de volgende paragraaf besproken.

³² OECD Article 9, 2017.

2.3 Verrekenprijsmethoden en analyse

De vijf vergelijkbaarheidsfactoren in de OESO transfer pricing richtlijnen zijn belangrijk bij de totstandkoming van een arm's length prijs, omdat ze een gedetailleerd beeld geven van de omstandigheden waaronder transacties tussen dochterondernemingen van dezelfde groep plaatsvinden. Door deze factoren in acht te nemen, kan worden vastgesteld of de prijzen voor deze transacties vergelijkbaar zijn met de prijzen die onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden zouden hebben afgesproken.

De vergelijkbaarheidsfactoren zijn bovendien belangrijk, omdat zij een gedetailleerd beeld geven van de specifieke omstandigheden waaronder de transactie plaatsvindt. Dit helpt bij het identificeren van eventuele risico's die zijn verbonden aan de transactie en bij het evalueren van de functies en activiteiten van de betrokken partijen. Dit is van belang bij het bepalen van een arm's length prijs, aangezien deze een reflectie is van de risico's die de betrokken partijen dragen en de functies die ze uitvoeren.

De desbetreffende factoren zijn:³³

1. De contractuele omstandigheden van de transactie: de prijsvorming, de betalingsvoorwaarden, de transportkosten en de risico's die zijn verbonden aan de transactie.
2. De functionele analyse: de economische activiteiten van de partijen, hun vermogenspositie en hun beheer- en organisatiestructuur.
3. De aard van de producten of diensten die worden uitgewisseld: de technische eigenschappen, de kwaliteit, de hoeveelheid en de vorm van de producten of diensten.
4. De economische omgeving waarin de transactie plaatsvindt: de marktomstandigheden, concurrentie en aanwezigheid van substitutie goederen op de markt.
5. De omstandigheden van de bedrijfstak: de specifieke kenmerken van de bedrijfstak waarin de transactie plaatsvindt, zoals technologische ontwikkelingen, de belastingregels en de regelgeving die van toepassing zijn op de transactie.

Door deze factoren in acht te nemen kan worden vastgesteld of de prijzen voor transacties tussen dochterondernemingen vergelijkbaar zijn met de prijzen voor transacties tussen onafhankelijke partijen.

Vervolgens kan aan de hand van de volgende vijf methoden tot een at arm's length prijs gekomen worden. De methoden zijn te onderscheiden in twee categorieën: de traditional transaction method en de transactional profits method.

2.3.1 Comparable Uncontrolled Price

De Comparable Uncontrolled Price (hierna: CUP) methode is de meest betrouwbare methode als het gaat om vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke partijen die dicht genoeg bij elkaar liggen om relevant te zijn voor de interne transactie. De CUP methode is geschikt voor situaties waarin er een groot aantal vergelijkbare transacties en een grote mate van transparantie is in de prijzen in de markt.³⁴

De CUP methode is een niet-veelgebruikte methode voor transfer pricing, zoals aangegeven in het Besluit van 2022.³⁵ Deze methode gaat uit van vergelijkbare transacties tussen

³³ OECD 2022, p.40.

³⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 5.6.2.

³⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022 (*Stcrt.* 2022, 16685), onderdeel 3.1.

onafhankelijke partijen en gebruikt deze transacties om de prijs van interne transacties te bepalen.

Een voorbeeld:

Stel dat een bedrijf in Nederland een product fabriceert en dit verkoopt aan een dochteronderneming in Duitsland. In dit geval doet het bedrijf in Nederland onderzoek naar vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke partijen.

In het geval dat soortgelijke producten worden verkocht aan een externe koper voor €100 per stuk moet het bedrijf voor dezelfde prijs het product aan de Duitse dochteronderneming bieden.

2.3.2 Cost Plus

De Cost Plus methode is een andere methode die wordt gebruikt om tot een at arm's length-prijs te komen. Deze methode gaat uit van de kostprijs van een product of dienst, plus een at arm's length opslag bovenop de kosten. De opslag is de brutowinstmarge.³⁶ Deze vergoeding kan een percentage van de kostprijs zijn.

Een voorbeeld:³⁷

Stel dat een bedrijf auto-onderdelen produceert en deze verkoopt aan een dochteronderneming. In dit geval bepaalt het producerende bedrijf de kosten van het produceren van de auto-onderdelen, inclusief materiaalkosten, arbeidskosten en overheadkosten. Vervolgens voegt het bedrijf een percentage als winstopslag toe aan de kosten. Stel dat dit percentage 20% is. Dus als de kosten van het produceren van de auto-onderdelen €100 zijn, dan zou de prijs die het bedrijf aan de dochteronderneming rekent €120 zijn (€100 kosten + €20 winstopslag).

Het grote voordeel van deze methode is dat het eenvoudig te begrijpen en te implementeren is, omdat het alleen rekening houdt met kosten en een bepaald percentage van de winst.

2.3.3 Transactional Net Margin

De Transactional Net Margin Methode (hierna: TNMM) is een methode die de nettowinstmarge van de onderneming die de overdracht doet (de geteste partij) vergelijkt met de nettowinstmarge van een vergelijkbare onderneming (de vergelijkbare onderneming).³⁸ De TNMM wordt onbetrouwbaar geacht indien beide partijen unieke en waardevolle bijdragen leveren.³⁹ De net profit indicator wordt gebruikt als een maatstaf bij de vergelijkbaarheidsanalyse. De net profit indicator kan bijvoorbeeld de verhouding tussen operationele winst en omzet zijn. In het algemeen moet de gekozen net profit indicator in verband staan met de waarde van de functies die worden uitgevoerd door de vergelijkbare onderneming. Hier wordt rekening gehouden met de gebruikte activa en de risico's die worden gelopen door de onderneming.

Stel bijvoorbeeld dat onderneming A een product verkoopt aan onderneming B die een verbonden partij is. Om de zakelijke prijs van de transactie te bepalen moet eerst de nettowinstmarge van onderneming A op de verkoop van het product berekend worden. Vervolgens zoek je een vergelijkbare onderneming (onderneming C) die een soortgelijk product verkoopt en berekent hun nettowinstmarge.

³⁶ Bouwman & Boer 2021, par. 3.5.4.3.

³⁷ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 5.10.2.

³⁸ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 5.14.2.

³⁹ Burgers e.a. 2022, par. 5.8.2.5.

Indien de nettowinstmarge van onderneming A vergelijkbaar is met die van onderneming C kan worden vastgesteld dat de prijs voor de transactie tussen onderneming A en onderneming B at arm's length is.

2.3.4 Resale Price method

De Resale Price Method (hierna: RPM) is een andere methode voor transfer pricing die kan worden gebruikt. Deze methode gaat uit van de verkoopprijs van een product of dienst aan een derde partij en haalt vervolgens een arm's length winstmarge af van deze verkoop. De prijs waarmee je eindigt, is dan de juiste transfer prijs.

Een voorbeeld:⁴⁰

Stel dat een bedrijf in grondstoffen handelt en deze verkoopt aan derden. In dit geval zou het bedrijf de prijzen voor de grondstoffen die aan derden worden verkocht meenemen en vervolgens een winstmarge afhalen van het totaal. Stel dat de winstmarge die het bedrijf wil behalen 20% is. Als de prijs van de grondstoffen die het bedrijf aan derden verkoopt €120 is, dan zou de prijs die het bedrijf aan de dochteronderneming rekent €100 zijn (€120 verkoopprijs aan derden - €20 winstopslag). De winstopslag is enkel bedoeld om de kosten van het bedrijf te bekostigen.

De RPM is vaak geschikter dan de cost plus methode in gevallen waarin een product of dienst in hoge volumes wordt verkocht, of wanneer er grote verschillen in winstmarges bestaan tussen interne en externe verkopen.⁴¹ Dit komt omdat de RPM gebruik maakt van prijzen die in de markt worden gehanteerd. Een mogelijk nadeel is dat de methodiek vaak subjectiever wordt in de bepaling van het winstopslag percentage; soms is het moeilijk om vergelijkbare transacties te vinden en is er geen data beschikbaar.

2.3.5 Profit split

De profit split method is een methode die wordt gebruikt in de OESO richtlijnen voor transferpricing om de belasting van interne transacties tussen twee entiteiten binnen een groep te bepalen. De methode is gebaseerd op het idee dat de winst die wordt behaald uit de transactie tussen de twee entiteiten moet worden verdeeld in verhouding tot de bijdragen van elke entiteit aan de transactie. De bijdragen van elke entiteit kunnen worden bepaald door te kijken naar de geleverde middelen en verrichte activiteiten om de transactie te laten slagen.

De profit split method kan worden gebruikt wanneer het niet mogelijk is om een transactie te vergelijken met een vergelijkbare externe transactie, of wanneer de entiteiten betrokken zijn bij een gezamenlijk ontwikkelde activiteit (joint venture) of gezamenlijk gebruikte middelen.⁴²

Stel dat BV A en BV B beiden werken aan het ontwikkelen van een nieuw product. BV A levert de technische expertise en BV B levert de marketing expertise. Als het product uitkomt en winst maakt, kan de profit split method worden gebruikt om de winst tussen BV A en BV B te verdelen op basis van hun bijdragen aan het project.

⁴⁰ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 5.8.2.

⁴¹ Heithuis 2022, p. 556-557.

⁴² Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 5.16.2.

2.3.6 Analyse

Er zijn verschillende opmerkingen te maken over de keuze van verrekenprijsmethoden. Het is aan een belastingplichtige om te bepalen welke methode hij wil gebruiken. Het is toegestaan om elke methode te gebruiken, mits deze methode leidt tot een uitkomst die voldoet aan het arm's lengthbeginsel. De OESO benadrukt dat het van belang is om de methode te kiezen die het meest geschikt is voor de specifieke intercompany-transactie die geanalyseerd wordt.

De Graaf plaatst twee kanttekeningen bij de Resale Price Method en de Cost Plus Method.⁴³ Aangezien dit transactionele methoden zijn, moet de onderneming haar intercompany-transactie op transactieniveau vergelijken met niet-verbonden transacties. Het is echter zelden mogelijk om publiekelijk toegankelijke informatie te vinden die relevant is voor deze vergelijking. Dit speelt met name een rol met betrekking tot boekhouding en rapportage. Beide methoden maken gebruik van brutomarges. Stel dat een onderneming toegang heeft tot informatie over brutomarges op niet-verbonden transacties. Het is echter niet bekend of de niet-verbonden ondernemingen hun boekhouding op dezelfde manier hebben opgezet als de onderneming zelf. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de onderneming bepaalde kosten opneemt als onderdeel van de kostprijs van de omzet, terwijl niet-verbonden ondernemingen deze kosten opnemen als operationele kosten.

Dit probleem doet zich niet voor bij de TNMM aangezien informatie beschikbaar is over de jaarwinst van onafhankelijke ondernemingen. Bij de TNMM wordt de nettowinst van een dochteronderneming vergeleken met dezelfde ratio van onafhankelijke, vergelijkbare ondernemingen. Hierdoor is het boekhoudkundige probleem niet relevant, omdat de TNMM alleen naar de nettowinst kijkt en het niet uitmaakt of kosten zijn gerekend tot de kostprijs van de omzet of tot de operationele kosten.

Een andere kanttekening bij het toepassen van de Cost Plus Method is hoe de kostprijs moet worden vastgesteld. De OESO biedt geen specifieke richtlijnen voor dit proces. In de praktijk leidt de berekening van de kostprijs tot veel discussies tussen ondernemingen en belastingdiensten.⁴⁴

Het belangrijkste vraagstuk bij de Profit Split Methode is hoe de winst berekend wordt bij ondernemingen. In nationale situaties lijkt dit probleem niet relevant, aangezien de winst op een vergelijkbare manier wordt berekend bij de betrokken ondernemingen. In internationaal verband is dit veel complexer. De Graaf benoemt hier bijvoorbeeld het geval dat een land een ander afschrijvingspercentage op machines hanteert.⁴⁵ Het zou gevolgen (kunnen) hebben voor de belastbare winst in alle landen waarin het concern werkzaam is.

Met betrekking tot diensten is Van Egdome⁴⁶ van mening dat de toepassing van de CUP-methode minder haalbaar is, omdat de functie van dienstverlening binnen het concern doorgaans wezenlijk anders is dan de dienstverlening door een onafhankelijke derde die deze activiteiten als kernactiviteit heeft. Bij het vergelijken met ongelieerde transacties speelt ook hier de functionele analyse een belangrijke rol. Hij maakt hiermee de vergelijking tussen de verrichte werkzaamheden van een bedrijfsjurist en partners van grote kantoren. Zo zal de vergoeding voor de activiteiten van een bedrijfsjurist niet kunnen worden bepaald door simpelweg de uurtarieven van de partners van enkele grote advocatenkantoren als referentie te nemen. De uitgeoefende functies, de genomen risico's, de contractuele voorwaarden en de economische omstandigheden zijn zo verschillend dat het vergelijken

⁴³ Heithuis 2022, p.556-557.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Van Egdome 2020.

van de transacties te veel problemen oplevert en dat het waarschijnlijk moeilijk zal zijn om 'vergelijkbaarheidsaanpassingen' aan te brengen als gevolg van deze verschillen. Het is dan verstandiger om aan te sluiten bij de Cost Plus methode en de TNMM.

De mindere geschiktheid van de directe methode komt doordat indirecte kosten een grotere rol spelen bij dienstverlening. Deze kosten kunnen naar voren komen door bijvoorbeeld omzet of kosten van dienstverband.⁴⁷

Nu het arm's lengthbeginsel duidelijk in beeld is gebracht, wordt behandeld hoe dit beginsel in de Nederlandse vennootschapsbelasting is gecodificeerd.

2.4 Het totaalwinstbegrip en informeel kapitaal

2.4.1 Inleiding

Het in artikel 3.8 Wet IB 2001 geregelde totaalwinstbegrip houdt in dat winst het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Dit ruime winstbegrip wordt berekend over de gehele periode van het bestaan van de onderneming. Hierbij is het belangrijk om enkel de werkelijke winst te belasten. Dit wordt gerealiseerd door enkel de voor- en nadelen met een zakelijk karakter in de winst op te nemen.⁴⁸ De inspecteur kan op grond van het totaalwinstbegrip aanpassingen maken aan de winst indien er sprake is van aandeelhoudersmotieven. Deze aandeelhoudersmotieven komen onder andere tot uiting in de vorm van kapitaalstortingen.

Fiscaal kapitaal wordt gesplitst in twee categorieën, namelijk formeel kapitaal en informeel kapitaal.⁴⁹

Het daadwerkelijk op aandelen gestorte kapitaal en het gestorte agio worden beschouwd als onderdeel van het formele kapitaal voor de toepassing van de fiscale winstbepaling.

Het begrip informeel kapitaal werd voor het eerst gedefinieerd door de Hoge Raad (hierna: HR) in 1957.⁵⁰ De HR besloot dat er situaties zijn waarbij aangenomen moet worden dat een kapitaalstorting heeft plaatsgevonden, zelfs als het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap al civielrechtelijk volledig is gestort. Een voorbeeld van een dergelijke situatie doet zich voor wanneer een moedermaatschappij enkel op grond van haar aandeelhoudersrelatie een voordeel toekent aan een dochteronderneming.

Er zijn twee manieren waarop informeel kapitaal kan ontstaan. Deze twee manieren houden verband met de twee manieren waarop een vennootschap voordelen kan behalen. De eerste manier is dat het voordeel aan de vennootschap wordt toegekend in de vermogenssfeer. Een dergelijke situatie kan ontstaan wanneer de vennootschap een onroerend goed aan de aandeelhouder verkoopt tegen een prijs die hoger is dan de reële waarde ervan. Het voordeel dat de vennootschap op deze manier ontvangt, via de te hoge verkoopprijs, bevindt zich in de vermogenssfeer.

De tweede manier is dat de storting van informeel kapitaal plaatsvindt door middel van bevoordeling in de kostensfeer. Wanneer de moedermaatschappij een lening verstrekt aan een dochteronderneming, tegen een te lage of geen rentevergoeding, doet zich dit voor.

Om een beter beeld te krijgen van informeel kapitaal in de kostensfeer worden in de volgende paragrafen het Zweedse grootmoeder-arrest en de 'nieuwe' kostenarresten besproken onder

⁴⁷ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2023, p.214-215.

⁴⁸ Vakstudie Vennootschapsbelasting, artikel 3.8 Wet IB 2001, aant. 2.3.

⁴⁹ Heithuis 2022, p. 54.

⁵⁰ HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1978:AX2866, BNB 1957/165, m.nt. M.J.H. Smeets.

de Wet IB 1964. Tot slot wordt de relatie van deze arresten besproken in verhouding met de Wet IB 2001.

2.4.2 Zweedse grootmoeder-arrest

In het arrest gewezen door de HR op 31 mei 1978 ging het om een belanghebbende die samen met haar dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormde.⁵¹ De Zweedse moedermaatschappij van belanghebbende heeft aan haar dochtervennootschap een lening verstrekt, zonder daarvoor rente te bedingen. Het geschil in kwestie draaide om de vraag of de belanghebbende de zakelijke rente over de lening mocht aftrekken van de winst van de fiscale eenheid. De belanghebbende betoogde dat het voordeel van de renteloze lening voortkwam uit de aandeelhoudersrelatie en daarom beschouwd moest worden als informeel kapitaal.

Met betrekking tot de geldverstrekking van de Zweedse grootmoeder aan de kleindochter oordeelde het Hof dat er sprake was van een informele kapitaalstorting ter grootte van de niet-bedongen rente op de lening. Het Hof kwam tot dit oordeel, omdat de Zweedse grootmoeder bewust haar kleindochter had willen bevoordelen om redenen van concernbelang. Daarmee had de Zweedse grootmoeder haar kleindochter in die hoedanigheid bewust willen bevoordelen.⁵²

De staatssecretaris is vervolgens in cassatie gegaan en is van mening dat het voordeel dat de kleindochter heeft behaald, door het feit dat de grootmoeder geen rente bedong, niet beschouwd kan worden als een informele kapitaalstorting. Volgens de staatssecretaris is er alleen sprake van een inbreng in de vermogenssfeer als er geld of goederen worden ingebracht of als passiva om-niet worden overgenomen, zonder dat daarbij aandeelbewijzen worden uitgegeven of bijschrijving in een aandeelhoudersregister heeft plaatsgevonden. In dit geval is er geen sprake van een inbreng van geld of goederen of van het om niet overnemen van passiva, dus geen informeel kapitaal.

A-G Van Soest is van mening dat de casus in dit arrest kan worden beschouwd als een specifiek geval van de algemene situatie waarin de aandeelhouder een prijs ontvangt die lager is dan normaal voor zijn prestaties voor de vennootschap.⁵³ Zoals de HR in 1957 heeft geoordeeld kan in een dergelijk geval het verschil tussen de normale prijs en de lage prijs worden beschouwd als een 'informele' kapitaal-inbreng. Dit geldt volgens de A-G ook voor de rente waarvan betaling achterwege is gebleven in dit arrest.

Verder geeft A-G Van Soest aan dat de rente die een in Nederland gevestigde vennootschap verschuldigd zou zijn aan haar directe of indirecte aandeelhouder, in mindering gebracht kan worden op haar belastbare winst. Voorwaarde is wel dat de rentevoet is vastgesteld op basis van de voorwaarden die tussen onafhankelijke partijen gelden.

De A-G geeft aan dat het niet relevant is dat de aandeelhouder gevestigd is in het buitenland, aangezien de heffing van belasting in Nederland niet afhankelijk is van de behandeling van buitenlandse relaties van belastingplichtigen in de praktijk. Hierbij geeft hij in zijn conclusie aan: *“Met name kan de aftrek van rente niet afhankelijk gesteld worden van het antwoord op de vraag, of zij bij de buitenlandse aandeelhouder als winst wordt verantwoord en dienovereenkomstig belast.”*

De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het Hof dat de Zweedse moedermaatschappij bewust heeft gekozen om de dochteronderneming van belanghebbende te bevoordelen door

⁵¹ HR 31 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2866M (concl. A-G Van Soest), BNB 1978/252, m.nt. H.J. Hofstra.

⁵² HR 31 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2866M (concl. A-G Van Soest), BNB 1978/252, m.nt. H.J. Hofstra.

⁵³ Concl. A-G Van Soest, ECLI:NL:HR:1978:AX2866M bij HR 31 mei 1978, BNB 1978/252, m.nt. H.J. Hofstra.

geen rente te vragen die zij anders wel zou hebben ontvangen. De aard van het voordeel (vermogenssfeer of kostensfeer) en de kwalificatie van het voordeel zijn daarbij niet relevant. Het beroep op goed koopmansgebruik is niet van toepassing bij een niet-winstgerelateerd voordeel.

Naar mijn mening oordeelt de HR in lijn met het arrest uit 1957. De HR oordeelt namelijk dat wanneer sprake is van een bewuste bevoordeling door de (groot-)moedervenootschap aan de dochtervenootschap, en die bevoordeling voortkomt uit de aandeelhoudersrelatie, er sprake is van een informele kapitaalstorting. De HR rekent met de stelling van de staatssecretaris af dat een informele kapitaalstorting enkel in de vermogenssfeer plaatsvindt. Daarnaast oordeelt de HR dat voor toepassing van de inkomstenbelasting niet alleen daadwerkelijk betaalde bedragen van de winst van afgetrokken kunnen worden.

Het arrest is positief ontvangen door de praktijk.⁵⁴ Hofstra acht het oordeel van de HR een juiste beslissing.⁵⁵

Hier voegt Bongaarts aan toe dat het arrest een evenwichtig beeld schept in vennootschappelijke verhoudingen. Dit biedt met name een bevredigende uitkomst aan de fiscale positie van de grootmoeder. Hij stelt: *“Men bedenke immers dat het uit de winst van de dochter geëlimineerde voordeel in de regel reeds als een onttrekking tot de winst van de moeder zal zijn gerekend. Volgens de staatssecretaris zou dit voordeel bij de dochter opnieuw tot de winst moeten gaan behoren. Door dit arrest ontstaat echter symmetrie tussen de winstcorrecties bij de moeder (onttrekkingen) en de dochter.”*⁵⁶

Van der Vleuten merkt op dat door het aanvaarden van informele kapitaalstortingen in de kostensfeer dubbele belastingheffing wordt voorkomen. Indien een vennootschap haar dochtermaatschappij bewust bevoordeelt met een voordeel in de kostensfeer, dat bij de dochter niet vrijgesteld is, zal over dit bedrag door beide vennootschappen belasting betaald moeten worden.⁵⁷

Aan deze positieve geluiden van Bongaarts en Van der Vleuten is wel een belangrijk kanttekening te maken. Naar mijn mening is de uitspraak van de HR goed te volgen voor binnenlandse situaties maar minder goed voor buitenlandse situaties.

In binnenlandse verhoudingen kan de Belastingdienst namelijk eenvoudig de corresponderende correcties bij de moeder- en dochtervenootschap maken.⁵⁸ De staatssecretaris geeft in de NnaV van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel aan dat in puur binnenlandse situaties daarom sprake is van een coherent systeem.⁵⁹

In buitenlandse situaties is het maar de vraag of de buitenlandse fiscus een corresponderende correctie doorvoert indien een onderneming in het buitenland is gevestigd. Dit biedt voor internationale concerns de mogelijkheid tot tax-planning.⁶⁰ Elsweier en Stevens geven in hun boek een voorbeeld van een buitenlandse moedermaatschappij dat een renteloze lening verstrekt aan een Nederlandse dochtervenootschap. Op grond van de uitspraak van dit arrest mag de dochtervenootschap dan een zakelijke rente in aftrek brengen. Het is mogelijk dat de rente bij de moedermaatschappij niet belast wordt, bijvoorbeeld omdat het vestigingsland van

⁵⁴ Aardema, WFR 1986/817.

⁵⁵ HR 31 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2866M (concl. A-G Van Soest), BNB 1978/252, m.nt. H.J. Hofstra 1978.

⁵⁶ Bongaarts, WFR 1978/1305.

⁵⁷ Van der Vleuten, WFR 1988/707.

⁵⁸ Heithuis 2022, p. 58.

⁵⁹ Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 6, p. 13.

⁶⁰ Elsweier & Stevens 2023, p. 104.

de moedermaatschappij het arm's lengthbeginsel niet toepast of omdat de moedermaatschappij niet onderworpen is aan winstbelasting.

De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel pakt dit probleem aan door te stellen dat de belastingplichtige enkel nog een aftrekpost kan claimen indien de corresponderende opwaartse aanpassing bij de wederpartij in een winstbelasting wordt betrokken. In het geval dat dit niet gebeurd mogen in Nederland de zakelijke lasten niet langer in aftrek gebracht worden. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel vormt hiermee een inbreuk op de totaalwinst. Deze inbreuk wordt gerechtvaardigd vanuit de doelstelling om deze mismatches te beëindigen.⁶¹ De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel wordt in paragraaf 2.5 nader uitgelegd.

2.4.3 'Nieuwe' kosten-arresten

In deze paragraaf wordt een analyse gegeven van vijf gerechtelijke uitspraken die zijn gewezen op 8 juli 1986 door de HR; dit zijn de zaken BNB 1986/293 t/m 297. De zaken betreffen 2 gelijkwaardige zaken voor zowel de IB en de VpB en een losstaande zaak voor de IB. De zaken worden in de literatuur gezamenlijk besproken gezien de grote vergelijkbaarheid met elkaar. Dit is de reden waarom ik in deze scriptie ook voor deze opzet heb gekozen. De uitspraken behandelen kwesties met betrekking tot de begunstiging van een vennootschap door een natuurlijk persoon die aandeelhouder is en tevens de functie van directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga) bekleedt. Deze arresten verschillen met het Zweedse grootmoeder-arrest doordat ze betrekking hebben op de verhoudingen tussen een volledig belastingplichtige entiteit voor de Wet op de VpB 1969 en ab-houders als dga. Eerst wordt het alleenstaande BNB 1986/293 besproken voor de IB.

In het arrest BNB 1986/293 was de betreffende dga van een BV in het bezit van een vordering met een rentepercentage dat als onzakelijk laag werd beschouwd. De inspecteur had besloten dat, gebaseerd op het eerder behandelde arrest BNB 1978/252, de zakelijke rente in aftrek kon worden gebracht. Verder was hierover geen geschil.

De inspecteur was van mening dat aan de belanghebbende een corresponderend bedrag toegerekend moest worden. Het corresponderend bedrag kan gezien worden als, primair, rentebate of als, secundair, waardeinstijging van de aandelen.

Voor de primaire stelling, inkomen als rentebate, deed de inspecteur aanspraak op art. 24 Wet IB 1964. De inspecteur betoogde in dit verband dat, gegeven het feit dat de vennootschap een bedrag ter grootte van de door de aandeelhouder gemiste rentebate had opgegeven als een informele kapitaalstorting, belanghebbende geacht moest worden eerst als crediteur rente genoten te hebben, om deze vervolgens in de vennootschap in te brengen als informeel kapitaal.

Betreft de subsidiaire stelling deed de inspecteur aanspraak op art. 24 Wet IB 1964. De inspecteur gaf aan dat belanghebbende inkomsten in natura genoten had door de waardeinstijging van de aandelen als gevolg van de informele kapitaalinstroom in de vennootschap.

De HR ging niet mee met de twee argumenten. Ten aanzien van de primaire stelling oordeelde de Hoge Raad dat het in art. 33 Wet IB 1964 opgenomen genietingsstip geen ruimte liet voor het in aanmerking nemen van deze niet-betaalde rente. Ten aanzien van de subsidiaire stelling oordeelde de HR dat het in art. 24 Wet IB 1964 opgenomen begrip 'inkomsten uit vermogen' enkel zag op het belasten van de waardeinstijging van aandelen bij liquidatie.

⁶¹ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35 933, nr. 6, p. 6.

Het arrest BNB 1986/294 is een soortgelijk arrest met een uitspraak van de HR die lijkt op hetgeen eerder besproken is in BNB 1986/293. Tevens zijn de feiten en omstandigheden vrijwel hetzelfde als het voorgaande arrest voor de IB. De HR oordeelde dat een rente die niet bedongen is niet belastbaar is bij de dga. De HR maakte in zijn beoordeling gebruik van dezelfde argumenten als in de voorgaande zaak. Deze zaak werd ook voor in de VpB besproken in het arrest BNB 1986/295.

Het arrest BNB 1986/295 heeft dezelfde feiten en omstandigheden als in de vorige zaak. Het gaat nu om de aftrekbaarheid van de fictieve rentelasten bij de BV in tegenstelling tot de belastbaarheid van de rentebaten bij de dga. Voor beide partijen was het duidelijk dat het niet bedingen van rente ontstaan is uit de relatie tussen de BV en de dga. Het Hof heeft wegens dit punt een aftrek van de niet bedongen rente toegestaan op grond van het arrest BNB 1978/252. Het kernargument van de staatssecretaris houdt in dat het Zweedse grootmoeder-arrest niet van toepassing kan zijn in deze situatie. De verhouding tussen de dga en de BV zorgt dat kosten slechts in mindering kunnen worden gebracht tot het werkelijk betaalde bedrag.

De HR geeft aan dat uit het arrest BNB 1978/252 begrepen kan worden dat een fictieve rentelast onder bepaalde voorwaarden in aftrek gebracht kan worden. Deze beslissing is gebaseerd op de aanname dat volgens het Nederlandse belastingrecht een voordeel dat op deze manier is verkregen, moet worden opgenomen in de winst van degene die het voordeel heeft verstrekt en een onderneming drijft.⁶² De HR oordeelt vervolgens dat uit een redelijke wetstoepassing geoordeeld kan worden dat de fictieve rente niet in aftrek gebracht kan worden.⁶³ Dit heeft te maken met het feit dat tegenover de rente aftrek geen rente ontvangst in de heffing betrokken wordt.

De HR komt in de arresten BNB 1986/296 en BNB 1986/297 tot dezelfde uitkomsten als in de vorige twee besproken arresten. In deze zaken ging het niet om rente, maar om onbetaalde salaris van de dga ten behoeve van zijn vennootschap. Gezien het feit dat dit verschil geen invloed heeft op de analyse worden deze arresten buiten beschouwing gelaten.

Bongaarts is van mening dat het arrest in zijn algemeenheid voor verduidelijking zorgt, maar hij heeft ook een punt van kritiek. De HR maakt inbreuk op de regel dat bedrijfsvreemde voordelen uit de fiscale winst worden geëlimineerd, door deze wel bij de fiscale winst te rekenen, indien deze bij de verstrekker niet worden belast. Dit voorkomt discrepantie tussen de IB en de VpB, maar de oplossing is volgens Bongaarts juridisch gezien wel ongebruikelijk.⁶⁴

Den Boer geeft in zijn annotatie aan dat door middel van deze arresten de HR verduidelijkt heeft dat de winstbepaling van een vennootschap afhankelijk is van zijn aandeelhouder.⁶⁵ Het gevolg hiervan is mijns inziens dat wanneer deze redenatie doorgetrokken wordt naar internationale situaties dit betekent dat rente-imputatie bij een Nederlandse dochter afhankelijk zou moeten zijn van de rente-imputatie bij de buitenlandse moeder. Dit lijkt in tegenspraak te zijn met het Zweedse grootmoeder-arrest. De uitspraak van de HR in dit arrest is gestoeld op de aanname dat het ontvangen voordeel in Zweden naar de regels van het Nederlandse belastingrecht is opgenomen. Van Dijck betreurt dat deze veronderstelling niet in BNB 1978/252 tot uitdrukking is gebracht.⁶⁶ Verder geeft hij aan dat deze hoognodige verduidelijking veel te lang op zich heeft laten wachten: *“Men zou een jarenlange onzekerheid en een voortdurende belastingconsulenten-hitsigheid hebben kunnen voorkomen, die thans bij de*

⁶² HR 8 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7925 (concl. A-G Moltmaker), r.o. 4.1, BNB 1986/297, m.nt. P. den Boer.

⁶³ HR 8 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7925 (concl. A-G Moltmaker), r.o. 4.2, BNB 1986/297, m.nt. P. den Boer.

⁶⁴ Bongaarts, MBB 1986/259.

⁶⁵ HR 8 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7925 (concl. A-G Moltmaker), BNB 1986/297, m.nt. P. den Boer.

⁶⁶ Van Dijck, FED 1986/1122.

hoven reeds honderden procedures heeft veroorzaakt. De rechtsontwikkeling heeft zonder noodzaak een vertraging van acht jaren opgelopen.”

De HR oordeelde dat in het geval bij de aandeelhouder geen heffing over een corresponderend bedrag mogelijk is, bij de vennootschap geen informele kapitaalstorting in aanmerking wordt genomen. Voor internationale situaties creëert de HR een fictie dat aangenomen moet worden dat hier sprake van is. Arts is het hier niet mee eens en geeft aan dat de strekking van dit arrest geldt voor alle gevallen van een verrekenprijscorrectie waarbij belastingheffing over een met de informele kapitaalstorting in de vennootschap corresponderend bedrag bij de aandeelhouder niet mogelijk is. Dit geldt dus ook als bij een buitenlandse moedermaatschappij geen heffing over een met de informele kapitaalstorting in de Nederlandse dochtermaatschappij corresponderend bedrag mogelijk is op grond van de voor haar geldende regels voor de bepaling van de fiscale winst.⁶⁷

Elsweier en Stevens geven aan dat de opvatting van Arts door de Hoge Raad is afgewezen in het arrest BNB 2005/169.⁶⁸ De HR heeft in deze gewezen dat een Nederlandse vennootschap rente mocht aftrekken die zij niet betaalde aan een concernvennootschap in Ierland. Ierland paste het arm's lengthbeginsel niet toe, waardoor er geen belasting werd betaald over de rente. Aangezien geen rente werd betaald, was er ook geen belastbare winst in Ierland. Dit vormde geen belemmering voor de aftrek van de rente in Nederland, omdat de rente wel in de ondernemingsfeer viel en belast zou zijn geweest als de Ierse vennootschap feitelijk in Nederland was gevestigd.

Het Nederlandse fiscale stelsel van winstbepaling gaat uit van het principe dat de winst in Nederland autonoom wordt vastgesteld. Dit betekent dat er geen rekening wordt gehouden met de fiscale behandeling van het corresponderende voor- of nadeel.⁶⁹

Er lijkt een evenwichtsgedachte te zijn ontstaan binnen het nationale fiscale recht; deze evenwichtsgedachte lijkt te missen in internationale situaties.

2.4.4 Kosten arresten en de Wet IB 2001

Zoals in de inleiding is aangegeven bepaalt artikel 3.8 Wet IB 2001 wat de totale winst uit een onderneming is.

De strekking van deze bepaling luidt dat de winst het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.

Kapitaalstortingen behoren niet tot de voordelen die worden verkregen uit een onderneming. Deze vormen geen winst voor de ondernemer, omdat de toename van het vermogen afkomstig is van de ondernemer zelf. Winst wordt alleen gegenereerd door de verhogingen van het eigen vermogen van het bedrijf die bovenop de initiële inbreng van de ondernemer komen. Kapitaalstortingen zijn daarom van nature geen onderdeel van de winst.⁷⁰

De terbeschikkingstellingsregeling is in werking getreden met de invoering van de Wet IB 2001. De regeling voorkomt dat in de BV hoge kosten zouden worden geboekt zonder dat een adequate heffing van inkomstenbelasting hier tegenover staat. Tevens wordt op deze manier de overeenkomst tussen een natuurlijk persoon ondernemer en een BV versterkt.⁷¹

⁶⁷ Stevens & Van der Streek 2019, p. 214.

⁶⁸ Elsweier & Stevens 2022, p.129.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Arts 2019, par. 14.3.

⁷¹ Vakstudie Inkomstenbelasting, art. 3.92 Wet IB 2001, aant. 1.2.1

Coebergh geeft aan dat de reikwijdte van de kostenarresten aanzienlijk is beperkt door de invoering van de terbeschikkingstellingsregeling in de Wet IB 2001, waar het winstregime geldt.⁷²

2.4.5 Artikel 8b Wet VpB 1969

Zoals eerder in dit hoofdstuk is aangegeven is het arm's lengthbeginsel een belangrijk onderdeel in de transfer pricing systematiek. In paragraaf 2.2.3 is aangegeven dat het arm's lengthbeginsel in artikel 9 OESO Modelverdrag gecodificeerd is. In Nederland werd het arm's lengthbeginsel in het Nederlandse belastingrecht altijd toegepast door de voor- en nadelen die voortvloeien uit de aandeelhoudersrelatie te elimineren uit de totaalwinst van een lichaam op basis van artikel 3.8 van de Wet IB. Door middel van de schakelbepaling artikel 8 Wet VpB 1969 werkt dit artikel door naar de VpB.⁷³ In de in 2.4.2 en 2.4.3 behandelde arresten is te zien dat het arm's lengthbegrip al verankerd was in de Nederlandse jurisprudentie. Desalniettemin werd besloten om met ingang van 1 januari 2002 door middel van een specifieke bepaling het arm's lengthbeginsel te codificeren in artikel 8b Wet VpB 1969. De staatssecretaris geeft aan dat de voornaamste reden hiervan is om onduidelijkheid in het buitenland tegen te gaan omtrent de Nederlandse toepassing van het arm's lengthbeginsel.⁷⁴ In de parlementaire geschiedenis wordt zelfs gesproken van achterdocht bij andere landen in het kader van OESO- en EU-discussies over schadelijke belastingconcurrentie door Nederland.⁷⁵

Ten aanzien van het arm's lengthhandelen is in de jurisprudentie het vereiste van de dubbele bewustheid ontwikkeld. Dit houdt in dat zowel de ontvanger als de verstrekker van het onzakelijke voordeel zich ervan bewust dienen te zijn dat een voordeel wordt toegedeeld.⁷⁶

De staatssecretaris merkt hierover het volgende op:

“Overigens wordt nog opgemerkt dat ten aanzien van verrekenprijs correcties de bevoordelingsbedoeling wordt geobjectiveerd. Het arm's lengthbeginsel levert een objectieve maatstaf voor de bepaling van een zakelijke verrekenprijs. Een afwijking van deze objectieve maatstaf betekent tevens dat het vermoeden ontstaat – en daarmee het begin van bewijs is geleverd – dat het voor- of nadeel dat hierdoor voor het betrokken lichaam is ontstaan, zijn oorzaak vindt in de gelieerdheid tussen de betrokken lichamen. Dit wordt bedoeld met de hiervoor genoemde objectivering van de bewustheid.”⁷⁷

Vóór de invoering van het artikel was het aan de belastinginspecteur om aannemelijk te maken dat partijen van de transactie zich bewust waren van de bevoordeling. Deze bewijslast van de inspecteur bestond in de eerste plaats uit het bewijzen van de onzakelijkheid van de transactie. Vervolgens moest de dubbele bewustheid van de bevoordeling bewezen worden bij beide partijen. Dit zorgde voor een zware bewijslast bij de belastinginspecteur.⁷⁸

In het derde lid van artikel 8b is de documentatieverplichting opgeschreven die uit twee onderdelen bestaat. Allereerst moet de administratie van de gelieerde entiteiten aantonen hoe de overeengekomen transferprijzen tussen hen zijn vastgesteld. Ten tweede moet de

⁷² Coebergh 2022, par. 2.6.2.1.2.

⁷³ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 1.20.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 034, nr. 3, p. 19.

⁷⁵ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 034, nr. 5, p. 33.

⁷⁶ Van Egdome 2020, par. 2.3.3.

⁷⁷ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 034, nr. 3, p. 21.

⁷⁸ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 3.2.

administratie voldoende informatie bevatten om te kunnen beoordelen of de transferprijzen ook zouden zijn overeengekomen door onafhankelijke partijen.

Bremmer geeft aan dat het venijn van artikel 8b Wet VpB 1969 in de verdeling van de bewijslast zit. Door deze bepaling is de verdeling van de bewijslast in verrekenprijsgeschillen gewijzigd. Indien de belastingplichtige namelijk niet voldoet aan de documentatieverplichting, voldoet hij niet aan artikel 52 AWR hetgeen tot een omkering van de bewijslast kan leiden.⁷⁹ “In dat geval kan de inspecteur achterover leunen.”⁸⁰ Vollebregt geeft aan dat de bewijslast is verschoven van de Belastingdienst naar de ondernemingen, tenzij de belastingplichtige de door haar gehanteerde verrekenprijzen kan documenteren. Bovendien is het evenwicht in bewijsposities verstoord. Vollebregt geeft als voorbeeld aan dat enerzijds de Nederlandse onderneming dient te voldoen aan de eis van dubbele bewustheid, als zij een onderdeel van haar commerciële winst onbelast wil laten door het aan te merken als informeel kapitaal. “Anderzijds zou de Belastingdienst middels een correctie van verrekenprijzen de fiscale winst kunnen verhogen zonder te hoeven voldoen aan dezelfde bewustheidseis.”⁸¹

Naar mijn mening wordt de soep niet zo heet gegeten als bovenstaande auteurs beweren. Hierbij is van belang om in acht te nemen dat de bewijslast en documentatieverplichting twee verschillende aspecten zijn. De documentatieverplichting heeft als doel om op een systematische wijze informatie vast te leggen die van belang is voor het bepalen van de verrekenprijzen.⁸² De bewijslast dat de verrekenprijzen niet arm's length zijn, rust op de fiscus. Hierbij valt ook mee dat de documentatieverplichting open geformuleerd is. Pas wanneer niet is voldaan aan de documentatieverplichting, moet aannemelijk worden gemaakt dat de verrekenprijzen arm's length zijn. Visser geeft aan dat het voordeel van een open benadering is dat de documentatieverplichting op een flexibele wijze kan worden toegepast. Het nadeel van een dergelijke open benadering is dat onduidelijkheid kan bestaan hoe de documentatieverplichting wordt ingevuld in een bijzonder geval.⁸³

De staatssecretaris heeft met de codificatie van het arm's lengthbeginsel in artikel 8b Wet VpB 1969 gekozen om het artikel praktisch volledig aan te laten sluiten aan artikel 9 in het OESO Modelverdrag.⁸⁴ Door deze aanpak tracht hij een goede aansluiting te krijgen met de internationale praktijk, waaronder het OESO-commentaar en de OESO-richtlijnen met betrekking tot dit onderwerp. De staatssecretaris onderbouwt deze keuze met het beperken van risico op internationale dubbele belasting als gevolg van een afwijking van het Nederlandse verrekenprijzeregime ten opzichte van de internationale standaard.⁸⁵

Er zijn twee aspecten te benoemen in artikel 8b die anders zijn geformuleerd dan in artikel 9 OESO Modelverdrag. In de wet VpB wordt gesproken van onderlinge rechtsverhoudingen in tegenstelling tot commerciële en financiële betrekkingen. Ten tweede worden in de Wet VpB 1969 lichamen benoemd en geen ondernemingen zoals dat is gedaan in het OESO Modelverdrag. Ondanks de verschillen in terminologie zal dit geen wezenlijk effect hebben in de praktijk.

⁷⁹ *Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3, p. 22.*

⁸⁰ Bremmer 2002, *Belastingadvies* 2002/2.11.

⁸¹ Vollebregt, *WFR* 2001/41.

⁸² Visser, *TFO* 2006/2.

⁸³ De Boer & Weistra, *WFR* 2001/1725.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3, p. 20.*

⁸⁵ *Kamerstukken II 2001/2002, 28 034, nr. 3, p. 19.*

Opmerkelijk is dat in artikel 8b Wet VpB 1969 geen verwijzingen worden gedaan naar de OESO-richtlijnen.⁸⁶ Dit leidt tot discussies of de OESO-richtlijnen een directe werking hebben in de Nederlandse wetgeving.

Zo geeft de Redactie Vakstudie-Nieuws aan dat alleen de Belastingdienst gebonden is aan de OESO-richtlijnen door middel van het Verrekenprijzenbesluit.⁸⁷ Het lijkt de Redactie verstandiger als de staatssecretaris de Belastingdienst voorschrijft om bij het toepassen van artikel 8b Wet VpB 1969 de OESO-richtlijnen te volgen, met eventuele verduidelijkingen waar nodig. Op deze manier wordt alleen de Belastingdienst gebonden aan deze benadering, wat zuiverder is dan de impliciete veronderstelling dat belastingplichtigen ook formeel gebonden zijn aan de richtlijnen.⁸⁸

Nederland heeft er goed aan gedaan om het arm's lengthbeginsel te codificeren in de Wet VpB 1969 door middel van het invoeren van artikel 8b. Het arm's lengthbeginsel was in de Nederlandse jurisprudentie al jaren bekend, waardoor een dergelijke codificatie overbodig lijkt. Toch lijkt het mij in de huidige tijdsgeest toepasselijk om ook internationaal in pas te lopen op dit gebied. De laatste twintig jaar is het belang van internationaal samenwerken belangrijker geworden door onder andere globalisatie. De codificatie leidt tot duidelijkheid omtrent het toepassen van het arm's lengthbeginsel in de Nederlandse transfer pricing praktijk. Het aansluiten bij artikel 9 van het OESO Modelverdrag heeft hier mijns inziens een grote rol in gespeeld. Peters geeft aan dat de introductie van het artikel bijgedragen heeft aan de noodzakelijke internationale belastingconvergentie⁸⁹, maar nog te veel onduidelijkheid bestaat over de status van de OESO-richtlijnen.⁹⁰ Naar mijn mening is deze onduidelijkheid ontstaan door niet te refereren naar de OESO-richtlijnen in artikel 8b Wet VpB 1969. Ik kan mij daarom vinden in het commentaar van Peters dat het de rechtszekerheid ten goede komt om het artikel verder uit te breiden met een verwijzing naar de OESO-richtlijnen. Hij geeft aan dat een nieuwe bepaling moet worden opgenomen, waarin aangesloten wordt op de nieuwste OESO-richtlijnen. Om ervoor te zorgen dat deze richtlijnen in overeenstemming zijn met de Nederlandse wetgeving, geeft Peters aan dat het van essentieel belang is dat de Nederlandse wetgever democratische controle uitoefent over elke nieuwe versie van deze richtlijnen.⁹¹

Dit kan gerealiseerd worden door een vergelijkbare bepaling zoals in de Britse Taxation Act 2010 op te nemen in de Nederlandse Wet VpB 1969.

In het Britse artikel 164 van de Taxation Act is getracht de OESO-richtlijnen te codificeren in de Britse wetgeving.⁹² De verwijzing naar de OESO-richtlijnen is als volgt opgenomen in de Britse wetgeving:

Section 164 Part to be interpreted in accordance with OECD principles

1. This Part is to be read in such manner as best secures consistency between—
 - a. the effect given to sections 147(1)(a), (b) and (d) and (2) to (6), 148 and 151(2),
and

⁸⁶ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 1.6.2.VPB.

⁸⁷ Zie voor een uitgebreide behandeling van het Verrekenprijzenbesluit paragraaf 2.2.2.

⁸⁸ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2018/37.2.

⁸⁹ Het streven naar consistentie en overeenstemming tussen belastingstelsels van verschillende landen.

⁹⁰ Peters 2019.

⁹¹ Peters 2019.

⁹² Transfer Pricing Country Profile, United Kingdom.

- b. the effect which, in accordance with the transfer pricing guidelines, is to be given, in cases where double taxation arrangements incorporate the whole or any part of the OECD model, to so much of the arrangements as does so.

2.5 Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel

2.5.1 Inleiding

De staatssecretaris geeft aan dat de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel in Nederland kan resulteren in aanpassing van transacties tussen gelieerde entiteiten voor belastingheffingsdoeleinden.⁹³ Indien de voorwaarden van de transactie leiden tot een onredelijke vergoeding die niet in overeenstemming is met wat een onafhankelijke partij zou hebben ontvangen, kan dit leiden tot verhoging of verlaging van de fiscale winst ten opzichte van de commerciële winst.

Deze correctie wordt aangegeven in de belastingaangifte of wordt opgelegd door de Belastingdienst.

Het belang van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel ligt bij transacties over de grens waarbij de Nederlandse toepassing van het zakelijkheidsbeginsel kan leiden tot een neerwaartse correctie van de winst van een belastingplichtige binnen een concern, terwijl het gelieerde lichaam dat bij de transactie betrokken is geen of minder bijbehorende opwaartse correctie van de winst ondergaat. Onder de oude wet- en regelgeving heeft de Belastingdienst geen mogelijkheid een dergelijke neerwaartse correctie van de winst in Nederland te weigeren.⁹⁴ Dit kan resulteren in een situatie van dubbele niet-heffing, waarbij een deel van de winst bij een transactie tussen gelieerde partijen onbelast blijft.

Redactie Vakstudie Nieuws geeft aan dat ondanks dat het Nederlandse systeem duidelijk afwijkt van de meeste andere landen, het op zijn minst een consistent systeem is.⁹⁵ Ze stelt de vraag of dit ook het geval blijft na de wetsinvoering. Hoewel de nieuwe regel dubbele niet-heffing voorkomt, blijft dubbele heffing namelijk onveranderd bestaan. Zo zijn meerdere gelijkwaardige reacties vanuit de praktijk gedeeld tijdens de internetconsultatie.

Tussen 4 maart 2021 en 2 april 2021 werd een openbare consultatie via internet gehouden over het Consultatiedocument wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. In totaal werden twaalf reacties ontvangen naar aanleiding van de consultatie.

De reacties zijn niet allemaal integraal opgenomen in deze scriptie. In deze paragraaf worden een aantal in het oog springende reacties geïnventariseerd. De besproken reacties gaan onder andere in op de inbreuk op het totaalwinstbegrip en de verenigbaarheid met het EU-recht. Enkele van deze reacties hebben voor reactie van de staatssecretaris gezorgd. Verder worden in deze paragraaf de nieuwe artikelen van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel besproken.

De wet bestaat uit de volgende artikelen: artikel 8ba, 8bb, 8bc, 8bd en 35. Wat deze artikelen inhouden, wordt in deze paragraaf nader uiteengezet.

⁹³ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35 933, nr. 6, p. 4.

⁹⁴ Zie hiervoor paragraaf 2.4.2 en 2.4.3.

⁹⁵ Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2021/47.16.

2.5.2 Internetconsultatie – totaalwinst

Het kantoor Dentons geeft aan dat een degelijke motivatie voor de inbreuk op de totaalwinstgedachte ontbreekt.⁹⁶ Zo geven zij aan dat de totaalwinstgedachte een belangrijk uitgangspunt vormt voor de Nederlandse belastingheffing. Het artikel 8b van de Wet VpB 1969 bevat dit beginsel sinds 2001 en zorgt ervoor dat winstverschuivingen tussen gelieerde lichamen worden gecorrigeerd, wanneer zij voorwaarden overeenkomen die onafhankelijke partijen niet zouden overeenkomen. Het wetsartikel zou echter leiden tot correctie van de winst naar een zakelijke winst, om deze vervolgens weer te corrigeren naar een niet-zakelijke winst, wat in strijd is met het zorgvuldig ontwikkelde zakelijkheidsbeginsel en de logica van het wetsysteem. De enkele opmerking van de staatssecretaris dat dit geoorloofd is om mismatches op te heffen, vinden zij onvoldoende rechtvaardiging voor een dergelijke inbreuk.

Houthoff geeft aan dat transfer pricing-correcties op grond van artikel 8b Wet VpB 1969 per definitie plaatsvinden omdat gelieerde lichamen voordelen genieten uit de vennootschappelijk betrekkingen.⁹⁷ Op grond van artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969 jo. artikel 3.8 Wet IB behoren deze voordelen uit vennootschappelijke betrekkingen niet tot de fiscale winst. Omdat deze voordelen reeds niet tot de fiscale winst behoren ingevolge artikel 8 lid 1 Wet VpB stellen ze de vraag of het voorgestelde artikel 8ba Wet VpB 1969 nog wel het door de wetgever gewenste effect sorteert. Het niet toestaan van een neerwaartse aanpassing van de fiscale winst op grond van het voorgestelde artikel 8ba Wet VpB 1969 jo. artikel 8b Wet VpB 1969 volgt dan immers op artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969, op grond waarvan het voordeel überhaupt niet tot de fiscale winst behoort.

De staatssecretaris geeft aan dit punt gecorrigeerd te hebben door de reikwijdte uit te breiden naar neerwaartse correcties van de winst zoals vastgesteld volgens het zakelijkheidsbeginsel.⁹⁸ In paragraaf 2.5.5 wordt nader uitgelegd hoe de staatssecretaris dit heeft opgelost.

2.5.3 Internetconsultatie – dubbele belasting

AmCham geeft aan dat het wetsvoorstel in zijn huidige vorm onbedoeld kan leiden tot dubbele heffing.⁹⁹ Dit leggen zij onder andere uit door de problematiek rondom de hybride entiteiten te verduidelijken. In het voorbeeld maken zij gebruik van de limited liability companies (hierna: LLC's) met een Nederlandse deelneming:

Vaak maken Amerikaanse ondernemingen gebruik van LLCs, die in Amerika meestal als fiscaal transparant worden beschouwd. Vanuit Nederlands fiscaal oogpunt geldt doorgaans dat een LLC als niet-transparant wordt aangemerkt. De LLC wordt hierdoor als hybride entiteit gekwalificeerd. De activa, passiva en winst van de LLC worden toegerekend aan haar achterliggende ondernemingen, vaak een Amerikaanse corporation, en worden in Amerika belast. Het gebruik van LLC's heeft in de regel geen fiscale reden, maar dient vaak om bepaalde activiteiten in een afzonderlijke onderneming onder te brengen om deze activiteiten juridisch te isoleren.

⁹⁶ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van Dentons.

⁹⁷ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van Houthoff.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3.

⁹⁹ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van AmCham The Netherlands.

AmCham Nederland vindt dat indien de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan met een gelieerd lichaam dat als hybride wordt gekwalificeerd, zoals bijvoorbeeld een Amerikaanse LLC, dat in zo'n situatie het achterliggende niveau in overweging zou moeten worden genomen. Hetzelfde geldt voor de omgekeerde situatie, waarbij het gelieerde lichaam in Nederland als transparant wordt beschouwd, terwijl het betreffende buitenland het lichaam als niet-transparant beschouwt naar lokale fiscale maatstaven. In een dergelijke situatie lijkt het redelijk om op het niveau van het transparante lichaam te toetsen of er sprake is van betrekking in een naar de winst geheven belasting.

Als reactie op dit punt is er een tegemoetkoming opgenomen in artikel 8bb, derde en vierde lid, Wet VpB 1969. Dit wordt in paragraaf 2.5.6 nader toegelicht. Er is bepaald dat wanneer de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de bovengenoemde situatie zich voordoet en aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de neerwaartse correctie kan worden meegenomen bij het bepalen van de winst. In dat geval kan de beoordeling of er sprake is van betrokkenheid bij de heffing plaatsvinden op het niveau van de deelnemers in plaats van op het niveau van het hybride lichaam waarop de onderlinge rechtsverhouding betrekking heeft.

Zowel Dentons als Houthoff geven aan dat er geen consistente aanpak lijkt te zijn in het voorstel. Het lijkt erop dat alleen aanpassingen die leiden tot lagere winst op grond van artikel 8b Wet VpB 1969 worden geweigerd. Aanpassingen die leiden tot een hogere winst worden echter volledig belast en blijven buiten beschouwing. Wanneer een belastingplichtige bijvoorbeeld een lening verstrekt aan een buitenlandse groepsmaatschappij en de zakelijke rente hoger is dan de afgesproken rente, maar het andere land heeft geen wetgeving voor verrekenprijzen om een hogere aftrek toe te staan, zou het redelijk zijn dat de Nederlandse correctie niet wordt doorgevoerd.

Houthoff en Atlas wijzen erop dat het wetsvoorstel in samenhang met de bestaande renteaftrekbepalingen moet worden beoordeeld.¹⁰⁰ Volgens hen zal artikel 10b Wet VpB 1969 overbodig worden als gevolg van de invoering van dit wetsvoorstel. Artikel 10b Wet VpB 1969 is voornamelijk gericht op het voorkomen van internationale kwalificatieverschillen bij langlopende leningen. Aangezien deze situaties ook onder de voorgestelde wettekst vallen, lijkt artikel 10b Wet VpB 1969 overbodig te worden. Het zal dan alleen nog van toepassing zijn op gevallen waarin de corresponderende rentebaten belastbaar zijn in een binnenlandse situatie. Dit leidt tot overkill. Daarom raden zij aan om artikel 10b Wet VpB 1969 af te schaffen wanneer dit wetsvoorstel wordt ingevoerd.

2.5.4 Internetconsultatie – EU-recht

AKD,¹⁰¹ AmCham, Atlas en Houthoff geven aan dat in puur binnenlandse situaties lichamen geen last hebben van artikel 8ba Wet VpB 1969. Het artikel heeft enkel gevolgen voor belastingplichtigen in buitenlandse situaties. Dit kan binnen de EU en EER problematisch zijn vanwege de verdragsvrijheden. Het wetsvoorstel lijkt echter niet alleen betrekking te hebben op misbruiksituaties, maar ook op transacties die in overeenstemming zijn met de arm's length voorwaarden. Hierdoor kan het wetsvoorstel in strijd zijn met de EU-verdragsvrijheden. Daarom wordt aanbevolen om het wetsvoorstel om te vormen tot een daadwerkelijke antimisbruikregeling en een tegenbewijsregeling op te nemen, wat momenteel niet het geval is.

¹⁰⁰ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van Atlas fiscalisten.

¹⁰¹ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van AKD.

Deloitte¹⁰² heeft haar reactie benaderd vanuit het nationaal perspectief. In haar reactie biedt zij de suggestie aan om te overwegen om de reikwijdte van artikel 8ba Wet VpB 1969 te beperken tot misbruiksituaties. Hierdoor zouden nationale situaties die niet door misbruik worden gedreven buiten beschouwing blijven. Nationale en internationale misbruiksituaties vallen dan wel onder de werking van deze bepaling.

Verder wordt ook door Deloitte een tegenbewijsregeling aanbevolen: *“het eerste lid (van artikel 8ba Wet VpB 1969) is niet van toepassing als aannemelijk wordt gemaakt dat aan de overeengekomen voorwaarden ter zake van de onderlinge rechtsverhouding die leiden tot een neerwaartse aanpassing van de winst ingevolge artikel 8b Wet VpB 1969 andere dan fiscale motieven ten grondslag liggen.”*

De kwestie of er een beroep kan worden gedaan op dwingende redenen van algemeen belang wordt niet relevant geacht, ondanks dat sommige belangstellenden hierom vragen. Er is immers geen sprake van een verboden belemmering, omdat er in het licht van het doel van de regeling geen sprake is van gelijke gevallen en dus een verschillende behandeling is toegestaan.¹⁰³

Een inhoudelijke analyse wordt verder in het hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 uitgevoerd omtrent de EU-rechtelijke gevolgen.

2.5.5 Artikel 8ba

Naar aanleiding van de internetconsultatie heeft de staatssecretaris dit artikel toegevoegd aan de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Uit de reacties in paragraaf 2.5.3 t/m 2.5.4 van de consultatie is gebleken dat correcties in de kapitaalsfeer plaatsvinden op basis van artikel 8 lid 1 Wet VpB 1969 in combinatie met artikel 3.8 Wet IB. In de consultatieversie werden neerwaartse aanpassingen van de winst op basis van deze artikelen niet geraakt. De staatssecretaris geeft aan dit hersteld te hebben door de reikwijdte van de maatregelen uit te breiden naar neerwaartse aanpassingen van de winst zoals deze wordt bepaald volgens artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 én artikel 8b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, met inachtneming van het zakelijkheidsbeginsel. Het artikel luidt als volgt:

Artikel 8ba

Voor de toepassing van de artikelen 8bb, 8bc, 8bd en 35 wordt verstaan onder:

- a. het zakelijkheidsbeginsel: het bepalen van de winst overeenkomstig artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 8b;
- b. een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam: een lichaam waarmee de belastingplichtige is gelieerd in de zin van artikel 8b.

Het valt op dat telkens wordt verwezen naar een neerwaartse aanpassing van de winst. Naar mijn mening is dit niet juist gezien de wetssystematiek en de besproken jurisprudentie. Dit komt doordat een informele kapitaalstorting voortvloeit uit de vennootschappelijke betrekking en geen winst vormt. Daarom is er geen sprake van een

¹⁰² Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van Deloitte.

¹⁰³ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3

neerwaartse aanpassing van de winst op grond van het zakelijkheidsbeginsel. De Redactie Vakstudie-Nieuws geeft aan dat wat er niet is, ook niet neerwaarts kan worden bijgesteld.¹⁰⁴

2.5.6 Artikel 8bb

De hoofdregel, artikel 8bb, lid 1, Wet VpB 1969, geeft het volgende aan:

“Bij het bepalen van de winst blijft buiten aanmerking een neerwaartse aanpassing van de winst ter zake van een onderlinge rechtsverhouding tussen de belastingplichtige en een aan hem gelieerd lichaam voor zover de belastingplichtige niet aannemelijk maakt dat ter zake van die rechtsverhouding bij dat gelieerde lichaam een corresponderende opwaartse aanpassing wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting.”

In lid 2 wordt de definitie gegeven van een 'neerwaartse aanpassing van de winst' met het oog op lid 1. Er is sprake van een neerwaartse aanpassing wanneer de belastingplichtige op grond van het arm's lengthbeginsel hogere kosten of lagere baten in aanmerking moet nemen dan hij in eerste instantie met de gelieerde wederpartij overeen was gekomen.

De hoofdregel is in twee gevallen niet van toepassing. Het eerste geval doet zich voor wanneer de belastingplichtige bewijs levert dat de corresponderende aanpassing wel in de heffing is betrokken. In dat geval is er geen sprake van een mismatch of dubbele niet-heffing. Het totaalwinstbeginsel blijft dan in stand en er is sprake van een informele kapitaalstorting of een verkapte winstuitdeling.¹⁰⁵

Het tweede punt is toegevoegd naar aanleiding van de internetconsultatie. De staatssecretaris onderkent dat de hoofdregel onredelijk kan uitpakken in situaties met hybride entiteiten. Om dit op te lossen is een doorkijkbenadering opgenomen in onderdeel b lid 3 van artikel 8bb Wet VpB 1969.

Aan de hand van een voorbeeld over informeel kapitaal wordt de hoofdregel duidelijker.¹⁰⁶

Stel dat moederbedrijf Y Ltd. in het buitenland is gevestigd en een renteloze lening van 100 verstrekt aan haar dochteronderneming X BV. Het arm's lengthbeginsel vereist dat er 5% rente wordt berekend. De twee partijen hebben een rente van 0% afgesproken.

Op grond van het totaalwinstbegrip moet de overeengekomen rente van 0% worden aangepast naar een rente van 5%, die door onafhankelijke partijen in het economische verkeer zou zijn overeengekomen.¹⁰⁷ Dit leidt ertoe dat X BV hogere rentelasten moet opnemen bij het bepalen van haar winst, dan wanneer de overeengekomen rente van 0% zou worden gehanteerd. Dit resulteert in een lagere winst voor X BV en daarmee een lagere belastingafdracht. In de vestigingsstaat van de moedermaatschappij wordt geen fictieve rentebate in de heffing genomen. Dit kan leiden tot dubbele niet-heffing, omdat X BV rentelasten aftrekt die niet worden belast bij Y Ltd.

Door de werking van artikel 8bb lid 1 Wet VpB 1969 wordt geen zakelijke rentelast in aanmerking genomen aangezien dit zou leiden tot dubbele niet-heffing. Duidelijk is geworden dat een inbreuk op het totaalwinstbegrip plaatsvindt met als rechtvaardiging het voorkomen van dubbele niet-heffing.

¹⁰⁴ Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2021/42.3.

¹⁰⁵ Ubachs, NTFR 2021/3794.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2021/2022, 35933, nr. 3, p. 6

¹⁰⁷ Zie hiervoor het Zweedse grootmoeder-arrest (BNB 1978/252) besproken in par. 2.4.2.

Het volgende voorbeeld gaat over verkapte winstuitdelingen.¹⁰⁸

X BV, een Nederlandse moedermaatschappij, verstrekt een lening aan haar buitenlandse dochtermaatschappij, Y Ltd, tegen een rente van 10. De zakelijke rente volgens het arm's lengthbeginsel bedraagt 5.

In de staat waar Y Ltd is gevestigd wordt een aftrek van 10 aan rentelasten genomen. Dit heeft als gevolg dat een dubbele niet-heffing over 5 plaatsvindt. Bij Y Ltd worden voor 10 aan rentelasten betrokken in een naar de winst geheven belasting terwijl bij X BV slechts 5 rentebaten worden betrokken in een naar de winst geheven belasting.

De overige 5 aan inkomsten die X BV ontvangt van Y Ltd. kwalificeert als verkapt dividend en is – onder voorwaarden – vrijgesteld onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Artikel 8bb Wet VpB 1969 bestrijdt deze dubbele niet-heffing door bij het bepalen van de winst van X BV de neerwaartse aanpassing van de winst niet in aanmerking te nemen. De rentebaten worden in hun volledigheid in de heffing betrokken als onderdeel van de totaalwinst van X BV.

Om te spreken over een betrekking in een naar de winst geheven belasting is het voldoende dat een land een winstbelasting heeft en dat het bedrag van de corresponderende aanpassing in de grondslag van een winstbelasting wordt betrokken. Hier wordt ook aan voldaan indien een winstbelasting van 0% wordt geheven over de corresponderende aanpassing. In dat geval is er sprake van een tariefmismatch en niet van een verrekenprijsverschil. Aan de voorwaarde wordt ook voldaan als effectief geen heffing plaatsvindt over de corresponderende aanpassing door middel van een objectieve vrijstelling. De effectieve belastingdruk is dus niet relevant bij de gelieerde onderneming. Zo kan ook aan de voorwaarde worden voldaan indien het gelieerde lichaam haar winst verrekent met verliezen van andere groepslichamen door middel van een consolidatieregeling, zoals een group relief regeling.¹⁰⁹ Deze invulling van een betrekking in een naar de winst geheven belasting geldt ook voor de artikelen 8bc en 8bd Wet VpB 1969.

Met betrekking tot de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel dient te worden opgemerkt dat deze alleen van toepassing is als de overeengekomen prijs afwijkt van de prijs die onafhankelijke derden zouden hebben afgesproken. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel richt zich enkel op de correctie van een overeengekomen prijs. De regeling is niet bedoeld om het gebruik van belastingparadijzen tegen te gaan.¹¹⁰

2.5.7 Artikel 8bc

Er kan ook sprake zijn van een mismatch indien een belastingplichtige een vermogensbestanddeel verkrijgt van een gelieerd lichaam tegen een te lage prijs. Dit soort mismatches worden besproken in artikel 8bc Wet VpB 1969.

Indien de gelieerde partijen tot een lagere prijs komen dan ze zouden doen volgens het arm's lengthbeginsel, dan mag de Nederlandse belastingplichtige bij het vaststellen van de fiscale boekwaarde enkel de hogere zakelijke waarde aannemen indien bij de overdragende onderneming een corresponderende opwaartse winstaanpassing plaatsvindt. Als hier niet aan voldaan wordt, moet de belastingplichtige de lagere waarde volgens de overeenkomst opnemen in de boekhouding. De aanpassing die op grond van het arm's lengthbeginsel zou moeten plaatsvinden, vindt dus niet plaats.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 7.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 28.

¹¹⁰ Heithuis 2022, par. 14.12.

Dit artikel regelt in het tweede lid de mismatches die verbonden zijn bij schulden. Hier kan sprake van zijn indien de waarde van de schuld volgens artikel 8b Wet VpB 1969 lager is dan de waarde die de gelieerde onderneming in aanmerking neemt bij de winstbepaling.¹¹¹

In het derde lid is nogmaals een bepaling opgenomen voor het verkrijgen van vermogensbestanddelen van een hybride lichaam. Dit artikel is hetzelfde als in het voorgaande artikel 8bb Wet VpB 1969.

Een voorbeeld:¹¹²

Z Ltd., de buitenlandse moedermaatschappij, levert een vermogensbestanddeel aan de Nederlandse dochtermaatschappij X BV voor een prijs van 50. In de commerciële jaarcijfers van X BV staat het vermogensbestanddeel voor 50 op de balans en wordt op dit bedrag afgeschreven. Op basis van het arm's lengthbeginsel kan X BV als overnemer het vermogensbestanddeel voor fiscale doeleinden activeren tegen 200 en hier dus ook fiscaal op afschrijven. In dit geval wordt bij de Nederlandse onderneming voor fiscale doeleinden een zakelijke prijs van 200 in aanmerking genomen. Dit bedrag vormt ook de basis voor de fiscale afschrijvingen.

Het verschil tussen de overeengekomen verrekenprijs en de zakelijke prijs bedraagt 150 en wordt in de fiscale boekhouding van X BV verwerkt als een informele kapitaalstorting door Z Ltd.

Z Ltd., de overdrager, maakt winst over het overdragen van het vermogensbestanddeel. Z Ltd past haar prijzen echter niet aan en er wordt niet afgerekend over de winst. De overdrachtprijs die Z Ltd in aanmerking neemt is namelijk nog steeds gelijk aan de overeengekomen prijs van 50.

In dit voorbeeld is daardoor sprake van een mismatch in verrekenprijzen ter grootte van 150. Nederland staat een verhoogde afschrijving toe, terwijl geen verhoogde heffing in het buitenland wordt opgenomen. De ontstane dubbele niet-heffing wordt tegengegaan met artikel 8bc Wet VpB 1969.¹¹³

2.5.8 Artikel 8bd

Artikel 8bd Wet VpB 1969 heeft als doel om een verschil in waardering van vermogensbestanddelen weg te nemen dat kan ontstaan als gevolg van stortingen of uitkeringen. Dit verschilt van de eerder geïntroduceerde artikelen 8bb en 8bc van de Wet VpB 1969, waarbij verrekenprijzen centraal staan. Het nieuwe artikel 8bd van de Wet VpB 1969 is van toepassing op situaties waarbij sprake is van kapitaalstortingen, winstuitdelingen, teruggaven van gestort kapitaal, liquidatie-uitkeringen of soortgelijke handelingen. In tegenstelling tot de artikelen 8bb en 8bc Wet VpB 1969 is er bij artikel 8bd geen sprake van een verrekenprijs, maar wordt de waarde van het vermogensbestanddeel verkregen door middel van storting.

Een soortgelijke mismatch kan ontstaan indien een belastingplichtige een vermogensbestanddeel verkrijgt door middel van een formele kapitaalstorting waarvan de waarde in het economische verkeer hoger is dan de waarde die in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de fiscale winst van de overdrager.¹¹⁴ Het volgende voorbeeld legt dit nader uit:

¹¹¹ Ubachs, NTFR 2021/3794.

¹¹² *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 8

¹¹³ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 3, p. 8.

¹¹⁴ Ubachs, NTFR 2021/3794.

X BV ontvangt een vermogensbestanddeel als formele kapitaalstorting in natura van Y Ltd, de moedermaatschappij. Y Ltd. neemt daarbij een waarde van 20 in aanmerking voor het vermogensbestanddeel, terwijl de waarde in het economische verkeer van het activum 200 is. Op grond van het arm's lengthbeginsel boekt X BV het vermogensbestanddeel voor 200 op haar fiscale balans en kan in vijf jaar over dit bedrag afschrijven, waarbij de jaarlijkse afschrijving 40 bedraagt (bij een veronderstelde restwaarde van nihil).

Vanwege de kapitaalstorting in natura is er geen overeengekomen of opgelegde verrekenprijs, waardoor het voorbeeld niet onder het bereik van artikel 8bc Wet VpB 1969 valt. Zonder toepassing van artikel 8bd Wet VpB 1969 zou er sprake zijn van dubbele niet-heffing over 180. Dit komt doordat het vermogensbestanddeel wordt verkregen door middel van een kapitaalstorting en de waarde in het economische verkeer hoger is dan de waarde die bij Y Ltd. in aanmerking wordt genomen. Op grond van artikel 8bd Wet VpB 1969 moet X BV de waarde van 20 in aanmerking nemen voor de teboekstelling van het vermogensbestanddeel. Hierdoor kan X BV gedurende de afschrijvingstermijn een afschrijving van 4 per jaar ten laste brengen van de Nederlandse winst, in plaats van 40.

Voor het overige is dit artikel vrijwel hetzelfde als de vorige artikelen. Schulden in de vermogenssfeer worden tegengegaan in art. 8bd, lid 2, Wet VpB 1969.

Het derde lid dient weer als tegemoetkoming voor de hybride lichamen. Voor deze lichamen geldt dat indien de corresponderende opwaartse winstaanpassing op het niveau van de participanten in het hybride lichaam plaatsvindt, geen sprake is van een mismatch.¹¹⁵

2.6 Deelconclusie

Transfer pricing wordt steeds relevanter gezien de globalisatie en de opkomst van steeds groter wordende multinationale ondernemingen. Indien de prijzen die worden afgesproken tussen dochterondernemingen of groepsmaatschappijen niet op een arm's length basis worden vastgesteld, kan dit leiden tot oneigenlijke winstverplaatsing of -vermindering. Het verkeerd gebruiken van deze verrekenprijzen kan betekenen dat winsten naar landen met lagere belastingtarieven kunnen worden verplaatst of dat winsten ten onrechte worden verminderd door bijvoorbeeld onvoldoende vergoeding te vragen voor diensten die worden verleend. In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de deelvraag:

Wat houdt het arm's lengthbeginsel in en hoe is dit in de Wet VpB 1969 gecodificeerd?

De OESO speelt een belangrijke rol in het voorkomen van de schadelijke gevolgen van ondeugdelijke transfer pricing. Zo is in het OESO Modelverdrag het arm's lengthbeginsel opgenomen in artikel 9. Dit begrip is verder uitgelegd in de OESO-richtlijnen. Hier staan onder andere verrekenprijsmethoden in.

De OESO-richtlijnen inzake verrekenprijzen zijn niet wettelijk bindend, maar worden algemeen aanvaard als de norm voor het bepalen van verrekenprijzen bij internationale transacties. In Nederland is in het Verrekenprijsbesluit aangegeven dat de staatssecretaris de OESO-richtlijnen als passende uitleg en verduidelijking ziet van het arm's lengthbeginsel.

In 1957 heeft de HR het begrip informele kapitaalstorting geïntroduceerd in de Nederlandse jurisprudentie. In dit arrest oordeelde de HR dat voordelen in de vermogenssfeer die leiden tot bevoordeling, niet als onderdeel van de totaalwinst worden beschouwd. Dit principe werd nader bevestigd in het Zweedse Grootmoeder-arrest. Informeel kapitaal kan niet alleen in de vermogenssfeer voorkomen, maar ook in de kostensfeer. Het Zweedse Grootmoeder-arrest is door de 'nieuwe' kostenarresten verduidelijkt en het evenwicht

¹¹⁵ Kamerstukken II 2021/2022, 35933, nr. 3, p 3.

tussen de IB en VpB is bewaard gebleven. Met de invoering van de Wet IB 2001 is het belang van de kostenarresten aanzienlijk minder geworden. De terbeschikkingstellingsregeling voorkomt dat kosten worden geboekt zonder dat een bijbehorende heffing daartegenover staat.

Na aanhoudende kritiek uit het buitenland is in Nederland het arm's lengthbeginsel gecodificeerd in artikel 8b Wet VpB 1969. Het artikel heeft grote overeenstemming met het in het OESO Modelverdrag opgenomen artikel 9. Artikel 8b Wet VpB 1969 heeft geen verwijzing naar de OESO-richtlijnen wat naar mijn mening wel had gemoeten. Hierbij kan gekeken worden naar een soortgelijke bepaling in de Britse wetgeving.

Ondanks het feit dat het zakelijkheidsbeginsel in wetgevingen en richtlijnen is vastgesteld, kunnen toch mismatches plaatsvinden bij het toepassen van het beginsel. Het doel van de wetsaanpassing die in deze scriptie wordt onderzocht, is om deze mismatches weg te nemen en te voorkomen dat een deel van de winst van een multinationale onderneming niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. De wet bevat de bepalingen artikel 8ba, 8bb, 8bc, 8bd en 35 Wet VpB 1969.

Hoofdstuk 3 Het Europese recht en de jurisprudentie

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de rechtsbronnen van het EU-recht en hoe deze invloed hebben op de wetgeving van lidstaten binnen de EU. Het EU-recht stelt regels en richtlijnen op voor lidstaten om hun fiscale beleid te bepalen en uit te voeren. Het arrest *HvJ Costa/Enel*¹¹⁶ bevat een belangrijke rechtsregel en heeft een significante impact gehad op de communautaire rechtsorde. Het arrest bevestigt het principe dat het EU-recht boven het nationale recht staat. Hiermee wordt de soevereiniteit van lidstaten beperkt. Dit komt doordat lidstaten het EU-recht in acht moeten nemen bij het maken van hun nationale recht.

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de volgende deelvraag:

Hoe toetst het Hof van Justitie EU de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?

Dit wordt als eerst gedaan door de verschillende bronnen van het EU-recht te onderzoeken. Hierbij valt te denken aan verdragen, richtlijnen, beschikkingen en jurisprudentie. Daarnaast wordt ingegaan op de verkeersvrijheden, zoals de vrijheid van personen, goederen, diensten en kapitaal, en hoe deze worden beschermd door het EU-recht.

Vervolgens wordt de rol van het HvJ in de toetsing van het EU-recht besproken. Het Hof speelt een belangrijke rol in het garanderen van de naleving van het EU-recht en in het bepalen van de interpretatie hiervan. Het toetsingskader van het HvJ speelt hier een cruciale rol in. Het is dan ook van belang om het toetsingskader in dit hoofdstuk in detail te bespreken. Dit is nodig om ten slotte de relevante jurisprudentie te bespreken op het gebied van de vestigingsvrijheid. Dit is van belang om verder in het onderzoek te toetsen of de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel verenigbaar is met het EU-recht.

3.2 EU-recht

De rechtsbronnen van het EU-recht vormen de basis voor de Europese integratie en reguleren de verhoudingen tussen de Europese instellingen, de lidstaten en de burgers van de EU. Deze rechtsbronnen kunnen worden verdeeld in primaire en secundaire rechtsbronnen en uitspraken van het HvJ.¹¹⁷

De primaire rechtsbronnen van het EU-recht zijn de bepalingen die zijn voortgekomen uit de verdragen van de EU. Deze verdragen staan bekend als het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).¹¹⁸ Het primaire EU-recht heeft directe werking hetgeen betekent dat het rechtstreeks van toepassing is zonder tussenkomst van nationale wetgeving. De bepalingen uit de verdragen zijn bindend voor alle EU-instellingen, lidstaten en burgers. Daarnaast zijn verdragen het hoogste niveau van EU-recht.¹¹⁹

Secundair recht omvat de verordeningen, richtlijnen, besluiten en aanbevelingen die door de EU-instellingen zijn vastgesteld op basis van artikel 288 VwEU. Dit type recht is ontwikkeld om de doelstellingen van het primaire EU-recht te concretiseren en om een snelle en uniforme toepassing van EU-beleid te waarborgen.

Verordeningen zijn rechtshandelingen die direct en onmiddellijk van toepassing zijn in alle lidstaten, zonder dat deze in nationale wetgeving hoeven te worden geïmplementeerd. Richtlijnen zijn wetgevende instrumenten en moeten door de lidstaten worden omgezet in

¹¹⁶ HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (Costa/ENEL).

¹¹⁷ Stijnen 2011, p. 156.

¹¹⁸ PbEU 2016, C 202.

¹¹⁹ Wattel, Marres & Vermeulen 2018, p.12.

nationale wetgeving. Besluiten zijn specifiek gericht op specifieke personen, groepen of instellingen en zijn direct toepasbaar. Aanbevelingen en meningen zijn niet-bindend en dienen als richtsnoer voor EU-beleid.¹²⁰

De rechtsbronnen van het EU-recht worden geïnterpreteerd en toegepast door het HvJ van de EU. Het Hof speelt een belangrijke rol in het waarborgen van de eenheid en de consistentie van het Europese recht en in het beslechten van geschillen tussen de Europese instellingen, de lidstaten en burgers van de EU.

Op grond van art. 267 VwEU hebben de hoogste nationale rechters de verplichting om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof indien een rechtsvraag opkomt omtrent de verenigbaarheid van nationale wetgeving. Uit jurisprudentie blijkt dat de verwijzingsplicht dient te worden gevolgd indien de bepalingen nog niet eerder in een andere zaak door het Hof zijn uitgelegd (*acte éclairé*) en op het moment dat het onduidelijk is hoe die rechtsvraag beantwoord dient te worden (*acte claire*).¹²¹

3.3 Interne markt en de verkeersvrijheden

De interne markt binnen de Europese Unie wordt gezien als één van de hoofddoelstellingen van de EU en een kernprincipe van het EU-recht. Het beoogt een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal binnen de EU te waarborgen.¹²² Het vrije verkeer van personen is vervolgens onder te verdelen in het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging.

De interpretatie van de interne markt in het EU-recht is erop gericht om deze doelstellingen te verwezenlijken door belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen en het EU-recht van de burgers en bedrijven te beschermen. Het EU-recht legt daarom een aantal verplichtingen op aan de lidstaten en de EU-instellingen om de vrijheid van de interne markt te waarborgen.

Een van deze verplichtingen is de gelijkheid van behandeling. Hierbij wordt verplicht om niet-discriminatoire te handelen. Dit houdt in dat nationale regels geen onderscheid mogen maken op nationaliteit of andere onderscheidende factoren.

Het EU-recht beschermt ook de fundamentele vrijheden van de interne markt, zoals het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Het EU-recht verbiedt belemmeringen voor het vrij verkeer en eist dat lidstaten en EU-instellingen hun regelgeving aanpassen indien zij deze vrijheden belemmeren.

De interpretatie van de interne markt in het EU-recht is daarom gericht op het verzekeren van een effectieve uitvoering van de interne markt, het waarborgen van gelijke behandeling en het beschermen van de fundamentele vrijheden van de interne markt. De jurisprudentie van het HvJ is daarbij een belangrijke bron voor de interpretatie en toepassing van de interne markt in het EU-recht.

¹²⁰ Elswier & Stevens 2023, p. 30-31.

¹²¹ Stijnen 2011, p. 158.

¹²² Wattel, Marres & Vermeulen 2018, p. 44.

3.4 Beslisschema Hof van Justitie

In de jurisprudentie volgt het HvJ EU een beslisschema waaraan de nationale wetgevingen worden getoetst aan het EU-recht.

1. Kan belanghebbende aanspraak doen op het VWEU?
2. Leidt de regeling in kwestie tot discriminatie of belemmering?
3. Is de behandeling gerechtvaardigd?
4. Is de discriminerende of belemmerende maatregel noodzakelijk om het doel te bereiken?
5. Is de discriminerende of belemmerende maatregel proportioneel?

3.4.1 Kan belanghebbende aanspraak doen op het VWEU?

Voor toegang tot het EU-recht en de verdragsvrijheden in het bijzonder moet de belastingplichtige binnen de personele, materiële, territoriale en temporele werkingssfeer van het EU-recht vallen.¹²³ Personele werkingssfeer houdt in dat de belastingplichtige de nationaliteit van een lidstaat moet hebben. Op het gebied van vennootschappen betekent dit dat deze ingezetenen moeten zijn van een EU-lidstaat.

Betreffende de materiële werkingssfeer geldt dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdende economische activiteit binnen de EU, waarbij een beroep kan worden gedaan op een van de verdragsvrijheden.

Indien sprake is van een zuiver interne situatie wordt toegang tot het VWEU geweigerd op grond van de territoriale werkingssfeer. De geschillen moeten gaan om grensoverschrijdende situaties binnen de EU. Het vrije verkeer van kapitaal is als enige verkeersvrijheid ook van toepassing op situaties met derde landen. Een bekende uitzondering op de territoriale werkingssfeer is het arrest *HvJ Leur-Bloem*. Het Hof is wel bevoegd om uitleg te geven in interne nationale situaties indien Europese wetgeving in de nationale wet is geïmplementeerd.¹²⁴

Tot slot geldt voor de temporele werkingssfeer dat het EU-recht van toepassing moet zijn geweest ten tijde van de situatie. Hier wordt niet veel bij stil gestaan aangezien deze voorwaarde vooral speelt bij toetredende lidstaten.

3.4.2 Leidt de regeling in kwestie tot discriminatie of belemmering?

De tweede vraag vereist een evaluatie of de toepassing van nationaal recht een impact heeft op een situatie die grenzen overschrijdt, in vergelijking met een fictieve binnenlandse situatie. Een dergelijke impact kan bestaan uit discriminatie of belemmering. Het Hof bekijkt voornamelijk of twee objectief vergelijkbare situaties verschillend behandeld worden of dat twee verschillende situaties hetzelfde worden behandeld. Bij deze toetsing is van belang dat de grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan de interne situatie. Enkel dan kan sprake zijn van mogelijke schending van het EU-recht. Het gunstiger behandelen van een grensoverschrijdende situatie in vergelijking met een vergelijkbare binnenlandse situatie is niet verboden onder de EU-verdragsvrijheden.¹²⁵ Hierdoor zal een belastingplichtige die alleen binnenlands actief is in principe niet slagen om via het EU-recht dezelfde behandeling te verkrijgen als een vergelijkbare belastingplichtige die grenzen overschrijdt.

¹²³ Korving, TFO 2022/182.1.

¹²⁴ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (Leur-Bloem), r.o. 32.

¹²⁵ HvJ EG 26 januari 1993, C-112/91, ECLI:EU:C:1993:27 (Werner), r.o. 17.

Discriminatie of belemmering is onder te verdelen in de volgende drie varianten:

1. Directe discriminatie: een lidstaat maakt een onderscheid ten gunste van een binnenlandse situatie door het criterium 'nationaliteit' toe te passen.
2. Indirecte discriminatie: een lidstaat maakt een onderscheid ten gunste van een binnenlandse situatie door een criterium anders dan 'nationaliteit' (zoals vestigingsplaats) toe te passen, waarbij het effect wel overeenkomt met een nationaliteitseis.
3. Belemmering: een lidstaat past geen onderscheidend criterium toe, maar de neutrale formulering van de bepaling heeft wel als effect dat dit ten gunste is van een binnenlandse situatie.

3.4.3 Is de behandeling gerechtvaardigd?

Het HvJ beoordeelt of een bepaling van een lidstaat in overeenstemming is met het EU-recht. Als het HvJ oordeelt dat er een inbreuk is, heeft de lidstaat de mogelijkheid om deze inbreuk te verantwoorden. Wanneer een verantwoording wordt geaccepteerd, blijft de nationale beperkende regeling gelden, onder voorwaarde van de toepassing van een toets op de effectiviteit en proportionaliteit.

Er zijn twee soorten verantwoordingsgronden: formeel opgeschreven en informeel ongeschreven verantwoordingsgronden. De opgeschreven verantwoordingsgronden komen voor in het VwEU en begeleiden elke verkeersvrijheid. Hierbij kan worden gedacht aan beperkingen voor de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Voor de vrijheid van kapitaalverkeer is specifiek vermeld dat lidstaten maatregelen mogen treffen om inbreuken op nationale wetgeving te voorkomen.¹²⁶ Directe discriminaties, waarbij dus nationaliteit als onderscheidend criterium wordt gebruikt, kunnen enkel gerechtvaardigd worden met een beroep op deze formeel opgeschreven verantwoordingsgronden.¹²⁷

Volgens het HvJ mag ook gebruik worden gemaakt van ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Hierbij geldt de "rule of reason", die door het HvJ ontwikkeld is, die stelt dat inbreuken op het EU-recht kunnen worden verantwoord door redenen van algemeen belang. Er zijn veel pogingen door lidstaten ondernomen om rechtvaardigingen te geven voor inbreuken binnen het directe belastingdomein. Rechtvaardigingsgronden die zijn geaccepteerd door het HvJ zijn onder andere de doeltreffendheid van fiscale controles,¹²⁸ de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid,¹²⁹ het tegengaan van fraude en misbruik¹³⁰ en de samenhang van het belastingstelsel¹³¹. Administratieve of budgettaire verantwoordingsgronden worden geweigerd als rechtvaardigingsgrond.

¹²⁶ Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.1.2.B.

¹²⁷ Korving, TFO 2022/182.1.

¹²⁸ HvJ EG 08 juli 1999, C-254/97, ECLI:EU:C:1999:368 (Baxter).

¹²⁹ HvJ EG 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (Marks & Spencer II).

¹³⁰ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (Cadbury Schweppes).

¹³¹ HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (Bachmann).

3.4.4 Is de discriminerende of belemmerende maatregel noodzakelijk en proportioneel?

Tot slot toetst het HvJ of de regeling noodzakelijk en proportioneel is. Ondanks dat de lidstaten de discriminerende of belemmerende nationale bepaling kunnen verantwoorden, moet deze niet onredelijk uitpakken. Met de vraag of de regeling noodzakelijk is, wordt bepaald of de behandeling volgens de regeling overeenkomt met het doel van de regeling. Vervolgens wordt vastgesteld of de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk. Een regeling gaat te ver als een alternatief beschikbaar is dat de verkeersvrijheden minder beperkt.

3.5 Jurisprudentie

In de voorgaande paragraaf is het toetsingskader van het HvJ in een aantal stappen uitgelegd. Duidelijk is dat een regeling niet mag leiden tot ongeoorloofde discriminatie of belemmering. Bij de toetsing is belangrijk dat binnenlandse en buitenlandse situaties objectief vergelijkbaar zijn. Dit is ook een relevante vraag die opkomt met betrekking tot de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. Concreet houdt de vraag in of een betaling aan een binnenlandse ontvanger objectief vergelijkbaar is met een betaling aan een buitenlandse ontvanger. Dit is van belang aangezien deze wet een onderscheid maakt tussen deze twee soorten betalingen. Gezien het feit dat betalingen aan binnenlandse ontvangers vrijwel altijd aan de eis van winstbelasting zullen voldoen, is het relevant om te onderzoeken of de twee betalingen objectief vergelijkbaar zijn.

Volgens de NNAV heeft het HvJ in het *arrest HvJ Schempp*¹³² aanvaard dat het ontbreken van een corresponderende heffing in een andere lidstaat niet leidt tot vergelijkbare situaties. De NOB trekt deze bewering in twijfel op basis van het *arrest Eurowings*. Om de Europese houdbaarheid te toetsen is het van belang om deze arresten te bespreken.

De Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel wordt geconfronteerd met een tweede aspect op het gebied van de EU-rechtelijke houdbaarheid. Meerdere auteurs¹³³ en de NOB¹³⁴ geven aan dat dit aspect betrekking heeft op de aftrekbeperking van een arm's length betaling. Het Hof heeft aangegeven dat een aftrekbeperking enkel mag zien op wat bovenop een arm's lengthbetaling komt. Gezien het feit dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel de aftrek van een arm's lengthbetaling weigert, is het relevant om dit aspect te onderzoeken in de jurisprudentie.

3.5.1 HvJ Schempp

In het *arrest HvJ Schempp* gaat het om de belanghebbende, Schempp, die in Duitsland woont en alimentatie betaalt aan zijn voormalig echtgenote wonende in Oostenrijk. Volgens de Duitse inkomstenbelastingwetgeving zijn dergelijke alimentatiebetalingen aftrekbaar onder de voorwaarde dat een verklaring wordt afgelegd waarin staat dat de betalingen in de andere lidstaat belast worden. Het Duitse Finanzamt hield vervolgens geen rekening met de alimentatiebetalingen aangezien Schempp geen verklaring van de Oostenrijkse fiscus had afgegeven. Dit was ook niet mogelijk gezien het feit dat alimentatie niet als inkomen wordt aangemerkt volgens de Oostenrijkse inkomstenbelasting. De Oostenrijkse inkomstenbelasting kent ook geen regeling voor aftrek van betaalde alimentatie. Indien de voormalige echtgenote van Schempp in Duitsland had gewoond, waren de alimentatiebetalingen niet belast maar wel voor het volledige bedrag aftrekbaar.¹³⁵ De vraag die is gesteld door het Bundesfinanzhof aan

¹³² HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp).

¹³³ Zie bijvoorbeeld Wisman, V-N 2021/37.0 en Peters, WFR 2022/31.

¹³⁴ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van de NOB.

¹³⁵ HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp), r.o. 9.

het Hof is of de Duitse wetgeving in strijd is met het algemeen discriminatieverbod (art. 12 EG) en het recht van vrij reizen en verblijven binnen de EU (art. 18 EG).¹³⁶ Het Bundesfinanzhof stelt de vraag in het kader van de artikelen 12 en 18 EG gezien het feit dat de betaling tussen particulieren heeft plaatsgevonden. Dit is dan ook de reden dat de verkeersvrijheden niet van toepassing zijn op dit arrest. Het algemene discriminatieverbod van artikel 12 regelt dat vergelijkbare situaties niet verschillend mogen worden behandeld.

Het Hof stelt de vraag of de omstandigheid dat Schempps voormalige echtgenote in Duitsland zou hebben verbleven en onderhevig zou zijn geweest aan de Duitse inkomstenbelasting, overeenkomt met de situatie waarin zij in Oostenrijk woont en onderhevig is aan de Oostenrijkse inkomstenbelasting.¹³⁷ Er werd opgemerkt door de Nederlandse regering dat als Schempps voormalige echtgenote in Nederland zou wonen, de alimentatie-uitkeringen in Nederland belast zouden worden. Dit zou het voor Schempp mogelijk maken om de betaalde alimentatie volledig af te trekken van zijn inkomen.¹³⁸ Het Hof geeft terecht aan in r.o. 34: *“Volgens vaste rechtspraak heeft artikel 12 EG echter geen betrekking op eventuele verschillen in behandeling welke voor de aan de rechtsmacht van de Gemeenschap onderworpen personen en ondernemingen kunnen voortvloeien uit verschillen tussen de wettelijke regelingen van de verschillende lidstaten, mits deze regelingen op grond van objectieve criteria en ongeacht de nationaliteit van de betrokkenen kunnen worden geacht te gelden voor al degenen op wie de voorschriften ervan van toepassing zijn.”*

De verdragsvrijheden verplichten de lidstaten niet om hun belastingstelsel aan te passen aan de belastingstelsels van andere lidstaten.¹³⁹ Dit leidt tot verschillen die niet aangepakt kunnen worden met een beroep op artikel 12 EG. De Redactie Vakstudie-Nieuws geeft hierbij aan dat het Duitsland niet kan worden aangerekend dat in Oostenrijk geen keuzerecht voor belastbaarheid van alimentatie bestaat. *“Vanuit EU-rechtelijk perspectief is in dat geval sprake van een dispariteit, dat wil zeggen van een verschil tussen nationale wetgevingen van twee of meer lidstaten.”*¹⁴⁰

De ongelijke behandeling vloeit volgens Schempp voort uit de extra voorwaarde van belastingheffing van een alimentatie betaling naar het buitenland. Een alimentatie betaling aan een Duitse inwoner zal altijd aftrekbaar zijn, ongeacht of deze persoon daadwerkelijk wordt belast over dit inkomen. Alimentatie betalingen naar het buitenland zijn enkel aftrekbaar als hierover daadwerkelijk belasting wordt geheven.¹⁴¹ Het Hof overweegt hierover dat de verschillende situaties niet vergelijkbaar zijn en refereert naar de Commissie van de Europese Gemeenschappen. De commissie geeft aan dat een onbelaste alimentatie in Duitsland, wegens te weinig belastbaar inkomen, niet te vergelijken is met een alimentatiebetaling die buiten de heffing wordt gehouden in het buitenland. Dit komt doordat de fiscale gevolgen van deze situaties verschillen voor de betrokken belastingplichtigen met betrekking tot de inkomstenbelasting.¹⁴²

Het lijkt erop dat het HvJ in dit arrest de wetgeving alleen in haar algeheelheid wil toetsen in plaats van ook rekening te houden met de situatie van de belanghebbende. Het Hof had naar mijn mening meer rekening moeten houden met het feit dat indien de voormalige echtgenote in Duitsland had gewoond, deze betalingen feitelijk niet werden belast. In dat geval zou

¹³⁶ HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp), r.o. 11.

¹³⁷ HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp), r.o. 29.

¹³⁸ HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp), r.o. 33.

¹³⁹ Wattel, Marres & Vermeulen 2018, p. 321.

¹⁴⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2005/36.14, annotatie bij HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp).

¹⁴¹ HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp), r.o. 37.

¹⁴² HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp), r.o. 39.

Schempp wel recht hebben op aftrek van de alimentatiebetalingen. Het Hof sluit met een dergelijke gedachtegang aan bij de economische realiteit in plaats van bij de juridische realiteit. Meussen¹⁴³ benoemt op dit gebied ook het arrest *HvJ Bouanich*¹⁴⁴ waarin de A-G aandacht besteedt aan de economische situatie en specifiek toespitst op de individuele situatie van de belanghebbende.

3.5.2 HvJ Eurowings

De in Duitsland gevestigde belanghebbende, Eurowings, houdt zich bezig met het leveren van luchtverkeersdiensten in Europa. Voor haar bedrijfsvoering leest zij een vliegtuig van een in Ierland gevestigde leasemaatschappij, die daar ook belastingplichtig is.¹⁴⁵ Voor 1 januari 1998 werd de Duitse Gewerbesteuergesetz op zowel opbrengsten als vermogen van bedrijven toegepast, maar daarna alleen nog op opbrengsten. Volgens deze wet dienen huur- of pachtprizen voor economische goederen te worden opgenomen in de opbrengst van de huurder, tenzij deze al zijn opgenomen in de Gewerbesteuer van de verhuurder of verpachter. Het doel van deze wetgeving is om de belastingheffing op het productieve vermogen van een in Duitsland gevestigd bedrijf te verzekeren, ongeacht of het eigen of vreemd vermogen is. Als gevolg hiervan wordt er een uitzondering gemaakt als de huurprijs of de waarde van de gehuurde goederen al zijn opgenomen in de Gewerbesteuer van de verhuurder.¹⁴⁶

Dit leidde tot de prejudiciële vraag of de Duitse wetgeving in strijd was met het vrije verkeer van diensten. Het is namelijk zo dat de meeste dienstverleners buitenlandse bedrijven zijn die niet onderworpen zijn aan de Gewerbesteuergesetz. Dit kan potentiële Duitse lessees ontmoedigen om zaken te doen met buitenlandse bedrijven, omdat ze dan mogelijk geconfronteerd worden met extra kosten vanwege de Gewerbesteuergesetz.

De Duitse regering beweerde dat er geen probleem was, omdat de betreffende bepaling geen onderscheid maakte op basis van de locatie van het bedrijf, maar alleen op basis van de vraag of het bedrijf onderworpen was aan de Gewerbesteuergesetz. Dit betekent dus dat zelfs als een lessee een goed zou leasen van een in Duitsland gevestigde lessor, de bepaling van kracht zou kunnen zijn als de in Duitsland gevestigde lessor bijvoorbeeld vrijgesteld is.¹⁴⁷ Hier ging het Hof niet in mee aangezien de praktijk liet zien dat de regeling vrijwel nooit in werking trad bij Duitse leasemaatschappijen.¹⁴⁸

Daarnaast argumenteert de Duitse regering dat, zolang de directe belastingen niet volledig geharmoniseerd zijn, de situatie van een verhuurder gevestigd in een andere lidstaat die niet onderworpen is aan bedrijfsbelasting niet gelijkgesteld kan worden aan die van een verhuurder gevestigd in Duitsland die wel onderworpen is aan bedrijfsbelasting, en dat deze twee situaties dus anders kunnen worden behandeld.¹⁴⁹ De Duitse regering verdedigde het standpunt dat de economische last van de Gewerbesteuergesetz gelijk is bij het leasen van een binnenlandse of buitenlandse lessor en uiteindelijk wordt gedragen door de Duitse lessee. Wanneer van een binnenlandse verhuurder wordt gehuurd, betaalt de verhuurder de Gewerbesteuer en zal hij deze belasting dus in zijn huurprijs verwerken. Bij huur van een buitenlandse verhuurder betaalt de huurder de Gewerbesteuer.

Economisch gezien is dit hetzelfde, aangezien de Gewerbesteuer die de huurder betaalt, dient als compensatie voor het feit dat de buitenlandse verhuurder, die geen Gewerbesteuer betaalt,

¹⁴³ HvJ EU 19 januari 2006, C-265/04, ECLI:EU:C:2006:51 (Bouanich).

¹⁴⁴ Meussen, BNB 2005/342, annotatie bij HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (Schempp).

¹⁴⁵ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Eurowings), r.o. 13.

¹⁴⁶ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Eurowings), r.o. 18.

¹⁴⁷ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Eurowings), r.o. 27.

¹⁴⁸ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Schempp), r.o. 36.

¹⁴⁹ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Schempp), r.o. 28.

een lagere huurprijs kan aanbieden.¹⁵⁰ Ook hier gaat het Hof niet in mee, omdat een binnenlandse lessor ruime mogelijkheden had om de feitelijke belastingheffing te onderdrukken.¹⁵¹ Zo hebben binnenlandse lessors de mogelijkheid om de boekwaarde in plaats van de marktwaarde van de goederen als berekeningsgrondslag te gebruiken. Ook kan slechts de helft van het totale bedrag aan langlopende schulden worden bijgeteld. Een andere mogelijkheid is om de aankoop van economische goederen forfaitair te financieren om het bedrijfsvermogen te verminderen. Ten slotte is het mogelijk om enkel de werkelijke winst van in Duitsland gehuurde economische goederen in aanmerking te nemen in plaats van de helft van de huur.

Dit zorgt voor een ongelijke behandeling tussen de binnenlandse en buitenlandse situatie.¹⁵²

In dit arrest worden twee rechtvaardigingsgronden besproken door het HvJ. Het Hof begint met het bespreken van de samenhang van het belastingstelsel. Deze reden voor rechtvaardiging impliceert dat als de nationale wetgeving een belastingvoordeel toestaat, zoals het aftrekken van verzekeringspremies, de lidstaat het recht heeft om de uitkeringen van die verzekering te belasten. Omgekeerd kan de lidstaat eisen dat als de uitkeringen niet belastbaar zijn, het belastingvoordeel niet kan worden toegekend. Het HvJ heeft echter bevestigd dat er een direct verband moet bestaan tussen het fiscale voordeel en de belastingheffing. Dit verband bestaat niet als het voordeel en de belastingheffing betrekking hebben op verschillende partijen.¹⁵³ In het arrest *HvJ Eurowings* zijn er twee verschillende partijen: de buitenlandse verhuurder profiteerde van het voordeel van belastingvrijstelling, terwijl de binnenlandse huurder een fiscaal nadeel ondervond vanwege belastingheffing. Dit is mogelijk wel een verband, maar te indirect. Het Hof van Justitie verwerpt deze reden voor rechtvaardiging, omdat er sprake is van een indirect verband.

De tweede veronderstelde reden om het verschil in behandeling te rechtvaardigen is gebaseerd op de mogelijkheid dat de verhuurder die in een andere lidstaat gevestigd is, mogelijk minder belasting betaalt. Deze rechtvaardiging houdt in dat een andere lidstaat het recht heeft om dit voordeel weg te belasten (of te compenseren). Het HvJ wijst dit af.¹⁵⁴ In rechtsoverweging 45 geeft het Hof aan dat dergelijke compenserende fiscale heffingen afbreuk doen aan de grondslagen van de interne markt.¹⁵⁵

Aan deze rechtsoverweging van het HvJ hecht Weber aanzienlijke waarde, aangezien het de gedachtegang van het Hof uitlegt. Concurrentie tussen de rechtsstelsels van de verschillende lidstaten is een van de grondslagen van de interne markt. Weber verwijst hierbij naar de situatie waarin een burger van de EU het recht heeft om het meest gunstige rechtssysteem voor hem te kiezen binnen de EU.¹⁵⁶ Hij doelt hier vermoedelijk op het feit dat belastingplichtigen vrij zijn om hun bedrijfsvoering in te richten met het oog op voordelige belastingstelsels.

Wattel is het hier mee eens en geeft aan dat het Hof een belastingregime niet anders beschouwt dan andere onderdelen van de infrastructuur die de economische aantrekkelijkheid van een jurisdictie bepalen.¹⁵⁷

¹⁵⁰ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Schempp), r.o. 29.

¹⁵¹ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Schempp), r.o. 38.

¹⁵² HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Schempp), r.o. 39.

¹⁵³ HvJ EG 27 juni 1996, C-107/94, ECLI:EU:C:1996:251 (Asscher), r.o. 58.

¹⁵⁴ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Eurowings), r.o. 43.

¹⁵⁵ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (Eurowings), r.o. 45.

¹⁵⁶ Weber, FED 2000/260, annotatie bij HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (SIAT).

¹⁵⁷ Wattel, BNB 2001/394, annotatie bij HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (SIAT).

Mijns inziens houdt dit in dat een lidstaat niet eenzijdig een voordeel mag wegnemen dat wordt geboden door een bepaald rechtsstelsel, zoals geen of een lagere belastingdruk, bijvoorbeeld door middel van een compenserende heffing. Een EU-burger heeft het recht om gebruik te maken van dispariteiten in rechtsstelsels.

3.5.3 HvJ SIAT

In het arrest HvJ SIAT toetst het Hof de Belgische regeling omtrent de aftrek van beroepskosten aan het EU-recht. De Belgische regeling weigert de aftrek van beroepskosten aan buitenlandse belastingplichtigen, indien zij niet aan een inkomstenbelasting zijn onderworpen of aan een aanzienlijk gunstigere belastingregeling zijn onderworpen dan die waaraan de in België gevestigde onderneming is onderworpen.¹⁵⁸

De aftrek van beroepskosten is geregeld in twee artikelen, artikel 49 het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: 'WIB 1992') en artikel 54 WIB 1992. Artikel 49 WIB 1992 ziet op de aftrek van beroepskosten in binnenlandse situaties en artikel 54 WIB 1992 op buitenlandse situaties.

Artikel 49 WIB 1992, de algemene regel, bepaalt dat uitgaven die worden gedaan om belastbare inkomsten te genereren of te behouden, aftrekbaar zijn als beroepskosten. Een vereiste is dat deze kosten noodzakelijk zijn en dat de belastingplichtige kan bewijzen dat zij daadwerkelijk zijn gemaakt. De belastingplichtige moet ook aantonen dat het juiste bedrag in rekening is gebracht.¹⁵⁹ Artikel 54 WIB 1992, de bijzondere regel, regelt dat de beroepskosten niet aftrekbaar zijn indien de belastingplichtigen voor wie de diensten zijn verricht, niet onderhevig zijn aan een inkomstenbelasting of aan een gunstiger belastingregeling zijn onderworpen dan in België. Deze vergoedingen kunnen echter wel worden afgetrokken als de Belgische belastingplichtige kan bewijzen dat ze verband houden met een werkelijke en oprechte verrichting en als ze binnen de normale grenzen vallen.¹⁶⁰

In 1991 heeft SIAT, een Belgische vennootschap, samen met een Nigeriaanse groep een dochteronderneming opgericht om palmplantages te exploiteren ten behoeve van palmolieproductie.¹⁶¹ De partijen zijn overeengekomen dat SIAT betaalde diensten zou verlenen aan de gemeenschappelijke dochteronderneming en haar materieel zou verkopen. Verder houdt de overeenkomst in dat SIAT een deel van de winst deelt met MISA, de in Luxemburg gevestigde moedermaatschappij van de Nigeriaanse groep.¹⁶² SIAT deelt de winst als commissie voor het binnenhalen van werk.

Bij de beëindiging van de samenwerking in 1997, verplichtte SIAT zich ertoe een bedrag van 2 miljoen Amerikaanse dollar aan de Luxemburgse moedermaatschappij te betalen.¹⁶³ SIAT nam in haar boekhouding een bedrag van 28.402.251 Belgische frank op als aftrekbare beroepskosten voor de aan MISA verschuldigde commissies.¹⁶⁴ De Belgische belastingautoriteit heeft de aftrek van deze beroepskosten geweigerd op grond van de bijzondere regel. De Belgische belastingdienst weigerde de aftrek, omdat de Luxemburgse holding niet onderworpen was aan een soortgelijke Belgische vennootschapsbelasting.

¹⁵⁸ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 3.

¹⁵⁹ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 4.

¹⁶⁰ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 6.

¹⁶¹ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 8.

¹⁶² HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 9.

¹⁶³ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 10.

¹⁶⁴ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 11.

Het Hof stelt dat met betrekking tot de binnenlandse en buitenlandse situaties een verschil van behandeling plaatsvindt. Het Hof concludeert dat de in artikel 54 WIB 1992 vastgestelde voorwaarden de aftrek van beroepskosten bemoeilijken. De reden hiervoor is dat automatisch een vermoeden bestaat dat deze kosten niet aftrekbaar zijn en dat de materiële voorwaarden voor aftrek strikter zijn dan die van de algemene regel van artikel 49 van dezelfde wet.¹⁶⁵ Deze bijzondere regel kan Belgische belastingplichtigen ervan weerhouden hun recht op het vrij verrichten van diensten uit te oefenen en diensten te kopen van dienstverrichters die in andere EU-landen zijn gevestigd. Op vergelijkbare wijze kunnen deze dienstverleners ervan worden weerhouden hun diensten aan in België gevestigde afnemers aan te bieden.¹⁶⁶

Het Hof toetst als eerst of de belemmering van de vrijheid van dienstverrichting gerechtvaardigd kan worden aan de hand van bestrijding van belastingfraude- en ontwijking. Het Hof geeft aan dat artikel 54 WIB 1992 beoogt te voorkomen dat ingezeten belastingplichtigen hun belastinggrondslag verlagen door vergoedingen te betalen voor diensten die niet daadwerkelijk worden verricht.¹⁶⁷ De regeling maakt het voorkomen van belastingfraude mogelijk door te eisen dat er bewijs wordt geleverd dat de betalingen verband houden met daadwerkelijke en oprechte transacties en dat deze transacties binnen de normale grenzen vallen.¹⁶⁸

Ten tweede kan worden geconcludeerd dat de wettelijke regeling wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen. De regeling sluit de aftrek van beroepskosten immers niet volledig uit, maar biedt ingezeten belastingplichtigen de mogelijkheid om aan te tonen dat de verrichtte activiteiten reëel en werkelijk zijn en dat de daaraan verbonden kosten normaal zijn.

Ten derde kan de regeling in het onderhavige geval zorgen voor een evenwichtige verdeling van belastingheffing tussen lidstaten. De regeling voorkomt namelijk frauduleuze handelingen en stelt België in staat om belasting te heffen op activiteiten die op eigen grondgebied zijn uitgevoerd.¹⁶⁹

Zoals eerder besproken, moet een belemmerende maatregel niet verder gaan dan nodig is om de doelstellingen te bereiken.

Het Hof benoemt drie eisen waaraan een antimisbruikregeling moet voldoen:¹⁷⁰

1. Het vermoeden van misbruik moet gestoeld zijn op objectieve en verifieerbare elementen. De belastingplichtige moet tegenbewijs kunnen leveren zonder buitensporige administratieve lasten.
2. Fiscale motieven en het feit dat de transactie in het binnenland had kunnen plaatsvinden, zijn geen geldige argumenten dat op misbruik toespitst.
3. De correctie mag niet verder gaan dan het arm's lengthgedeelte van de betaling.

Indien de buitenlandse dienstverlener niet of onder een veel gunstiger fiscaal regime valt, is de regeling automatisch van toepassing. In dat geval moet de belastingplichtige altijd de echtheid en oprechtheid van de verrichtingen en de normaliteit van de uitgaven bewijzen. De Belgische belastingautoriteit hoeft geen enkel bewijs van belastingfraude of -ontduiking te leveren. Aangezien per geval wordt beoordeeld of sprake is van een gunstiger fiscaal regime

¹⁶⁵ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 24.

¹⁶⁶ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 28.

¹⁶⁷ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 42.

¹⁶⁸ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 43.

¹⁶⁹ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 47.

¹⁷⁰ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 50-52

zorgt dit feit ervoor dat de regeling niet voldoet aan de eisen van rechtszekerheid. *“Een regel die niet voldoet aan de vereisten van het rechtszekerheidsbeginsel, kan niet worden geacht evenredig te zijn aan de nagestreefde doelstellingen.”*¹⁷¹

Egelie schrijft in zijn noot dat dit arrest zich aldus laat begrijpen dat een antimisbruikmaatregel hoe dan ook disproportioneel is als het misbruik dat de regeling beoogt te bestrijden in die maatregel niet objectief en duidelijk wordt beschreven.¹⁷² Mijns inziens kan hieraan worden toegevoegd dat de belastingplichtige, zonder grote administratieve lasten, moet kunnen aantonen dat er geen sprake is van misbruik.

3.5.4 HvJ Lexel

Lexel AB is een onderneming in Zweden en maakt deel uit van de Schneider Electric groep. De Franse onderneming Schneider Electric SE is de moedermaatschappij van deze groep en is actief in verschillende lidstaten en derde landen.¹⁷³ In 2011 heeft Lexel AB een belang van 15% verworven in een zustervenootschap gevestigd in België. Om dit te financieren, heeft Lexel AB een lening afgesloten bij Bossière Finances SNC (hierna: BF), een interne bank die deel uitmaakte van een fiscale eenheid van ongeveer zestig in Frankrijk gevestigde vennootschappen van Schneider Electric. In de jaren 2013 en 2014 heeft Lexel AB rente betaald aan BF van respectievelijk € 5,5 miljoen en € 5,9 miljoen.¹⁷⁴ De ontvangen rente door BF werd aangewend om verliezen van de in Frankrijk gevestigde ondernemingen binnen de fiscale eenheid te compenseren.¹⁷⁵ Lexel AB heeft verklaard dat de verwerving van de aandelen niet was bedoeld om de groep Schneider Electric van belastingvoordeel te voorzien. De Zweedse belastingdienst heeft echter vastgesteld dat hoewel in Frankrijk het minimumtarief van 10% werd gehanteerd, de transacties werden uitgevoerd om rentekosten in Zweden af te trekken en zo belastingvoordeel te behalen.¹⁷⁶ Hierdoor werd de aftrek van de rente tegengehouden, waartegen in beroep werd gegaan. De Zweedse rechter oordeelde dat de renteaftrek wel zou zijn toegestaan als BF in Zweden was gevestigd, maar dat de beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd was. Desalniettemin heeft de hoogste bestuursrechter in Zweden besloten om prejudiciële vragen over deze zaak voor te leggen aan het HvJ.¹⁷⁷ Het Hof werd gevraagd of de desbetreffende regeling onverenigbaar was met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ heeft vastgesteld dat Lexel AB de rentekosten die verbonden waren aan de lening had kunnen aftrekken als BF in Zweden was gevestigd. Het onderscheid in behandeling tussen de situatie binnen Zweden en de buitenlandse situatie heeft negatieve gevolgen voor de vrijheid van vestiging. Bovendien zijn de situaties van rentebetaling aan een vennootschap die is gevestigd in een andere lidstaat en aan een vennootschap die is gevestigd in Zweden vergelijkbaar.¹⁷⁸ Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws is het niet verrassend dat het HvJ heeft geoordeeld dat de beperking van de renteaftrek in Zweden discriminerend is.¹⁷⁹

Het is de vraag of het verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Het specifieke doel van de Zweedse beperking bestaat volgens het HvJ niet in de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies. Bovendien is de toepassing van de beperking niet beperkt tot dergelijke constructies, want ook transacties die

¹⁷¹ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT), r.o. 59.

¹⁷² Egelie, NTFR 2012/1883 annotatie bij HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT).

¹⁷³ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 14.

¹⁷⁴ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 16.

¹⁷⁵ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 18.

¹⁷⁶ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 20/22.

¹⁷⁷ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 30.

¹⁷⁸ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 41.

¹⁷⁹ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2021/6.8 annotatie bij HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel).

tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan, kunnen binnen de werkingssfeer van de beperking vallen.¹⁸⁰

Bovendien vereist het evenredigheidsbeginsel dat de ontzegging van het recht op aftrek van rente beperkt moet blijven tot het bedrag dat boven de marktconforme rente zou zijn geweest als de transactie louter een kunstmatige constructie was zonder echte commerciële redenen.¹⁸¹ Voor de desbetreffende regeling werd vastgesteld dat ook marktconforme handelingen door de renteaftrekbeperking werden geraakt. Daarom is het niet mogelijk om de rechtvaardigingsgrond te accepteren die gerelateerd is aan het bestrijden van belastingfraude en belastingontwijking.

Verder wordt de rechtvaardigingsgrond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten aangehaald om de regeling te verantwoorden. Het Hof constateert dat de regeling enkel bedoeld is om te voorkomen dat de Zweedse belastinggrondslag wordt uitgehold.¹⁸² Ook werd duidelijk dat de rente waarvoor Lexel aftrek heeft gevraagd, aftrekbaar zou zijn geweest als BF geen gelieerde onderneming was. Als de voorwaarden voor een grensoverschrijdende transactie binnen de groep en voor een grensoverschrijdende transactie buiten de groep marktconform zijn, is er geen verschil tussen deze transacties wat betreft de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.¹⁸³ Dit zorgt ervoor dat de rechtvaardigingsgrond onaanvaardbaar wordt verklaard.

Tot slot aanvaardt het Hof dat in bepaalde specifieke situaties deze rechtvaardigingsgronden tezamen in aanmerking worden genomen. Dit doet zich voor wanneer het tegengaan van belastingontwijking een bijzonder aspect van het algemeen belang vormt dat verband houdt met de noodzaak om de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in evenwicht te houden. Als een lidstaat niet succesvol een beroep kan doen op de rechtvaardiging die verband houdt met de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, kan het samen inroepen van de rechtvaardigingsgronden niet leiden tot een rechtvaardiging van de maatregel.¹⁸⁴

Bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking

Het arrest geeft inzicht in hoe het HvJ de rechtvaardigingsgrond van bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking ziet met betrekking tot een belemmerende aftrekbeperking. Ondanks dat het arrest Lexel beoordeeld is binnen het kader van het fiscale-eenheidsregime lijkt volgens Egelie¹⁸⁵ deze uitspraak aanwijzingen te bevatten over hoe het HvJ deze beperkende maatregelen voor aftrek zou beoordelen buiten die context. Dit is namelijk in de gevallen waarin niet wordt voldaan aan de vereisten van het fiscale eenheidsregime of de groepsbijdrageregeling.

Het Hof geeft aan dat indien een handeling onder zakelijke voorwaarden is gedaan, deze niet tot misbruiksituaties gerekend kan worden. Dit is een merkwaardige opvatting gezien het feit dat ook arm's length handelingen elementen van misbruik kunnen bevatten. Wattel geeft aan dat het ontbreken van een commerciële reden voor het aangaan of doorgeven van een groepslening, zelfs als deze is afgesloten tegen marktconforme voorwaarden, mogelijk blijft.¹⁸⁶

¹⁸⁰ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 50.

¹⁸¹ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 51.

¹⁸² HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 67.

¹⁸³ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 69.

¹⁸⁴ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 76.

¹⁸⁵ Egelie, NTFR 2021/524, annotatie bij HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel).

¹⁸⁶ Wattel, NJB 2021/715.

Van Os zijn optiek is dat als een lening na toepassing van het totaalwinstbeginsel en het arm's lengthbeginsel fiscaal als zodanig kwalificeert en zakelijke voorwaarden heeft, dan is de zakelijkheid van die lening in principe gewaarborgd vanuit een perspectief van het Europese recht.¹⁸⁷

Mijns inziens lijkt enkel een toetsing van marktconforme voorwaarden mogelijk niet toereikend vanuit het perspectief van de vrijheid van vestiging. Deze vrijheid heeft immers als doel om economische integratie te bevorderen en grensoverschrijdende activiteiten te stimuleren, wat de economische en sociale vooruitgang binnen de Unie ten goede komt. Het Hof lijkt hier ook rekening mee te houden, aangezien tijdens de toetsing ook gekeken wordt naar eventuele zakelijke redenen voor de transactie. Daarnaast wordt geëvalueerd of ten grondslag van de overdracht geldige zakelijke redenen liggen. In die zin lijkt mij geen sprake te zijn van naïviteit of een bedrijfsongeval, zoals De Wilde¹⁸⁸ suggereert.

Evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden

Uit het arrest kan worden afgeleid dat de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden wordt verstoord als een beperking van de aftrek alleen van toepassing is op transacties met gelieerde ondernemingen. Het Hof van Justitie voert aan dat indien de lening marktconform is, deze vanuit het perspectief van de heffingsbevoegdheid vergelijkbaar is met een lening van een derde. Daarom zou de betaling van rente aan een derde wel aftrekbaar zijn. Marres geeft aan dat het Hof hiermee de vermeende drogreden van Zweden ontkracht.¹⁸⁹ Zweden claimt haar heffingsbevoegdheid te beschermen, maar als dit daadwerkelijk het geval zou zijn, dan zou Zweden ook de aftrekbaarheid van rente aan derden tegengaan.

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de deelvraag behandeld: *Hoe toetst het Hof van Justitie EU de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?* In dit hoofdstuk zijn de rechtsbronnen binnen de EU en het toetsingskader van het HvJ besproken. De rechtsbronnen van het EU-recht vormen de basis voor de Europese integratie en reguleren de verhoudingen tussen de Europese instellingen, de lidstaten en de burgers van de EU. Deze rechtsbronnen kunnen worden verdeeld in primaire en secundaire rechtsbronnen en uitspraken van het HvJ. De primaire rechtsbronnen van het EU-recht zijn de bepalingen die zijn voortgekomen uit de verdragen als het VEU en het VWEU. Bij secundaire rechtsbronnen kan gedacht worden aan verordeningen en richtlijnen.

De interne markt binnen de Europese Unie wordt gezien als één van de hoofddoelstellingen van de EU en een kernprincipe van het EU-recht. Het beoogt een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal binnen de EU te waarborgen.

Om dit te waarborgen geeft het HvJ inzichten in de uitvoering van de regelingen door middel van rechtspraak. Door de jaren heen is door het Hof een toetsingskader ontwikkeld waaraan de nationale wetgevingen worden getoetst aan het EU-recht. Binnen het toetsingskader wordt eerst de toegang tot het primaire EU-recht getoetst. Daarna komt de objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties aan bod. Hierna wordt besproken wanneer sprake is van discriminatie of belemmering. De vraag is dan of een ongelijke behandeling toegestaan is op grond van de rechtvaardigingsgronden. Ten slotte wordt de regeling getoetst aan de effectiviteits- en proportionaliteitseis.

¹⁸⁷ Van Os, MBB 2018/20.

¹⁸⁸ De Wilde, NTFR 2021/1228.

¹⁸⁹ Marres, BNB 2021/75, annotatie bij HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel).

In het arrest *HvJ Schempp* oordeelde het Hof dat het EU-recht geen invloed heeft op de mogelijkheid van verschillen in behandeling die voortvloeien uit de wettelijke regelingen van verschillende lidstaten, mits deze regelingen gebaseerd zijn op objectieve criteria die gelden voor alle betrokkenen, ongeacht hun nationaliteit. Betaling van alimentatie aan een ontvanger in Duitsland verschilt van betaling aan een ontvanger in Oostenrijk, met als gevolg dat artikel 12 van het EG-verdrag niet is geschonden en er geen sprake van discriminatie is. Ik ben van mening dat het Hof meer rekening had kunnen houden met de economische situatie van de belanghebbende. Dit zou betekenen dat Schempp de alimentatie betalingen wel in aftrek mocht brengen.

In het arrest *HvJ Eurowings* concludeert het Hof dat het niet toegestaan is voor een lidstaat om de aftrekbaarheid van betalingen afhankelijk te stellen van de vraag of de ontvanger belasting heeft betaald over die betalingen. Betalingen die niet zijn onderworpen aan winstbelasting bij de ontvanger, zijn vergelijkbaar met binnenlandse betalingen die wel aan belasting zijn onderworpen. Tenzij er een rechtvaardiging is, mogen dergelijke internationale betalingen niet anders worden behandeld. In de zaak werden de aangehaalde rechtvaardigingsgronden allemaal ongeldig verklaard door het Hof.

Het Hof oordeelde in het arrest *HvJ SIAT* dat België in strijd met het EU-recht handelde door de aftrek van beroepskosten te weigeren. Daarbij stelde het Hof dat deze regel een belemmering vormt voor het vrij verkeer van diensten en dat het verkrijgen van aftrek voor beroepskosten betaald aan niet-ingezetenen moeilijker is dan voor beroepskosten betaald aan ingezetenen. De regeling was gerechtvaardigd op grond van het bestrijden van belastingfraude- en ontwijking. Het Hof oordeelde dat de belemmerende maatregel verder ging dan nodig was om de doelstelling te bereiken. Zo voldeed de regeling niet aan de vereisten van rechtszekerheid.

In *HvJ Lexel* werden prejudiciële vragen gesteld over de Zweedse renteaftrekbeperking naar binnenlandse belastingplichtigen. Het verschil in behandeling die door de Zweedse regeling wordt gecreëerd, kan niet worden gerechtvaardigd door de bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking, aangezien zelfs transacties die marktconforme voorwaarden hebben, hierdoor kunnen worden getroffen. Dit is van belang voor de proportionaliteitstoets gezien de aftrekbeperking dus niet mag zien op het arm's lengthgedeelte van de betaling. Bovendien beperkt de regeling niet alleen volledig kunstmatige constructies. Ook het beroep op het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten kan niet als rechtvaardiging worden aanvaard, al dan niet in combinatie met de eerste rechtvaardigingsgrond. Het Hof geeft hier meer inzicht door aan te geven dat deze rechtvaardigingsgrond niet van toepassing is, indien de regeling enkel berust op gelieerde deelnemingen.

Hoofdstuk 4 De EU-rechtelijke toetsing van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is duidelijk geworden dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel een inbreuk maakt op het totaalwinstbegrip. In hoofdstuk 3 is aan de hand van jurisprudentie het toetsingskader van het HvJ uiteengezet. In dit hoofdstuk wordt de vergaarde kennis in de voorgaande hoofdstukken gecombineerd om de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel te analyseren.

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de laatste deelvraag:

Hoe verhoudt de wet zich tot de vrijheid van vestiging?

Hier wordt antwoord op gegeven door de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel te toetsen aan de vrijheid van vestiging. Hierbij is van belang dat de objectieve vergelijkbaarheid wordt uiteengezet tussen de binnenlandse en buitenlandse situaties zoals die in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginselvoorkomen. Vervolgens is de vraag of de regeling leidt tot discriminatie of belemmering. In de jurisprudentie zijn rechtvaardigingsgronden besproken met betrekking tot discriminatoire of belemmerende regelgeving. De relevante rechtvaardigingsgronden worden dan ook in dit hoofdstuk uiteengezet. De vraag is of met succes een beroep kan worden gedaan op deze rechtvaardigingsgronden. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel wordt tot slot aan de effectiviteits- en proportionaliteits getoetst. Het hoofdstuk biedt, indien bij strijdigheid met het EU-recht, aanbevelingen om deze strijdigheden met het EU-recht op te lossen.

4.2 Objectieve vergelijkbaarheid

De objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties wordt beoordeeld aan de hand van het doel van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Het uitgangspunt in dit hoofdstuk is een in Nederland gevestigde belastingplichtige met een in de EU gevestigde gelieerde onderneming; hierdoor is sprake van toegang tot het VwEU.

De wet regelt dat een neerwaartse aanpassing van de winst afhangt van een corresponderende opwaartse aanpassing bij de gerelateerde partij. Dit betekent dat de maatregel vooral van toepassing is op grensoverschrijdende situaties. In binnenlandse situaties vindt vrijwel altijd een dergelijke corresponderende aanpassing plaats, waardoor deze maatregel niet van toepassing is.¹⁹⁰ De bepalingen treden in binnenlandse situaties wel in werking met betrekking tot kapitaalstortingen door beperkt belastingplichtigen of subjectief vrijgestelde lichamen. De vraag of de binnenlandse en buitenlandse situaties objectief vergelijkbaar zijn, is relevant voor de toetsing aan de vrijheid van vestiging. In deze paragraaf wordt eerst de problematiek rondom artikel 8bd Wet VpB 1969 besproken. Vervolgens wordt beoordeeld of sprake is van objectieve vergelijkbaarheid bij de binnenlandse en buitenlandse situaties in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. De vraag of sprake is van objectieve vergelijkbaarheid wordt beantwoord door de binnenlandse en buitenlandse situaties in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel te vergelijken met de binnenlandse en buitenlandse situaties die in de jurisprudentie voorkomen. Pas wanneer duidelijk is dat er sprake is van objectieve vergelijkbaarheid kan worden beoordeeld of de regeling tot discriminatie of belemmering leidt.

¹⁹⁰ Peters, WFR 2022/31.

4.2.1 Problematiek rondom artikel 8bd

In hoofdstuk 2 is ter sprake gekomen dat artikel 8bd Wet VpB 1969 als flankerende maatregel is opgenomen in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel kan ook in binnenlandse situaties in werking treden.¹⁹¹ Deze wet vereist namelijk dat de vergoeding bij de ontvanger wordt opgenomen in een winstbelasting. Als de vergoeding valt in het niet-VpB-plichtige deel van een stichting, vereniging of overheidsonderneming met beperkte VpB-plichtigheid dan wordt niet voldaan aan de vereiste winstbelasting. Deze lichamen zijn namelijk alleen VpB-plichtig indien en voor zover ze een materiële onderneming drijven. De vergoeding bij de betalende vennootschap wordt dan niet gecorrigeerd naar zakelijkheid. De Ruiter merkte bij de bestudering van het wetsvoorstel op dat artikel 8bd Wet VpB 1969 voornamelijk wordt toegepast in binnenlandse situaties waar geen sprake is van misbruik.¹⁹² De Ruiter gebruikt het volgende voorbeeld om het probleem uit te leggen.

Een gemeente heeft een stuk grond dat gedeeltelijk in gebruik is als openbaar gebied en gedeeltelijk bebouwd is met oude gebouwen (een voormalig schoolgebouw). De grond staat op de balans met een waarde van nul.

De gemeente werkt samen met een projectontwikkelaar om woningen te bouwen op het stuk grond. Door middel van een commanditaire vennootschap (hierna: cv) wordt de grondexploitatie beheerd, waarin de gemeente deelneemt als commanditaire vennoot via een 100%-dochter-bv. De gemeente en de projectontwikkelaar participeren als beherend vennoot in deze cv.

De belastingheffing over het resultaat van het project zal binnen de dochter-bv volledig worden afgehandeld door de fiscale transparantie van de cv. De gemeente en de projectontwikkelaar brengen grond in de cv in.

Besloten wordt dat de gemeente haar grond als inbreng in natura zal storten op de aandelen van de 100%-dochter-bv. De totale nominale waarde van de uit te geven aandelen zal gelijk zijn aan de waarde van de grond in het economische verkeer. De bv zal vervolgens de grond inbrengen als commanditair kapitaal in de cv.

De uitwerking van artikel 8bd Wet VpB 1969 kan tot het volgende leiden. Op basis van de letterlijke wettekst kan worden gesteld dat er geen enkele waarde ter zake van de overdracht van het vermogensbestanddeel (de grond) wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting. Dit betekent dat de grond in de fiscale balans van de bv tegen nihil moet worden opgenomen. Dit leidt tot belastingheffing over de winst die is gevormd in de periode waarin de bv nog niet belastingplichtig was, wat in strijd is met het totaalwinstconcept. Bovendien leidt dit tot VpB-heffing met terugwerkende kracht over een waardegroei die heeft plaatsgevonden in de onbelaste sfeer bij de vorige eigenaar.

De opvatting van De Ruiter is dat er geen enkele reden is om artikel 8bd Wet VpB 1969 toe te passen. In het geval dat de gemeente de grond tegen een marktconforme prijs aan de bv had verkocht, zou de bv de grond tegen die prijs kunnen activeren. Het maakt in dat geval niet uit of de gemeente niet onderworpen is aan een winstbelasting.

De Ruiter stelt dat in een dergelijk geval een tegenbewijsregeling uitkomst kan bieden. In het geval van een feitelijke overdracht van het vermogensbestanddeel tegen de marktwaarde, waarbij geen belasting wordt geheven bij de overdrager, is artikel 8bd van de Wet VpB 1969

¹⁹¹ Heithuis 2022, p.566.

¹⁹² De Ruiter, NLF Opinie 2021/29.

niet van toepassing. Er is dan namelijk geen sprake van misbruik met betrekking tot de kapitaalstorting.

Volgens de staatssecretaris is er geen reden om een algemene tegenbewijsmogelijkheid op te nemen in het wetsvoorstel. Dit geldt ook voor een specifieke tegenbewijsmogelijkheid voor belastingplichtigen die een vermogensbestanddeel verkrijgen van een lichaam dat vrijgesteld is van winstbelasting. De voorgestelde specifieke tegenbewijsmogelijkheid zou vanwege het EU-recht ook moeten gelden voor de verkrijging van een vermogensbestanddeel van een vrijgesteld lichaam in een andere staat, wat de effectiviteit van het wetsvoorstel zou verminderen. Het introduceren van een dergelijke specifieke tegenbewijsmogelijkheid zou het wetsvoorstel daarom verzwakken.¹⁹³

In reactie hierop geeft de Redactie Vakstudie-Nieuws aan dat het uitsluiten van een tegenbewijsmogelijkheid impliceert dat er situaties getroffen worden door het wetsvoorstel die hier niet onder zouden moeten vallen. De redactie heeft de indruk dat het kabinet meer vertrouwt op harde maatregelen dan op overtuigingskracht. Deze aanpak wordt door de redactie niet als goede wetgeving beschouwd. Het idee van tegenbewijs is dat de belastingplichtige het tegendeel moet bewijzen, dus het uitsluiten van tegenbewijs is niet passend.¹⁹⁴

Ook volgens Coebergh kan artikel 8bd Wet VpB 1969 in binnenlandse situaties zeer onredelijk uitwerken.¹⁹⁵ Zij is van mening dat De Ruiters met een passend voorstel is gekomen om deze onredelijke uitkomsten tegen te gaan. Coebergh baalt dat de wetgever niet instemt met een tegenwijsregeling. Ze hoopt dat de wetgever op zijn minst bereid is om de onredelijke uitwerking van artikel 8bd Wet VpB 1969 weg te nemen. Coebergh stelt voor om de onredelijke uitkomsten van de wettelijke bepaling te verhelpen door de definitie van het begrip "vermogensbestanddeel" te beperken of door een andere afrekenwaarde te hanteren.

Op 11 januari 2023 is door middel van een besluit de reikwijdte van de regeling verduidelijkt door de staatssecretaris. De kern hiervan houdt het volgende in:¹⁹⁶

“Indien bij een verkrijging door belastingplichtige door middel van een kapitaalstorting als bedoeld in artikel 8bd, eerste lid, Wet Vpb 1969, het overdragende gelieerde lichaam subjectief is vrijgesteld van een belasting naar de winst of in een staat is gevestigd waar het lichaam niet is onderworpen aan een winstbelasting, blijft toepassing van die bepaling achterwege ingeval zowel in de civielrechtelijke vormgeving van de kapitaalstorting, als in de jaarrekening van de overdrager en de belastingplichtige, voor de kapitaalstorting de waarde in het economische verkeer wordt gehanteerd.”

In zijn opiniestuk merkt Van der Burgt¹⁹⁷ op dat de genoemde interpretatie van de wet alleen van toepassing is op situaties waarin de belastingplichtige verkrijgt van een gelieerd overdragend lichaam dat ofwel is vrijgesteld van belasting naar de winst (categorie 1) ofwel is gevestigd in een staat zonder winstbelasting (categorie 2). Van der Burgt vraagt zich af of deze interpretatie ook kan worden toegepast op niet-vennootschapsbelastingplichtige lichamen die geen onderneming drijven, zoals verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke rechtspersonen, als overdragende partij. Hierbij merkt hij op dat bij dergelijke lichamen de subjectieve vrijstellingen niet van toepassing zijn en ze daarom niet onder categorie 1 kunnen vallen. De interpretatie kan alleen op hen worden toegepast als ze onder categorie 2 vallen, wat betekent dat ze zijn gevestigd in een staat zonder winstbelasting. Dit leidt tot een

¹⁹³ Kamerstukken I 2021/2022, 35933, nr. E, p. 5-7.

¹⁹⁴ Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2021/56.8.

¹⁹⁵ Coebergh, NTFR 2022/3584.

¹⁹⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2023 (Stcrt 2023, 2621).

¹⁹⁷ Van der Burgt, NLF Opinie 2023/5.

opmerkelijke situatie aangezien in onderdeel 2 van het besluit alleen staten zonder winstbelasting worden vermeld als voorbeeld van categorie 2. Het is mogelijk dat niet-vennootschapsbelastingplichtige lichamen die in Nederland zijn gevestigd niet onder categorie 2 vallen. Nederland is immers geen staat zonder winstbelasting waardoor toepassing van het besluit buiten beschouwing blijft. Dit heeft als gevolg dat de onredelijke uitwerking van artikel 8bd Wet VpB 1969 blijft bestaan voor niet-vennootschapsbelastingplichtige lichamen die in Nederland zijn gevestigd.

4.2.2 Vergelijking met de jurisprudentie

De staatssecretaris geeft aan dat het doel van de regeling is om te voorkomen dat dubbele niet-heffing ontstaat bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. Gezien het doel van deze regeling is de situatie van geen opwaartse aanpassing in een naar de winst geheven belasting in het buitenland niet vergelijkbaar met de situatie dat er – in het binnenland of in het buitenland – wel sprake is van een corresponderende opwaartse aanpassing die wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting.¹⁹⁸ Dit zou de ongelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse situaties rechtvaardigen. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris meermaals een beroep gedaan op het arrest *HvJ Schempp* om te beargumenteren dat gesproken kan worden van ongelijke gevallen. In hoofdstuk 3 is het arrest *HvJ Schempp* uitgebreid ter sprake gekomen. Het Hof oordeelde in deze zaak dat de belaste alimentatiebetalingen in Duitsland niet vergelijkbaar waren met onbelaste alimentatiebetalingen in Oostenrijk. Dit leidde ertoe dat de Duitse bepaling, die de aftrekbaarheid van alimentatiebetalingen afhankelijk maakte van de belastbaarheid van de uitkering, geen verboden discriminatie vormde. Hieruit kan geconcludeerd worden dat dispariteiten niet zullen leiden tot toetsing aan de vrijheid van vestiging.

Peters kan zich vinden in het beroep van de staatssecretaris op het arrest *HvJ Schempp* om te beargumenteren dat er geen sprake is van objectieve vergelijkbaarheid. De Wet voorkoming mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel beoogt dubbele niet-heffing weg te nemen, die immers voortkomt uit een dispariteit tussen twee belastingstelsels.¹⁹⁹ Hij heeft er zijn twijfels over of een beroep op *HvJ Schempp* wel helemaal opgaat. Zo geeft Peters aan dat Nederland de politieke keuze maakt om dubbele niet-heffing als gevolg van een verrekenprijsmismatch op een unilaterale manier op te lossen. Het verwijzen naar het bestaan van een dispariteit tussen twee verschillende rechtsstelsels zal dan aan kracht inboeten.

Bij de internetconsultatie en in artikelen van verschillende auteurs²⁰⁰ wordt het arrest *HvJ Eurowings* aangehaald waarmee wel beargumenteerd kan worden dat sprake is van objectief gelijke gevallen. Zo geeft de NOB aan dat het arrest *HvJ Eurowings* bepaalt dat het voor een lidstaat niet toegestaan is om de aftrekbaarheid van een betaling afhankelijk te stellen van de vraag of de ontvanger aan winstbelasting is onderworpen. Uit dit arrest blijkt dat een betaling die niet aan winstbelasting is onderworpen bij de ontvanger, objectief vergelijkbaar is met een binnenlandse betaling die wel aan winstbelasting is onderworpen bij de ontvanger.²⁰¹

De staatssecretaris reageert hierop door aan te geven dat de Wet voorkoming mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel en de regeling in *HvJ Schempp* niet te vergelijken zijn met de regeling in het arrest *HvJ Eurowings*.²⁰² Het arrest *HvJ Eurowings* behandelde de vraag of een Duitse regeling in de Gewerbesteuer EU-rechtelijk houdbaar was. De neerwaartse aanpassing van deze belasting hing af van het opnemen van lease-inkomsten en geleasede activa bij een andere belastingplichtige, de lessor, in de belastinggrondslag van de Gewerbesteuer. Aangezien de Gewerbesteuer alleen door de Duitse deelstaten werd geheven, benadeelde dit per definitie de mogelijkheid om activa te leasen bij een buitenlandse

¹⁹⁸ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35933, nr. 6, p. 28.

¹⁹⁹ Peters, WFR 2022/31.

²⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Jorritsma NLFs 2021/0123, Peters WFR 2022/31.

²⁰¹ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van NOB.

²⁰² *Kamerstukken II 2021/2022*, 35 933, nr. 6, p. 28.

partij. Daarentegen staat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel (en de regeling in *HvJ Schempp*) toe dat de corresponderende aanpassing plaatsvindt in een buitenlandse winstbelasting.²⁰³ Het arrest *HvJ Euowings* geeft volgens de staatssecretaris geen reden om de Europese rechtsgeldigheid van de voorgestelde maatregelen in twijfel te trekken. Jorritsma is niet overtuigd van de argumentatie van de staatssecretaris en geeft aan dat dit duidt op een doelredenering.²⁰⁴ Jorritsma verwijst naar een uitspraak van de staatssecretaris dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel vrijwel alleen impact heeft op grensoverschrijdende situaties. Het arrest *Euowings* is volgens Jorritsma daarom wel degelijk interessant. In zijn artikel haalt Jorritsma twee rechtsoverwegingen aan die het tegendeel van de staatssecretaris bewijzen. Het Hof oordeelde dat de betwiste bepalingen in de meeste gevallen voorzien in een andere fiscale regeling voor dienstverleners die in Duitsland zijn gevestigd dan voor dienstverleners die in een andere lidstaat zijn gevestigd.²⁰⁵ Het feit dat de fiscale bevoordeling vooral wordt toegestaan aan binnenlandse belastingplichtigen leidt tot een verboden verschil in behandeling op grond van de woonplaats van de dienstverrichter.²⁰⁶

Zoals onder andere Redactie Vakstudie-Nieuws²⁰⁷, de NOB²⁰⁸ en Peters²⁰⁹ aangeven lijkt de argumentatie van de staatssecretaris door een beroep te doen op het arrest *HvJ Schempp* in eerste instantie stand te houden. Naar mijn mening past de staatssecretaris dit arrest niet correct toe gelet op de werking van de Wet voorkoming mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. In het arrest *HvJ Schempp* ging het namelijk om dispariteiten tussen verschillende belastingjurisdicties. Door de mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel te bestrijden via de Wet voorkoming mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel heeft de staatssecretaris gekozen voor een unilaterale oplossing. Het weigeren van aftrek op een unilaterale wijze zal een beroep op dispariteiten tussen twee rechtssystemen beslechten.

Verder wordt het arrest *HvJ Euowings* te gemakkelijk weggewuifd door de staatssecretaris. Zeker gezien de aard van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel past het arrest *HvJ Euowings* beter bij deze wet dan het arrest *HvJ Schempp*. Het arrest *HvJ Euowings* bespreekt een regeling in een winstbelasting terwijl *HvJ Schempp* een regeling in de Duitse inkomstenbelasting bespreekt. Naar mijn mening is het logischer om aan te sluiten bij het arrest *HvJ Euowings*. Uit het arrest *HvJ Euowings* kan geconcludeerd worden dat de binnenlandse en grensoverschrijdende situaties in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, objectief vergelijkbaar zijn.

4.3 Verschil in behandeling

In het voorgaande is besproken dat de binnenlandse en buitenlandse situaties in de Wet voorkoming mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel objectief vergelijkbare gevallen zijn. De volgende stap is om te beoordelen of sprake is van een verschil in behandeling van de buitenlandse situatie ten opzichte van de binnenlandse situatie.

De voorwaarde van een bijbehorende opwaartse aanpassing bij de gerelateerde partij om recht van aftrek te verkrijgen voor een neerwaartse aanpassing heeft vooral gevolgen voor

²⁰³ *Kamerstukken II 2021/2022*, 35 933, nr. 6, p. 28.

²⁰⁴ Jorritsma, NLFs 2021/0123.

²⁰⁵ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:1999:524 (*Euowings*), r.o. 36.

²⁰⁶ HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:1999:524 (*Euowings*), r.o. 40.

²⁰⁷ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2021/42.2.

²⁰⁸ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van NOB

²⁰⁹ Peters, WFR 2022/31.

grensoverschrijdende situaties.²¹⁰ In de vorige paragraaf is besproken wanneer de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel ook van toepassing is op binnenlandse situaties. Zoals duidelijk is geworden speelt zich dit af met betrekking tot beperkt belastingplichtige en subjectief vrijgestelde entiteiten. Peters is van mening dat het feit dat transacties met dergelijke entiteiten ook onder de reikwijdte van de wet kunnen vallen geen invloed heeft op de EU-rechtelijke analyse.²¹¹ Zo is hij van mening dat een transactie met een beperkt belastingplichtig of subjectief vrijgestelde entiteit, gezien het doel van de Nederlandse regeling, niet vergelijkbaar is met een transactie met een entiteit die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting.

Elsweier geeft aan dat de verantwoordelijkheid van de bewijslast vrijwel geheel rust bij de belastingplichtige. Dit valt volgens hem binnen de trend van de laatste jaren met betrekking tot antimisbruikwetgeving.²¹² Een belastingplichtige kan een neerwaartse aanpassing van de winst toch in aanmerking nemen door in ieder geval aannemelijk te maken dat:

- een corresponderende opwaartse aanpassing plaatsvindt op het niveau van het gelieerde lichaam waarmee de onderlinge rechtsverhouding bestaat; en
- de corresponderende opwaartse aanpassing wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting.

Een dergelijke bewijslastverdeling zorgt ervoor dat de buitenlandse situaties meer moeite moeten doen om een neerwaartse aanpassing in de winst aan te merken. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel richt zich immers voornamelijk op buitenlandse situaties.

Bouwman en Boer²¹³ delen dit standpunt en verwijzen daarvoor naar het arrest gewezen door de HR op 2 september 2022.²¹⁴ In dit arrest oordeelt de HR over de vraag of artikel 10a Wet VpB 1969 verenigbaar is met EU-recht en of het artikel leidt tot discriminatie in grensoverschrijdende situaties. De renteaftrekbeperking opgenomen in artikel 10a Wet VpB 1969 is geformuleerd op neutrale wijze en maakt geen onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Op dit punt vertoont artikel 10a Wet VpB 1969 overeenkomst met de artikelen in de Wet tegengaan mismatches bij zakelijkheidsbeginsel. Uit de praktijk blijkt dat de renteaftrekbeperking in grensoverschrijdende situaties vaker van toepassing zal zijn dan in binnenlandse situaties, net als in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Dit komt omdat in binnenlandse situaties over het algemeen voldaan wordt aan de compenserende heffingstoets, terwijl dat in grensoverschrijdende situaties minder vaak het geval is. Het gevolg hiervan is dat in grensoverschrijdende situaties vaker alleen een beroep op het zakelijk tegenbewijs kan worden gedaan. De HR heeft geoordeeld dat artikel 10a Wet VpB 1969 in dit opzicht discriminerend is. Bouwman en Boer achten het daarom waarschijnlijk dat de HR ook zal oordelen dat er gelijke gevallen zijn die in principe gelijk behandeld moeten worden voor de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel.²¹⁵

Het verschil in behandeling van binnenlandse en buitenlandse situaties kan leiden tot strijdigheid met EU-recht, in het bijzonder de vrijheid van vestiging. In de volgende paragraaf worden de rechtvaardigingsgronden uiteengezet die de strijdigheid met het EU-recht kunnen rechtvaardigen. Indien hier succesvol een beroep op wordt gedaan, zal geen strijdigheid met EU-recht plaatsvinden, mits wordt voldaan aan de noodzakelijkheids- en proportionaliteits.

²¹⁰ Kok, WFR 2021/190.

²¹¹ Peters, WFR 2022/31.

²¹² Elsweier 2023, par. 4.2.3.1.

²¹³ Bouwman & Boer, MBB 2023/13.

²¹⁴ HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121, BNB 2023/2, m.nt. D.S. Smit.

²¹⁵ Bouwman & Boer, MBB 2023/13.

4.4 Rechtvaardigingsgronden

In hoofdstuk 3 is de relevante jurisprudentie, gewezen door het HvJ, besproken. In de arresten geeft het Hof verschillende rechtvaardigingsgronden aan voor discriminerende of belemmerende regelingen. In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel leidt tot mogelijke strijdigheid met het EU-recht. Deze paragraaf richt zich dan ook op potentiële rechtvaardigingsgronden die de Nederlandse regering kan aandragen bij het Hof.

4.4.1 Bestrijden van belastingontwijking en misbruik

In hoofdstuk 3 zijn een aantal arresten besproken die relevant zijn voor deze analyse. Zo kan uit deze arresten een lijst met voorwaarden opgesteld worden waaraan een regeling moet voldoen om gerechtvaardigd te worden voor het bestrijden van belastingontwijking en misbruik. Deze houden het volgende in:²¹⁶

- I. de maatregel moet er specifiek toe strekken om gedragingen te verhinderen waarbij volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied;²¹⁷ en daarnaast:
- II. ten eerste dat de belastingplichtige in staat moet worden gesteld om zonder buitensporige administratieve lasten bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom die transactie is verricht;²¹⁸ en
- III. ten tweede dat het evenredigheidsbeginsel – mocht het onderzoek van dat bewijs tot de slotsom leiden dat de betreffende transactie een louter kunstmatige constructie is waaraan geen echte commerciële redenen ten grondslag liggen – vereist dat de weigering van het recht op aftrek wordt beperkt tot het deel van de rente dat uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen indien er tussen de partijen bijzondere betrekkingen bestonden.²¹⁹

Zoals bekend richt de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel zich op het weigeren van recht op aftrek van correcties om tot arm's lengthbetalingen te komen. Hierbij moet de vraag gesteld worden of misbruik automatisch uitgesloten kan worden indien sprake is van een arm's lengthhandeling. Zoals ik in paragraaf 3.5.4 heb aangegeven lijkt dit naar mijn mening niet het geval. Het Hof liet namelijk zien dat het in het arrest *HvJ Lexel* waarde hecht aan het feit of een transactie geldige zakelijke redenen heeft. Dit leidt ertoe dat aan de eerste voorwaarde voldaan kan worden.

Aan bovenstaande moet wel toegevoegd worden dat het arrest *HvJ SIAT* benadrukt dat het vermoeden van misbruik gestoeld moet zijn op objectieve en verifieerbare elementen. Indien bij de buitenlandse deelneming geen corresponderende correctie in de heffing van een winstbelasting wordt genomen, treedt de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel direct in werking. De Belastingdienst hoeft geen enkel bewijs van belastingontduiking of -fraude te leveren. Dit lijkt mij een cruciaal punt te zijn dat niet in lijn is met het EU-recht. Het feit dat geen corresponderende correctie in een winstbelasting wordt

²¹⁶ De Groot, Van Hoek & Marres, FED 2022/31.

²¹⁷ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 49.

²¹⁸ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 50.

²¹⁹ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 51.

opgenomen, is niet per definitie het gevolg van misbruik. Dit brengt mij dan ook tot het tweede punt, het vereiste van een tegenbewijsregeling.

De tweede voorwaarde stelt dat een belastingplichtige de kans moet krijgen om, zonder buitensporige lasten, tegenbewijs te kunnen leveren. Aan de tweede voorwaarde zal waarschijnlijk niet worden voldaan, aangezien de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel geen mogelijkheid van tegenbewijs voor de belastingplichtige biedt.

De NOB geeft tijdens de internetconsultatie aan dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel in strijd is met de bovengenoemde derde voorwaarde.²²⁰ Zo geeft ze aan dat uit jurisprudentie van het HvJ kan worden opgemaakt dat een belemmerende aftrekbeperking niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op misbruikbestrijding, voor zover de aftrekbeperking betrekking heeft op het at arm's length deel van die kosten. De NOB benoemt hierbij het arrest *HvJ Lexel*. Een dergelijke strekking is zoals in hoofdstuk 3 besproken ook terug te vinden in het arrest *HvJ SIAT*. Dit heeft als gevolg dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel ook op dit punt in strijd zou zijn met het EU-recht. Hier is wel een kanttekening bij te plaatsen. Uit de analyse van de eerste voorwaarde, in combinatie met besprekingen van het arrest *HvJ Lexel* blijkt dat een arm's lengthbetaling ook wel degelijk tot misbruik kan leiden. Mijs inziens zou het dan tegenstrijdig zijn om bij dit soort transacties toch nog recht van aftrek te verlenen. Peters geeft een soortgelijke invulling aan de derde voorwaarde.²²¹ Zo beaamt hij dat uit de jurisprudentie inderdaad blijkt dat de sanctie van een aftrekbeperking geen betrekking mag hebben op het at arm's length-deel van de kosten indien sprake is van een zuiver kunstmatige constructie die enkel voor belastingdoeleinden is gecreëerd. Hierbij geeft hij wel aan dat in gevallen waarin sprake is van zuiver misbruik, het onredelijk is om te verwachten dat de Belastingdienst de zakelijke, maar fictieve kosten in aanmerking neemt. Door de aftrek van deze kosten conditioneel te weigeren, heeft de Belastingdienst juist de mogelijkheid om dubbele niet-heffing te voorkomen in misbruiksituaties.

Er blijft nog een hoop onduidelijkheid hoe het arm's lengthbeginsel moet worden ingevuld in het kader van misbruik. De HR heeft daarom drie prejudiciële vragen gesteld in het arrest van 2 september 2022 dat handelt over art. 10a Wet VPB 1969. De eerste vraag houdt in of de rente van een lening die onderdeel uitmaakt van een volstrekt kunstmatige constructie, beperkt kan worden, ongeacht of de lening onder zakelijke voorwaarden is aangegaan. De tweede vraag houdt in of deze renteaftrekbeperking mag zien op het gehele rentebedrag, ook als deze rente volledig onder zakelijke voorwaarden is aangegaan. De derde vraag houdt in of voor de uitkomst van de eerste twee vragen van belang is of sprake is van een interne of externe acquisitie.

Mijn verwachting is dat het Hof de vragen bevestigend zal beantwoorden. Zoals ik eerder heb aangegeven blijft een risico op misbruik mogelijk, ondanks dat een transactie at arm's length wordt aangegaan. De HR geeft hierop in het kader van artikel 10a Wet VpB 1969 het volgende aan: *“Het risico dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold door middel van rentelasten die zijn verschuldigd op zulke schulden, is namelijk hetzelfde, ongeacht of de rentelasten op deze schulden overeenkomen met de rentelasten die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen.”*²²² Bevestigende beantwoording van het Hof op de bovenstaande vragen komt de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel ten goede. Dit neemt niet weg dat

²²⁰ Reacties op internetconsultatie Artikel 8ba van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (2021): reactie van NOB.

²²¹ Peters, WFR 2022/31.

²²² HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121, r.o. 3.7.2, BNB 2023/2, m.nt. D.S. Smit.

het ontbreken van een tegenbewijsregeling een groot risico vormt voor het aanvaarden van de rechtvaardigingsgrond.

4.4.2 Evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid

Een tweede rechtvaardigingsgrond waarop beroep gedaan kan worden, is de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen. Dit is belangrijk om te voorkomen dat belastingplichtigen vrij kunnen kiezen in welke lidstaat zij hun winsten en verliezen aangeven.

Zoals in hoofdstuk 3 besproken constateerde het Hof in het arrest *HvJ Lexel* dat de Zweedse regeling enkel bedoeld was om te voorkomen dat de Zweedse belastinggrondslag werd uitgehold.²²³ Uit dit arrest blijkt dat een onderscheid gemaakt kan worden tussen verliesimport en een grensoverschrijdende kostenstroom.²²⁴ De aftrek van buitenlandse verliezen vormt een groot risico voor de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. In een dergelijk geval verschuift namelijk heffingsgrondslag van de ene naar de andere lidstaat. In het geval van een grensoverschrijdende kostenstroom is geen sprake van grondslagverschuiving, maar van grondslaguitholling. Grondslaguitholling beschouwt het HvJ niet als een risico voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid, maar als een risico van derving van belastingopbrengsten. Dit heeft niks te maken met de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid. Gezien het feit dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van zakelijkheidsbeginsel ziet op het weigeren van aftrek zal een beroep op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid hoogstwaarschijnlijk niet slagen.

Een ander struikelblok om een beroep te doen op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid is dat de aftrekbeperking in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing van zakelijkheidsbeginsel alleen ziet op gelieerde entiteiten. De wetsartikelen staan de aftrek van correcties om tot arm's lengthbetalingen te komen toe als de handelende entiteiten niet gelieerd zijn. Dit zal waarschijnlijk in strijd zijn met het EU-recht. Het Hof oordeelde in het arrest *HvJ Lexel* dat als de voorwaarden voor een grensoverschrijdende transactie binnen de groep en voor een grensoverschrijdende transactie buiten de groep marktconform zijn er geen verschil is tussen deze transacties wat betreft de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.²²⁵

4.5 Noodzakelijk en proportioneel

Bij de analyse van de rechtvaardigingsgrond van het bestrijden van belastingontduiking en misbruik is aandacht besteed aan de proportionaliteitseisen van een dergelijke regeling. In het arrest *HvJ Lexel* is bij de toetsing door het Hof een overlap van de vorige en huidige stap te zien. In de huidige wettekst is geen tegenbewijsmogelijkheid opgenomen. Door het ontbreken van een dergelijke tegenbewijsregeling is de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel kwetsbaar vanuit het perspectief van het EU-recht. De kans is groot dat het Hof bij de toetsing van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, in haar huidige vorm, geen aandacht besteedt aan de vraag of de discriminerende maatregel noodzakelijk en proportioneel is. De regeling is immers niet te rechtvaardigen met het beroep op het bestrijden van belastingontduiking en misbruik. In het geval dat toch een tegenbewijsregeling wordt opgenomen in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel kan worden gekeken naar de vraag of de regeling noodzakelijk en proportioneel is. Hierbij is van belang dat het te bestrijden misbruik objectief en duidelijk wordt

²²³ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 67.

²²⁴ Marres, BNB 2021/75, annotatie bij: HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel).

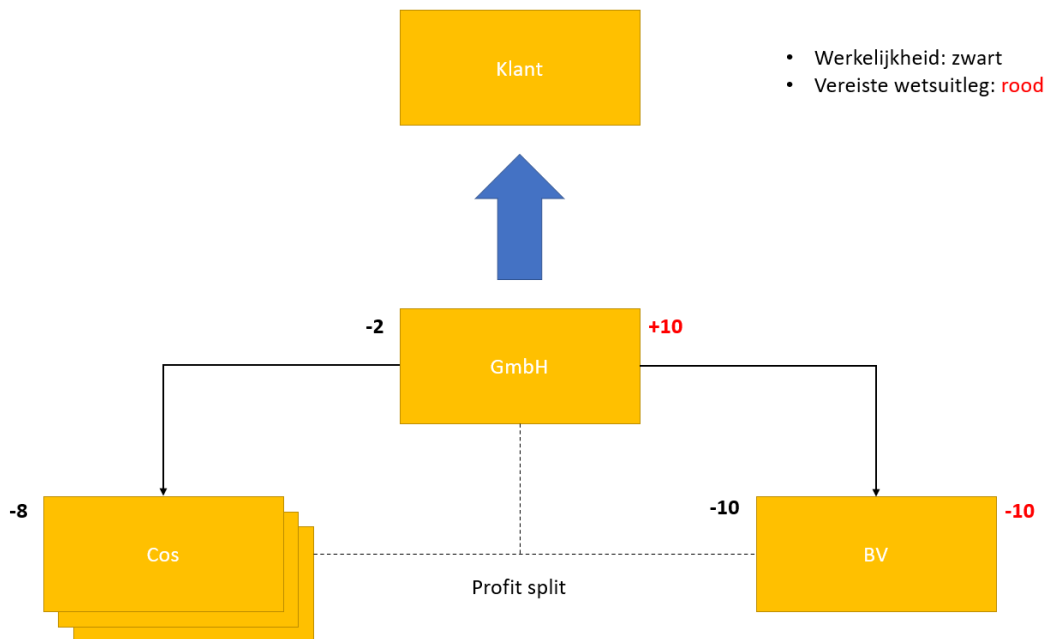
²²⁵ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (Lexel), r.o. 69.

beschreven in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Van Herksen, Jie-A-Joen en Broen²²⁶ geven in het volgende voorbeeld aan dat de wet ook niet-misbruik situaties raakt en dat de wet een tegenbewijsregeling nodig heeft.

Een Duitse groepsvennootschap heeft overeenkomsten gesloten met derde partij-klanten, waarbij meerdere groepsvennootschappen die gelieerd zijn aan de Duitse groepsvennootschap diensten leveren. Om de winst toe te wijzen aan de verschillende groepsvennootschappen, waaronder een Nederlandse groepsvennootschap, wordt de (residuale) profit split methode gebruikt, waarna de Duitse groepsvennootschap de ontvangen opbrengsten uitbetaalt aan de betreffende groepsvennootschappen. De Nederlandse groepsvennootschap kan, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een CUP-methode, aantonen dat haar vergoeding en winst te hoog zijn vastgesteld. Volgens de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel moet nu worden aangetoond dat de vennootschap waarmee de rechtsverhouding bestaat feitelijk een (opwaartse) aanpassing maakt van de belastinggrondslag en winst. Bij toepassing van de residual profit split methode zal deze opwaartse aanpassing worden verdeeld tussen de groepsvennootschappen die deel uitmaken van de winstsplitting. Het probleem is dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel vereist dat de corresponderende opwaartse aanpassing volledig plaatsvindt bij de GmbH. De corresponderende opwaartse aanpassing vindt wel degelijk plaats maar niet enkel bij de GmbH. Deze wordt namelijk op grond van de profit split methode verdeeld onder de vennootschappen. De auteurs geven aan dat het zoeken naar één specifieke onderliggende rechtsverhouding in dit voorbeeld niet goed gaat.

²²⁶ Van Herksen, Jie-A-Joen & Broen, MBB 2021/34.

Figuur 1: Wet tegengaan mismatches toepassing zakelijkheidsbeginsel in niet-misbruiksituatie.



Het bovenstaande voorbeeld toont aan dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel ook in werking treedt in gevallen waar geen sprake is van misbruik. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel maakt het te bestrijden misbruik niet duidelijk genoeg. Mijns inziens zal het Hof met betrekking tot dit aspect oordelen dat de regeling disproportioneel is.

4.6 Aanbevelingen

Uit de analyse blijkt dat de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel in haar huidige vorm in strijd zal zijn met het EU-recht. Het ontbreken van een tegenbewijsregeling speelt hier een grote rol in. Mijn aanbeveling is dan ook om een tegenbewijsregeling op te nemen in de Wet tegengaan mismatches bij zakelijkheidsbeginsel om strijdigheid met het EU-recht op te lossen. Dit zou betekenen dat de aftrekbeperking niet van toepassing is als het vermijden van Nederlandse of buitenlandse belastingen niet de enige of doorslaggevende reden is voor het uitvoeren van de handelingen of transacties. Een tegenbewijsregeling wordt breed ondersteund in de literatuur.²²⁷ Dit kan door een lid toe te voegen aan de artikelen 8bb t/m 8bd Wet VpB 1969.

Een dergelijke tegenbewijsregeling kan als volgt uit zien:

“Het eerste lid is niet van toepassing als aannemelijk wordt gemaakt dat aan de overeengekomen voorwaarden ter zake van de onderlinge rechtsverhouding die leiden tot een neerwaartse aanpassing van de winst ingevolge artikel 8b Wet VpB 1969 andere dan fiscale motieven ten grondslag liggen.”

Voor de EU-rechtelijke houdbaarheid van de regelingen is belangrijk dat de belastingplichtige zonder grote administratieve lasten moet kunnen aantonen dat geen sprake is van misbruik. Uiteraard is het ook van belang dat de binnenlandse en

²²⁷ Zie bijvoorbeeld de internetconsultatie, Jorritsma NLFs 2021/0123, De Ruiter NLF Opinie 2021/29, Peters WFR 2022/31 en Coebergh NTFR 2022/3584.

buitenlandse situaties gelijk worden behandeld voor de tegenbewijsregeling. Eenzelfde behandeling wordt bewerkstelligd door dezelfde eisen te stellen aan de binnenlandse en buitenlandse situaties voor het leveren van tegenbewijs.

Naast dat een tegenbewijsregeling mogelijke strijdigheid met het EU-recht oplost, biedt een tegenbewijsregeling ook uitkomst voor binnenlandse situaties waar geen sprake is van misbruik. Hier kan gedacht worden aan de onredelijke werking van artikel 8bd Wet VpB 1969 bij beperkt belastingplichtigen of subjectief vrijgestelde lichamen.

4.7 Deelconclusie

Dit hoofdstuk heeft de laatste deelvraag beantwoord: *Hoe verhoudt de wet zich tot de vrijheid van vestiging?*

De analyse is begonnen met de objectieve vergelijkbaarheid tussen de binnenlandse en buitenlandse situatie uiteen te zetten aan de hand van jurisprudentie van het HvJ. De staatssecretaris geeft aan dat geen sprake is van objectieve vergelijkbaarheid en beroept zich op het arrest *HvJ Schempp*. Bij deze argumentatie kunnen echter een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Zo past de staatssecretaris dit arrest toe door de aannahme te maken dat de binnenlandse en buitenlandse situatie door dispariteiten niet te vergelijken zijn. In het arrest *HvJ Schempp* ging het namelijk om dispariteiten tussen verschillende belastingjurisdicties. Aangezien de staatssecretaris de mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bestrijdt via de unilaterale weg zal een beroep op dispariteiten tussen twee rechtssystemen niet lukken. Het arrest *HvJ Eurowings* sluit beter aan bij de vraag of sprake is van objectief vergelijkbare gevallen. Het arrest behandelde een regeling in Duitsland. De regeling in Duitsland leek op een winstbelasting die beter aansluit bij de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Dit in tegenstelling tot *HvJ Schempp* dat een regeling in de inkomstenbelasting besprak. Door aan te sluiten bij het arrest *HvJ Eurowings* kan geconcludeerd worden dat wel degelijk sprake is van objectieve vergelijkbaarheid tussen de binnenlandse en buitenlandse situaties.

Vervolgens is onderzocht of sprake is van een verschil in behandeling van de buitenlandse situaties ten opzichte van de binnenlandse situaties. De buitenlandse situaties zullen voornamelijk te maken krijgen met de voorwaarde van een bijbehorende opwaartse aanpassing bij de gerelateerde partij om recht van aftrek te verkrijgen voor een neerwaartse aanpassing. Dit verschil in behandeling is in principe in strijd met het EU-recht. Een verschil in behandeling kan toegestaan zijn indien met succes beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond.

Om aanspraak te kunnen maken op de rechtvaardigingsgrond van bestrijden van misbruik moet de regeling aan een aantal voorwaarden voldoen. Uit de analyse blijkt dat het ontbreken van een tegenbewijsregeling een obstakel vormt om aanspraak te maken op deze rechtvaardigingsgrond.

Een beroep op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid zal in mijn ogen niet snel slagen. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel richt zich op het weigeren van aftrek van correcties om tot arm's lengthvergoedingen te komen. Dit wordt door het Hof gezien als het voorkomen van grondslaguitholling. Dit is geen risico voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid, maar een risico van derving van belastingopbrengsten.

Wel is duidelijk dat indien het Hof oordeelt dat de regeling gerechtvaardigd is op grond van misbruikbestrijding deze niet proportioneel genoeg is om EU-rechtelijk in stand te blijven. Zo is duidelijk dat het ontbreken van een tegenbewijsregeling een grote reden tot zorg is voor de EU-houdbaarheid. Het is dan ook van belang om een tegenbewijsregeling op te nemen in de

Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel om enige strijdigheid met het EU-recht weg te nemen.

Hoofdstuk 5 Conclusie

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de onderzoeksvraag van de scriptie beantwoord. Dit wordt gedaan aan de hand van de antwoorden die zijn geformuleerd op de deelvragen in voorgaande hoofdstukken. Allereerst wordt een samenvatting gegeven van het arm's lengthbegrip. Vervolgens wordt ingegaan op de totaalwinst in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie. Wanneer deze begrippen duidelijk zijn, wordt ingegaan op het doel van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Hierna wordt besproken hoe het HvJ in jurisprudentie regelingen toetst aan de verdragsvrijheden, in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Vervolgens wordt de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel getoetst aan de toetsingscriteria die het Hof gebruikt in jurisprudentie. Dit leidt tot een antwoord op de onderzoeksvraag genoemd in hoofdstuk 1:

“Is de ‘Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’ in strijd met de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie? Zo ja, zijn aanbevelingen mogelijk om deze strijdigheid te verhelpen?”

Tot slot wordt stilgestaan bij de aanbevelingen die zijn aangedragen om eventuele strijdigheid met het EU-recht te verhelpen.

5.2 Samenvatting

Wat houdt het arm's lengthbeginsel in en hoe is dit in de Wet VpB 1969 gecodificeerd?

Het arm's lengthbeginsel houdt in dat de prijs van een transactie tussen entiteiten binnen een multinationale onderneming gelijk moet zijn aan wat een onafhankelijke derde in dezelfde omstandigheden betaalt. Het beginsel speelt een grote rol in de transfer pricing praktijk. Indien de prijzen tussen dochterondernemingen of groepsmaatschappijen niet op arm's length basis worden vastgesteld, kan dit leiden tot oneigenlijke winstverplaatsing of -vermindering.

De OESO heeft een cruciale functie bij het voorkomen van deze nadelige effecten van incorrecte transfer pricing. Een voorbeeld hiervan is het arm's lengthbeginsel dat is vastgelegd in artikel 9 van het OESO Modelverdrag. De OESO-richtlijnen geven verdere uitleg over dit beginsel en bevatten tevens de verrekenprijsmethoden. Het Verrekenprijbsbesluit geeft aan dat de staatssecretaris de OESO-richtlijnen als geschikte interpretatie en verduidelijking ziet van het arm's lengthbeginsel.

In Nederland wordt al geruime tijd het zakelijk handelen in de fiscaliteit toegepast. Het begrip informele kapitaalstorting werd in 1957 geïntroduceerd in de Nederlandse jurisprudentie door de HR. In dit arrest werd bepaald dat voordelen in de vermogenssfeer die tot bevoordeling leiden, niet als onderdeel van de totaalwinst worden beschouwd. Het Zweedse Grootmoeder-arrest bevestigde dit principe verder. Informeel kapitaal kan zich niet alleen voordoen in de vermogenssfeer, maar ook in de kostensfeer. De ‘nieuwe’ kostenarresten hebben het Zweedse Grootmoeder-arrest verduidelijkt. De introductie van de Wet IB 2001 heeft het belang van de kostenarresten sterk laten afnemen. De terbeschikkingstellingsregeling voorkomt dat belastingheffing uitblijft bij het opvoeren van kosten.

In Nederland is het arm's lengthbeginsel opgenomen in artikel 8b Wet VpB 1969 na aanhoudende kritiek uit het buitenland. Ondanks dat het arm's lengthbeginsel in wetgevingen en richtlijnen is vastgesteld, kwamen mismatches voor bij het toepassen van het beginsel. Het doel van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel is om deze mismatches te bestrijden en te voorkomen dat een deel van de winst van een multinationale onderneming niet wordt belast. De regeling stelt de voorwaarde dat een corresponderende

aanpassing in de heffing wordt betrokken bij de gelieerde onderneming. Het voorkomen van dubbele niet-heffing als gevolg van een tariefsmismatch valt echter niet onder de reikwijdte van de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel.

Hoe toetst het Hof van Justitie EU de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?

De Europese interne markt is een belangrijk doel van de EU en wordt beschouwd als een kernprincipe van het EU-recht. Het streeft naar vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal binnen de EU. Om deze doelstelling te realiseren, biedt het HvJ inzicht in de uitvoering van de regelingen door middel van rechtspraak. Het Hof heeft door de jaren heen een toetsingskader ontwikkeld waarmee de nationale wetgevingen worden getoetst aan het EU-recht.

Het toetsingskader begint met de beoordeling van de toegang tot het primaire EU-recht. Vervolgens wordt gekeken naar de objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Daarna wordt onderzocht of sprake is van discriminatie of belemmering. Vervolgens is de vraag of een ongelijke behandeling gerechtvaardigd is op basis van de rechtvaardigingsgronden. Tot slot wordt de regeling beoordeeld op noodzakelijkheid en proportionaliteit.

Het HvJ heeft in het arrest *HvJ Schempp* geoordeeld dat het EU-recht geen invloed heeft op de mogelijkheid van verschillen in behandeling die voortvloeien uit de wettelijke regelingen van verschillende lidstaten, op voorwaarde dat deze regelingen zijn gebaseerd op objectieve criteria die gelden voor alle betrokkenen, ongeacht hun nationaliteit. Het Hof oordeelde dat een betaling van alimentatie aan een ontvanger in Duitsland verschilt van betaling aan een ontvanger in Oostenrijk, met als gevolg dat artikel 12 van het EG-verdrag niet is geschonden en er geen sprake van discriminatie is. In het geval dat het Hof meer rekening had gehouden met de economische situatie van Schempp zouden de alimentatiebetalingen naar mijn mening wel in aftrek mogen worden gebracht.

Het Hof heeft in het arrest *HvJ Eurowings* geoordeeld dat het niet is toegestaan voor een lidstaat om de aftrekbaarheid van betalingen afhankelijk te maken van de vraag of de ontvanger belasting heeft betaald over deze betalingen. Betalingen die niet zijn onderworpen aan winstbelasting bij de ontvanger, zijn vergelijkbaar met binnenlandse betalingen die wel aan belasting zijn onderworpen. Tenzij er een rechtvaardiging is, mogen dergelijke internationale betalingen niet anders worden behandeld. Het Hof heeft in deze zaak alle aangevoerde rechtvaardigingsgronden als ongeldig verklaard.

Het arrest *HvJ SIAT* toont dat België in strijd met het EU-recht handelde door de aftrek van beroepskosten te weigeren. Het Hof stelde dat deze regeling een belemmering vormt voor het vrij verkeer van diensten en dat het verkrijgen van aftrek voor beroepskosten betaald aan niet-ingezetenen moeilijker is dan voor beroepskosten betaald aan ingezetenen. Het bestrijden van belastingfraude- en ontwijking was een geldige rechtvaardigingsgrond voor de belemmerende regeling. Het Hof oordeelde dat de regeling niet voldeed aan de vereisten van rechtszekerheid. Dit betekende dat de belemmerende maatregel verder ging dan nodig was om de doelstelling te bereiken.

In het arrest *HvJ Lexel* werden prejudiciële vragen gesteld over de Zweedse renteaftrekbeperking voor binnenlandse belastingplichtigen. Het verschil in behandeling dat door de Zweedse regeling wordt gecreëerd, kan niet worden gerechtvaardigd door de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking, aangezien zelfs transacties die marktconforme voorwaarden hebben, hierdoor kunnen worden getroffen. Dit is belangrijk voor de proportionaliteitstoets, omdat de aftrekbeperking niet van toepassing mag zijn op het arm's lengthgedeelte van de betaling. Bovendien beperkt de regeling zich niet alleen volledig

kunstmatige constructies. Ook het beroep op het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten kan niet als rechtvaardiging worden aanvaard. Het Hof geeft aan dat deze rechtvaardigingsgrond niet van toepassing is, indien de regeling grondslaguitholling bestrijdt. Daarnaast is een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid afgekeurd, omdat de regeling alleen van toepassing is in de relatie tot gelieerde entiteiten.

5.3 Conclusie

Hoe verhoudt de wet zich tot de vrijheid van vestiging?

De EU-rechtelijke analyse is uitgevoerd door te beginnen met de objectieve vergelijkbaarheid tussen de binnenlandse en buitenlandse situatie uiteen te zetten aan de hand van jurisprudentie van het HvJ. Het arrest *HvJ Schempp* geeft volgens de staatssecretaris aan dat geen sprake is van objectieve vergelijkbaarheid. Uit de analyse blijkt dat hier een aantal tegenargumenten voor zijn. De staatssecretaris past dit arrest toe door aan te nemen dat de binnenlandse en buitenlandse situatie door dispariteiten niet te vergelijken zijn. Het arrest *HvJ Schempp* behandelt dispariteiten tussen verschillende belastingjurisdicties. De mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bestrijdt de staatssecretaris via een unilaterale manier waardoor een beroep op dispariteiten tussen twee rechtssystemen niet zal slagen. Uit hoofdstuk 4 blijkt dat het arrest *HvJ Eurowings* beter aansluit bij de vraag of sprake is van objectief vergelijkbare gevallen. Het arrest behandelde een regeling in Duitsland die lijkt op een winstbelasting wat beter aansluit op de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel in tegenstelling tot *HvJ Schempp* dat een regeling in de inkomstenbelasting bespreekt. Uit het arrest *HvJ Eurowings* kan geconcludeerd worden dat wel degelijk sprake is van objectieve vergelijkbaarheid tussen de binnenlandse en buitenlandse situaties.

Aangezien de binnenlandse en buitenlandse situaties objectief vergelijkbaar zijn, moeten deze situaties hetzelfde behandeld worden. In de analyse is vervolgens beoordeeld dat sprake is van een verschil in behandeling van de buitenlandse situaties ten opzichte van de binnenlandse situaties. Dit blijkt uit het feit dat de buitenlandse situaties voornamelijk te maken zullen krijgen met de voorwaarde van een bijbehorende opwaartse aanpassing bij de gerelateerde partij om recht van aftrek te verkrijgen voor een neerwaartse aanpassing. De verschillende behandelingen van de binnenlandse en buitenlandse situaties leidt tot strijd met het EU-recht. Een verschil in behandeling is toegestaan, indien succesvol beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond.

De regeling moet aan een aantal voorwaarden voldoen om aanspraak te kunnen maken op de rechtvaardigingsgrond van het bestrijden van misbruik. Het ontbreken van een tegenbewijsregeling kan een obstakel vormen om aanspraak te maken op deze rechtvaardigingsgrond.

Uit de analyse blijkt dat een beroep op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid niet veel kans van slagen zal hebben. De Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel richt zich op het weigeren van aftrek van correcties om tot arm's lengthbetalingen te komen. De kans is groot dat het Hof dit hoogstwaarschijnlijk als het voorkomen van grondslaguitholling zal zien. Dit is geen risico voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid, maar een risico van derving van belastingopbrengsten.

5.4 Aanbevelingen

Het ontbreken van een tegenbewijsregeling in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel zorgt ervoor dat ook niet-misbruik situaties door de beperking worden geraakt. Dit zorgt ervoor dat de regeling disproportioneel uitpakt. Het is dan ook van belang om een tegenbewijsregeling op te nemen in de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel om strijdigheid met het EU-recht weg te nemen.

De tegenbewijsregeling kan, als volgt, luiden:

“Het eerste lid is niet van toepassing als aannemelijk wordt gemaakt dat aan de overeengekomen voorwaarden ter zake van de onderlinge rechtsverhouding die leiden tot een neerwaartse aanpassing van de winst ingevolge artikel 8b Wet VpB 1969 andere dan fiscale motieven ten grondslag liggen.”

Een dergelijke aanpassing tot de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel zal de mogelijke strijdigheid met het EU-recht aanzienlijk verkleinen of mogelijk zelfs wegnemen.

Jurisprudentie- en Literatuurlijst

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie

HvJ EG 5 februari 1963 C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend en Loos).

HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (Costa/ENEL).

HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (Bachmann).

HvJ EG 26 januari 1993, C-112/91, ECLI:EU:C:1993:27 (Werner).

HvJ EG 27 juni 1996, C-107/94, ECLI:EU:C:1996:251, BNB 1996/350, m.nt. J.A.G. van der Geld (Asscher).

HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, BNB 1998/32, m.nt. J.A.G. van der Geld (Leur-Bloem).

HvJ EG 08 juli 1999, C-254/97, ECLI:EU:C:1999:368 (Baxter).

HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524, BNB 2001/394, m.nt P.J. Wattel (Eurowings).

HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446, BNB 2005/342, m.nt. G.T.K. Meussen (Schempp).

HvJ EG 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, BNB 2006/72, m.nt. P.J. Wattel (Marks & Spencer II).

HvJ EU 19 januari 2006, C-265/04, ECLI:EU:C:2006:51, NJ 2006/416, m.nt M.R. Mok (Bouanich).

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, BNB 2007/54, m.nt. P.J. Wattel (Cadbury Schweppes).

HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (SIAT).

HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34, V-N 2021/6.8, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (Lexel).

Hoge Raad

HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1978:AX2866, BNB 1957/165, m.nt. M.J.H. Smeets.

HR 31 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2866M (concl. A-G Van Soest), BNB 1978/252, m.nt. H.J. Hofstra.

HR 8 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7925 (concl. A-G Moltmaker), BNB 1986/297, m.nt. P. den Boer.

HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121, BNB 2023/2, m.nt. D.S. Smit.

Literatuurlijst

Artikelen in tijdschriften

Aardema, WFR 1986/817

E. Aardema, *Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen (I)*, WFR 1986/817.

Van der Burgt, NLF Opinie 2023/5

B. van der Burgt, *Een onduidelijk beleidsbesluit en een 'dubbele pet' als oplossing*, NLF Opinie 2023/5.

De Boer & Weistra, WFR 2001/1725

D. de Boer & W.G. Weistra, *Nieuwe verrekenprijswetgeving: halffabriek of eindproduct?*, WFR 2001/1725.

Den Boer, BNB 1986/297

P. den Boer, *HR, 08-07-1986, nr. 23 442: kostenarresten*, BNB 1986/297.

Bongaarts, MBB 1986/259

P.J.M. Bongaarts, MBB 1986/259.

Bongaarts, WFR 1978/1305

P.J.M. Bongaarts, *Nieuwe jurisprudentie over het begrip informeel kapitaal in de vennootschapsbelasting?*, WFR 1978/1305.

Bouwman & Boer, MBB 2023/13

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel*, MBB 2023/13.

Bremmer, Belastingadvies 2001/2.11

A. Bremmer, *Belastingadvies, Verrekenprijzen en bewijslast*, Belastingadvies 2001/2.11.

Coebergh, NTFR 2022/3584

B.F.M. Coebergh, *De werking van art. 8bd Wet Vpb 1969 in binnenlandse situaties; dringende aanpassing van de wet gewenst!*, NTFR 2022/3584.

Van Dijck, FED 1986/1122

J.E.A.M. van Dijck, *“Belanghebbende (...)”*, FED 1986/1122.

Egelie, NTFR 2012/1886

W.F.E.M. Egelie, *Belgische aftrekbeperking voor betalingen aan in andere landen en aldaar laagbelaste vennootschappen strijdig met vrij dienstenverkeer*, NTFR 2012/1886.

Egelie, NTFR 2021/524

W.F.E.M. Egelie, *Zweedse renteaftrekbeperking voor betalingen aan een vennootschap binnen dezelfde groep in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2021/524.

De Groot, Van Hoek & Marres, FED 2022/31

I.M. de Groot, C.J. van Hoek & O.C.R. Marres, *Lijdt art. 10a VPB 1969 schipbreuk na Lexel?*, FED 2022/31.

Hafkenscheid, WFR 2022/205

R.P.F.M. Hafkenscheid, *Enige opmerkingen bij het Verrekenprijbesluit 2022*, WFR 2022/205.

Van Herksen, Jie-A-Joen & Broen, MBB 2021/34

M.I.E. van Herksen, C.S.J. Jie-A-Joen, B. Broen, *Transfer pricing en het conceptwetsvoorstel ‘Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’*, MBB 2021/34.

Hofstra, BNB 1978/252

H.J. Hofstra, *HR, 31-05-1978, nr. 18 230: Zweedsegrootmoederarrest*, BNB 1978/252.

Jorritsma NLFs 2021/0123

A.H. Jorritsma, *Tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel*, 2021/0123.

Kok, WFR 2021/190

Q.W.J.C.H. Kok, *De vennootschapsbelasting in 2022*, WFR 2021/190.

Korving, TFO 2022/182.1

J.J.A.M. Korving, *De Europese driehoek: over de verhouding tussen primair EU-recht, secundair EU-recht en nationaal recht*, TFO 2022/182.1.

Marres, BNB 2021/75

O.C.R. Marres, *Zaak Lexel. Zweedse renteaftrekbeperking is in strijd met vrijheid van vestiging*, BNB 2021/75.

Meussen, BNB 2005/342

G.T.K. Meussen, "Zaak Schempp. (...)", BNB 2005/342.

Van Os, MBB 2016/4

P.B.N. van Os, *De nierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)*, MBB 2016/4.

Peters, WFR 2022/31

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

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2005/36.14

Redactie Vakstudie Nieuws, "Non-discriminatie. (...)", V-N 2005/36.14.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2018/37.2

Redactie Vakstudie Nieuws, *Verrekenprijzenbesluit inzake toepassing 'arm's length'-beginsel*, V-N 2018/37.2.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2021/6.8

Redactie Vakstudie Nieuws, *Arrest-Lexel: Zweden weigert ten onrechte aftrek van rente op concernlening*, V-N 2021/6.8.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2021/42.2

Redactie Vakstudie Nieuws, *Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Memorie van toelichting. Algemeen*, V-N 2021/42.2.

Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2021/42.3

Redactie Vakstudie-Nieuws, *Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Voorgestelde wettekst en artikelsgewijze toelichting*, V-N 2021/42.3.

Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2021/47.16

Redactie Vakstudie-Nieuws, *Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Nota naar aanleiding van het verslag*, V-N 2021/47.16.

Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2021/56.8

Redactie Vakstudie-Nieuws, *Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel. Nota naar aanleiding van het verslag Eerste Kamer*, V-N 2021/56.8.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2022/36.2

Redactie Vakstudie Nieuws, *Verrekenprijzbesluit 2022 inzake toepassing 'arm's length'-beginsel*, V-N 2022/36.2.

De Ruiter, NLF Opinie 2021/29

G.J de Ruiter, *Artikel 8bd en niet aan vpb onderworpen Nederlandse lichamen: overkill in een mijnenveld?*, NLF Opinie 2021/29.

Ubachs, NTFR 2021/3794

S.J.P. Ubachs, *Wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel*, NTFR 2021/3794.

Visser, TFO 2006/2

E.A. Visser, *Algemene aspecten van verrekenprijzen*, TFO 2006/2.

Van der Vleuten, WFR 1988/707

J.G.M. van der Vleuten, *Fiscaalrechtelijke aspecten van informeel gestort kapitaal*, WFR 1988/707.

Vollebregt, WFR 2001/41

H.A. Vollebregt, *Beleidsvoornemens over transfer pricing in Nederland*, WFR 2001/41.

Wattel, BNB 2001/394

P.J. Wattel, *Verboden verschil in behandeling tussen huur van Duitse verhuurder en huur van verhuurder in andere lidstaat*, BNB 2001/394.

Wattel, NJB 2021/715

P.J. Wattel, *Marktconforme Profit shifting*, NJB 2021/715.

Weber, FED 2000/260

D.M. Weber, *Vrijheid van dienstverrichting*, FED 2000/260.

De Wilde, NTFR 2021/1228

M.F. de Wilde, *Wat is eigenlijk de rol van arm's length?*, NTFR 2021/1228.

Wisman, V-N 2021/37.0

C. Wisman, *Uitvergroot: Consultatie art. 8ba Wet VPB 1969: internationale mismatches en 'de bedoeling'*, V-N 2021/37.0.

Boeken**Arts 2019**

J.H.M. Arts, 'Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting sedert de invoering van de Wet VPB 1969', p. 214, in: A.J.A. Stevens & J.L. van der Streek, *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bouwman & Boer 2021

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu 2021, paragraaf 3.5.4.3.

Burgers e.a. 2022

I.J.J. Burgers (red.) e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht – deel A*, Den Haag: Sdu 2022, paragraaf 5.8.2.5.

Coebergh 2022.

B.F.M. Coebergh, *Sfeerovergangen in de winstsfeer (Fiscale Monografieën nr. 172)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, paragraaf 2.6.2.1.2.

Van Egdome 2020

J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 2.3.3.

Elsweier & Stevens 2023

F.J. Elswelier & S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting (Fed Fiscale Studieserie nr. 31)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 30-31 en p. 104.

Elsweier 2023

F.J. Elswelier, *VPB gids*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, paragraaf 4.2.3.1.

De Graaf, Kavelaars & Stevens 2023

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 214-215.

Heithuis 2022

E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p.54, p.58 en p. 556-557.

Peters 2019

C.A.T. Peters, 'Evaluatie van art. 8b Wet Vpb 1969', in: A.J.A. Stevens & J.L. van der Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, p. 156 en p.158.

Vakstudie Inkomstenbelasting, art. 3.92 Wet IB 2001, aant. 1.2.1

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird & N.A.Th. Smetsers (red.), *Inkomstenbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 8b Wet VPB 1969, aant. 1.20, 3.2, 5.6.2, 5.8.2, 5.10.2, 5.14.2, 5.16.2.

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

Vakstudie Vennootschapsbelasting, artikel 3.8 Wet IB 2001, aant. 2.3

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird & N.A.Th. Smetsers (red.), *Inkomstenbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer.

Wattel, Marres & Vermeulen 2018, p.12, p. 44 en p. 321

P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen (red.), *Terra/ Wattel European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.1.2.B.

D.M. Weber, *EBR.5.1.2.B Uitzonderingen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022 (*Stcrt.* 2022, 16685).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 24 januari 2023 (*Stcrt.* 2023, 2621).

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

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

Kamerstukken II 2021/2022, 35 933, nr. 6.

Kamerstukken I, 2021/2022, 35 933, nr. E.

Overig

About, oecd.org

Geraadpleegd op: <https://www.oecd.org/about/>

Adviescommissie Belastingheffing van multinationals 2020.

Rapport Adviescommissie belastingheffing van multinationals, bijlage bij Aanbiedingsbrief advies *Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting* van 15 april 2020.

Consultatie Initiatiefwetvoorstel Wet Tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel 4 maart 2021.

Geraadpleegd op: <https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijverschillen>

OECD 2022

OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, Parijs: OECD Publishing 2022, p.40.

OECD Article 9

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Parijs: OECD Publishing 2017.

PbEU 2016, C 202

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie van 7 juni 2016.

Transfer Pricing Country Profile, United Kingdom, datum: februari 2022.

60th anniversary, oecd.org

Geraadpleegd op: <https://www.oecd.org/60-years/>