

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie – Directe belastingen



**De doeltreffendheid, het EU-rechtelijke perspectief en de
verhouding tot belastingverdragen van de Wet tegengaan
mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel**

Naam student: Mitchel Zandbergen
Studentnummer: 454948

Begeleider: dr. L.C. van Hulten
Tweede beoordelaar: drs. M.H.M. Smeets

Datum definitieve versie: 28 januari 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

Hoofdstuk 1 – Inleiding	5
1.1 Aanleiding en achtergrond	5
1.2 Probleemstelling.....	7
1.3 Opzet.....	7
1.4 Afbakening	8
Hoofdstuk 2 – Het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 en de Wet TMTZ	9
2.1 Introductie.....	9
2.2 Het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969.....	9
2.2.1 Inleiding.....	9
2.2.2 Het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel ex artikel 8 Wet VPB 1969 en artikel 8b Wet VPB 1969 ..10	
2.2.2.1 Inleiding	10
2.2.2.2 Artikel 8 Wet VPB 1969 – jurisprudentie omtrent het totaalwinstbeginsel	10
2.2.2.3 Artikel 8b Wet VPB 1969 – de Nederlandse codificatie van het arm’s-lengthbeginsel	13
2.2.3 Het arm’s-lengthbeginsel ex artikel 9 OESO-MV en de OESO-richtlijnen.....	14
2.2.3.1 Inleiding	14
2.2.3.2 Artikel 9 lid 1 OESO-MV	14
2.2.3.3 Artikel 9 lid 2 OESO-MV	16
2.2.3.4 De OESO-richtlijnen	16
2.2.4 Het verrekenprijsbesluit.....	17
2.3 Verrekenprijsmismatches.....	17
2.4 De Wet TMTZ.....	19
2.4.1 Inleiding.....	19
2.4.2 Artikel 8ba Wet VPB 1969.....	19
2.4.3 Artikel 8bb Wet VPB 1969.....	19
2.4.3.1 Artikel 8bb Wet VPB 1969 – inleiding.....	19
2.4.3.2 Artikel 8bb Wet VPB 1969 – eerste en tweede lid	20
2.4.3.3 Artikel 8bb Wet VPB 1969 – derde en vierde lid	21
2.4.4 Artikel 8bc Wet VPB 1969	22
2.4.4.1 Artikel 8bc Wet VPB 1969 – inleiding.....	22
2.4.4.2 Artikel 8bc Wet VPB 1969 – eerste en tweede lid.....	22
2.4.4.3 Artikel 8bc Wet VPB 1969 – derde en vierde lid	23
2.4.5 Artikel 8bd Wet VPB 1969.....	23
2.4.5.1 Artikel 8bd Wet VPB 1969 – inleiding.....	23
2.4.5.2 Artikel 8bd Wet VPB 1969 – eerste en tweede lid	24
2.4.5.3 Artikel 8bd Wet VPB 1969 – derde en vierde lid	24
2.5 Deelconclusie.....	25
Hoofdstuk 3 – Een analyse van de Wet TMTZ: doeltreffendheid en potentiële knelpunten	26
3.1 Introductie.....	26
3.2 De doeltreffendheid van artikel 8bb Wet VPB 1969.....	26
3.2.1 Inleiding.....	26
3.2.2 Mismatches vanwege hogere lasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel (kostensfeer)	26
3.2.3 Mismatches vanwege lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel (kostensfeer)	27
3.2.4 Mismatches vanwege lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel (vermogenssfeer) ..	28

3.3	De doeltreffendheid van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969	29
3.3.1	Mismatches vanwege ‘reguliere’ verkrijgingen van vermogensbestanddelen	29
3.3.2	Mismatches vanwege ‘besmette’ verkrijgingen van vermogensbestanddelen	30
3.4	Potentiële knelpunten van de Wet TMTZ	31
3.4.1	Inleiding.....	31
3.4.2	Subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen en de Wet TMTZ.....	32
3.4.2.1	Artikel 8bb Wet VPB 1969	32
3.4.2.2	Artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969	33
3.4.3	Het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid	36
3.4.4	Objectieve vrijstellingen, verliesverrekeningsmogelijkheden en andersoortige aanspraken.....	37
3.4.5	Deelnemingsvrijstelling en de Wet TMTZ.....	37
3.5	Deelconclusie	39
Hoofdstuk 4 – De Wet TMTZ in relatie tot het EU-recht		40
4.1	Introductie	40
4.2	Het EU-recht en obstakels voor het functioneren van een interne markt	41
4.3	De Wet TMTZ in EU-rechtelijk perspectief	42
4.3.1	Inleiding.....	42
4.3.2	Nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties	42
4.3.3	Objectief vergelijkbare situaties	43
4.3.3.1	Inleiding objectief vergelijkbare situaties.....	43
4.3.3.2	Het arrest Schempp (Hof van Justitie, 12 juli 2005, C-403/03)	44
4.3.3.3	Het arrest Eurowings (Hof van Justitie, 26 oktober 1999, C-294/97)	45
4.3.3.4	Het arrest SIAT (Hof van Justitie, 5 juli 2012, C-318/10)	45
4.3.3.5	Het arrest Lexel (Hof van Justitie, 20 januari 2021, C-484/19)	46
4.3.3.6	Objectief vergelijkbare situaties bij de Wet TMTZ.....	46
4.3.4	Rechtvaardigingsgronden	47
4.3.4.1	Inleiding rechtvaardigingsgronden.....	47
4.3.4.2	Mogelijk toepasbare rechtvaardigingsgronden voor de Wet TMTZ	48
4.3.4.3	Tegenbewijsmogelijkheid.....	49
4.4	Deelconclusie	50
Hoofdstuk 5 – De Wet TMTZ in relatie tot belastingverdragen		52
5.1	Introductie	52
5.2	Internationaal belastingrecht en belastingverdragen	52
5.2.1	Inleiding.....	52
5.2.2	Dubbele (niet-)heffing.....	53
5.2.2.1	Voorkoming van juridische dubbele belasting	53
5.2.2.2	Voorkoming van economische dubbele belasting	53
5.2.2.3	Dubbele niet-heffing.....	54
5.2.3	Het tegengaan van belastingontwijking en -ontduiking	55
5.2.3.1	Inleiding	55
5.2.3.2	BEPS	55
5.2.3.3	BEPS 2.0	56
5.2.4	De Wet TMTZ in verhouding tot belastingverdragen en artikel 9 OESO-MV	57
5.2.4.1	Inleiding	57
5.2.4.2	De Wet TMTZ in verhouding tot belastingverdragen.....	57
5.2.4.3	De Wet TMTZ in verhouding tot artikel 9 OESO-MV	58

5.3	Verdragsinterpretatie en de goede verdragstrouw.....	59
5.3.1	Inleiding.....	59
5.3.2	Nederlandse jurisprudentie omtrent de goede verdragstrouw	60
5.3.3	De Wet TMTZ en de goede verdragstrouw.....	61
5.3.3.1	Inleiding	61
5.3.3.2	Artikel 8bb Wet VPB 1969 in relatie tot de goede verdragstrouw	62
5.3.3.3	Artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 in relatie tot de goede verdragstrouw	64
5.4	Deelconclusie.....	66
<i>Hoofdstuk 6 – Conclusie</i>		<i>68</i>
6.1	Introductie.....	68
6.2	Samenvatting.....	68
6.2.1	Hoofdstuk 2 – Het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 en de Wet TMTZ	68
6.2.2	Hoofdstuk 3 – Een analyse van de Wet TMTZ: doeltreffendheid en potentiële knelpunten.....	69
6.2.3	Hoofdstuk 4 – De Wet TMTZ in relatie tot het EU-recht	69
6.2.4	Hoofdstuk 5 – De wet TMTZ in relatie tot belastingverdragen	70
6.3	Conclusie	71
6.4	Mogelijkheden voor nader onderzoek	72
<i>Literatuuroverzicht</i>		<i>73</i>

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding en achtergrond

Op 15 april 2020 is het rapport ‘Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting’ uitgebracht door de Adviescommissie Belastingheffing van multinationals (hierna: rapport Commissie-ter Haar 2020).¹ Deze adviescommissie is ingesteld door de Staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) op verzoek van de Tweede Kamer, om het kabinet te adviseren over grondslagverbredende maatregelen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). Aanleiding hiertoe betreft de kwestie op welke wijze multinationale ondernemingen (hierna: multinationals) een ‘fair share’ aan belastingen kunnen gaan betalen. Ter realisatie van een eerlijke belastingheffing (‘fair share’) over de winsten van multinationals voorziet het rapport Commissie-ter Haar 2020 in een driedelig advies.² Hiertoe worden in het rapport Commissie-ter Haar 2020 potentiële unilaterale beleidsopties voor Nederland gepresenteerd, welke zijn gebaseerd op een balans tussen grondslagverbredende maatregelen en een gunstig fiscaal vestigingsklimaat.³ Deze maatregelen zien op de realisatie van twee onderliggende doelstellingen. De eerste doelstelling die ten grondslag ligt aan de maatregelen betreft het creëren van een ondergrens in de vennootschapsbelasting. Hiermee wordt beoogd situaties te voorkomen waarin winstgevendende activiteiten worden verricht in Nederland, zonder dat hierover belasting wordt betaald.⁴

De tweede doelstelling van de geadviseerde potentiële unilaterale maatregelen betreft het elimineren van verschillen in belastingwetgeving (‘mismatches’) tussen Nederland en andere landen.⁵ Door mismatches te elimineren wordt beoogd onevenwichtigheden in de Nederlandse belastingwetgeving ten opzichte van andere landen te minimaliseren. Voorbeelden van dergelijke onevenwichtigheden tussen belastingwetgevingen van landen betreffen kwalificatie-, tarief- en verrekenprijverschillen. Deze onevenwichtigheden komen voort uit verschillen in belastingwetgeving tussen landen, waarvan gebruikgemaakt kan worden door internationaal opererende ondernemingen. Door gebruik te maken van onevenwichtigheden tussen de rechtsstelsels van landen, bestaat de mogelijkheid belasting te ontwijken. Dit laat zich onder meer zien bij kwalificatieverschillen, waardoor bijvoorbeeld een geldverstrekking op een verschillende wijze gekwalificeerd wordt door landen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien het ene land de geldverstrekking als vreemd vermogen beschouwt, terwijl het andere land de geldverstrekking beschouwt als eigen vermogen.⁶ Dergelijke hybride mismatches kunnen zich ook voordoen in het geval van hybride lichamen, hybride vaste inrichtingen of vennootschappen met een dubbele vestigingsplaats. Vanwege deze hybride mismatches kunnen situaties ontstaan van aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek, waardoor sprake is van dubbele niet-heffing.

¹ Rapport commissie van belastingheffing van multinationals, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 623.

² Ten eerste wordt geadviseerd om het inzicht in de belastingafdracht van multinationals te vergroten door middel van het structureel meer verzamelen van gegevens. Ten tweede wordt het essentieel geacht dat Nederland de leiding neemt bij internationale samenwerking op het gebied van winstbelastingen. Ten slotte wordt een basisvariant aan potentiële unilaterale maatregelen geadviseerd.

³ Rapport commissie van belastingheffing van multinationals, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 623, p. 9.

⁴ Deze mogelijkheid bestaat vanwege compensabele verliezen. Hiertoe worden maatregelen voorgesteld tot het beperken van de in aanmerking te nemen compensabele verliezen, welke in deze scriptie niet nader worden behandeld.

⁵ Rapport commissie van belastingheffing van multinationals, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 623, p. 13.

⁶ A.W. Hofman, ‘Het belasten van winst in het bouwstenenrapport’, *WPNR 2020/7295*, p. 620.

Ter voorkoming van hybride mismatches zijn maatregelen getroffen in de tweede EU-antibelastingontwikkingsrichtlijn (hierna: ATAD2-richtlijn), wat heeft geleid tot implementatie van hybride mismatchbepalingen in de Wet VPB 1969.⁷ Door middel van toepassing van de hybride mismatchbepalingen worden hybride mismatches tussen twee jurisdicties opgeheven. Echter zien de hybride mismatchbepalingen slechts op het tegengaan van kwalificatieverschillen, waardoor tarief- en verrekenprijsmismatches niet worden voorkomen. Derhalve is in het rapport Commissie-ter Haar 2020 geadviseerd tot maatregelen welke zijn gericht op tarief- en verrekenprijsverschillen.⁸ Een van deze maatregelen betreft het achterwegen laten van neerwaartse winstaanpassingen, indien er geen corresponderende opwaartse winstaanpassing in het andere land tegenover staat. Toepassing van het zakelijkheidsbeginsel van artikel 8b Wet VPB 1969 kan leiden tot neerwaartse winstaanpassingen in Nederland, zonder dat een opwaartse winstaanpassing plaatsvindt in het andere land.⁹ Immers, niet alle landen passen het zakelijkheidsbeginsel op dezelfde wijze toe, waardoor een corresponderende winstcorrectie mogelijk ontbreekt. Toepassing van het zakelijkheidsbeginsel kan derhalve leiden tot verrekenprijsverschillen waarbij sprake kan zijn van dubbele niet-heffing. Ter voorkoming van dubbele niet-heffing heeft het kabinet aangekondigd op Prinsjesdag in 2020 dat de unilaterale maatregelen uit het rapport Commissie-ter Haar 2020 ter zake van het tegengaan van mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, zouden worden geïmplementeerd in de Wet VPB 1969. Hiertoe is een wetsvoorstel in maart 2021 ter consultatie aangeboden en achtereenvolgend aangenomen door de Tweede en de Eerste Kamer.¹⁰ Na publicatie in het Staatsblad is de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel (hierna: Wet TMTZ) in werking getreden op 1 januari 2022.¹¹

Toepassing van de afzonderlijke bepalingen binnen de Wet TMTZ leiden tot een inbreuk op het totaalwinstbeginsel, de traditionele winstbepalingmethode binnen de Wet VPB 1969. Deze fundamentele inbreuk op het winstbepalingssysteem wordt noodzakelijk geacht ter realisatie van de doelstelling van de Wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing.¹² Bij de invoering van nieuwe wetgeving dient ingevolge de nota 'Zicht op wetgeving' te worden voldaan aan bepaalde kwaliteitseisen.¹³ Deze kwaliteitseisen zijn essentieel voor het beantwoorden van de vraag of wetgeving het juiste middel is en daarnaast wat een passende inhoud van deze wetgeving is.¹⁴ Onderdeel van deze kwaliteitseisen betreft de doeltreffendheid van wetgeving, welke toetst of wetgeving bijdraagt aan de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen.¹⁵ In fiscale context betekent dit dat de uitwerking van de wetgeving overeen dient te komen met doel en strekking van de wettelijke regeling. Door de Wet TMTZ te toetsen aan doeltreffendheid, kan beoordeeld worden of de Wet TMTZ potentieel het juiste middel is ter realisatie van de doelstelling en of dit de inbreuk op het totaalwinstbeginsel rechtvaardigt. In dit onderzoek is gekozen voor de kwaliteitseis doeltreffendheid, aangezien het in feite een minimumcriterium vormt waaraan wetgeving dient te voldoen. Immers, indien de Wet TMTZ niet bijdraagt aan de realisatie van de beoogde doelstellingen, kan bij voorbaat worden geconcludeerd dat de bepalingen van de Wet TMTZ niet noodzakelijk worden geacht en de inbreuk op het totaalwinstbeginsel niet gerechtvaardigd is. Nader onderzoek zou moeten uitwijzen of de Wet TMTZ tevens voldoet aan overige kwaliteitseisen zoals doelmatig-, rechtmatig-, uitvoerbaar-, evenredig- en handhaafbaarheid.

⁷ Artikelen 12aa tot en met 12ag Wet VPB 1969.

⁸ Rapport commissie van belastingheffing van multinationals, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 623, p. 94.

⁹ A.W. Hofman, 'Het belasten van winst in het bouwstenenrapport', *WPNR 2020/7295*, p. 621.

¹⁰ Redactie NTFR, 'Wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *NTFR 2021/3514*.

¹¹ Ministerie van Financiën, Wet van 22 december 2021 tot wijziging van de Wet VPB 1969 (*Stb.* 2021, 654).

¹² *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 9.

¹³ *Kamerstukken II 1990/91*, 22008, nr. 2.

¹⁴ *Kamerstukken II 1990/91*, 22008, nr. 2, p. 32.

¹⁵ *Kamerstukken II 1990/91*, 22008, nr. 2, p. 15.

Naar aanleiding van de internetconsultatie hebben verschillende belangstellenden gewezen op de mogelijke Unierechtelijke (hierna: EU-rechtelijke) strijdigheid met de vrije verkeersbepalingen. Zo werd het kabinet aangeraden door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) het wetsvoorstel nogmaals te beoordelen vanuit EU-rechtelijk perspectief, aangezien deze mogelijk in strijd kan worden geacht met het EU-recht.¹⁶ De mogelijke strijdigheid met het EU-recht komt voort uit het karakter van de Wet TMTZ, welke met name van toepassing is op grensoverschrijdende situaties waardoor de facto sprake kan zijn van discriminatie. Naast de EU-rechtelijke aspecten is de toepassing van de bepalingen van de Wet TMTZ mogelijk van invloed op internationaal belastingrechtelijke aspecten. Hiertoe wordt beschreven hoe de doelstelling van de Wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing, zich verhoudt tot de doel en strekking van belastingverdragen. Daarnaast wordt beoordeeld hoe de bepalingen van de Wet TMTZ zich verhouden tot het beginsel van de goede verdragstrouw. Op basis van dit fundamentele beginsel binnen het internationale belastingrecht geldt dat de implementatie van nationale bepalingen niet ertoe mag leiden dat verdragsbepalingen worden gefrustreerd.

1.2 Probleemstelling

Het niet toepassen van het zakelijkheidsbeginsel in kwalificerende situaties naar aanleiding van de Wet TMTZ, lijkt op in eerste opzicht te leiden tot opmerkelijke uitkomsten. Immers, het achterwegen laten van verrekenprijsaanpassingen die volledig in lijn zijn met het zakelijkheidsbeginsel, zorgt voor een afwijking van het zakelijkheidsbeginsel en een inbreuk op het totaalwinstbeginsel.¹⁷ Een dergelijke fundamentele inbreuk kan hiertoe het juiste middel zijn, mits hiervoor rechtvaardigingsgronden bestaan. De inbreuk op het totaalwinstbeginsel wordt noodzakelijk geacht in het licht van de doelstelling van de Wet TMTZ, namelijk het voorkomen van dubbele niet-heffing.¹⁸ Derhalve wordt allereerst de doeltreffendheid van de Wet TMTZ getoetst op basis van de beoogde doelstellingen. Wet- of regelgeving wordt gekwalificeerd als doeltreffend indien deze wet- of regelgeving leidt tot verwezenlijking van de beoogde doelstelling van de wetgever, in casu het voorkomen van dubbele niet-heffing.¹⁹ Vervolgens zal afzonderlijk getoetst worden of de Wet TMTZ in overeenstemming is met de fundamentele beginselen binnen het EU-recht en het internationale belastingrecht, vanwege de beschreven problematiek hieromtrent. Bovendien wordt beschreven op welke wijze potentiële strijdigheden en knelpunten door toepassing van de Wet TMTZ kunnen worden weggenomen. De centrale onderzoeksvraag luidt derhalve:

“Hoe verhoudt de Wet tegenaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel zich tot de door de wetgever beoogde doelstellingen, het EU-recht en belastingverdragen, en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten en strijdigheden worden opgelost?”

1.3 Opzet

Om een volwaardig antwoord op de centrale onderzoeksvraag te kunnen formuleren, wordt deze uitgewerkt langs de volgende deelonderwerpen, welke per deelvraag in een afzonderlijk hoofdstuk worden beschreven. Het tweede hoofdstuk beschrijft een theoretisch raamwerk omtrent de vormgeving van het zakelijkheidsbeginsel en de Wet TMTZ binnen de Wet VPB 1969. De bijbehorende deelvraag betreft: *“Hoe is het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 vormgegeven en op welke wijze beogen de bepalingen van de Wet TMTZ verrekenprijsmismatches tegen te gaan?”*

¹⁶ Redactie NTFR, ‘NOB-commentaar op mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’, NTFR 2021/3383.

¹⁷ C.A.T. Peters, ‘Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid’, WFR 2021/226, p. 1630.

¹⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 9.

¹⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2, p. 25.

In het derde hoofdstuk staat de toepassing van de Wet TMTZ centraal, op basis waarvan getoetst wordt of toepassing van de Wet TMTZ leidt tot de realisatie van de doelstelling en potentiële knelpunten: *“Voldoet de Wet TMTZ aan de in de nota Zicht op wetgeving beschreven kwaliteitsdoeltreffendheid en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten worden weggenomen?”*

Het vierde hoofdstuk behandelt de toetsing of de Wet zakelijkheidstoets in overeenstemming is met het EU-recht, op basis van de deelvraag: *“Is de Wet TMTZ verenigbaar met het EU-recht en welke aanbevelingen kunnen hiertoe gedaan worden indien dit niet het geval is?”*

Het vijfde hoofdstuk beschrijft hoe de Wet TMTZ zich verhoudt tot belastingverdragen, op basis van de deelvraag: *“Hoe verhoudt de Wet TMTZ zich tot belastingverdragen en zijn de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ in overeenstemming met de goede verdragstrouw?”*

De verschillende hoofdstukken vangen aan met een korte introductie en eindigen met een deelconclusie waarin de deelvragen worden beantwoord. Ten slotte wordt in het zesde hoofdstuk een samenvatting gegeven met de meest relevante bevindingen en wordt de centrale onderzoeksvraag beantwoordt.

1.4 Afbakening

De Wet TMTZ is geïmplementeerd in de Wet VPB 1969 via de bepalingen van de artikelen 8ba tot en met 8bd en artikel 35 Wet VPB 1969. In aanvulling op het artikel 8bc Wet VPB 1969 welke ziet op de verkrijging van een vermogensbestanddeel, bepaalt artikel 35 Wet VPB dat verkrijgingen van bedrijfsmiddelen vóór de inwerkingtreding van de Wet TMTZ onder voorwaarden binnen het toepassingsbereik van de nieuwe wet vallen. Met deze beperkt materieel terugwerkende kracht van artikel 35 Wet VPB 1969 wordt geen ander doel beoogd dan met artikel 8bc Wet VPB 1969. Derhalve zal artikel 35 Wet VPB 1969 niet worden behandeld. Daarnaast is de Wet TMTZ vastgelegd in de artikelen 67 en 68 Mijnbouwwet, deze bepalingen worden buiten beschouwing gelaten.

Verder geldt dat in deze scriptie het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel niet wordt vergeleken met het internationaal gehanteerde arm's-lengthbeginsel. Landen hebben de vrijheid het arm's-lengthbeginsel naar eigen invulling te interpreteren en toe te passen. Dit kan ertoe leiden dat mismatches ter zake van toepassing van het arm's-lengthbeginsel ontstaan tussen landen. In deze scriptie wordt het arm's-lengthbeginsel in algemene zin beschreven en wordt beschreven op welke wijze het arm's-lengthbeginsel is geïmplementeerd in het Nederlandse belastingrecht. Hiertoe geldt dat er geen rechtsvergelijking wordt gemaakt op basis waarvan het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel mogelijk anderszins verschilt met het arm's-lengthbeginsel zoals deze door andere landen wordt toegepast.

Bovendien zal ten behoeve van de beschrijving van het arm's-lengthbeginsel in relatie tot belastingverdragen enkel worden gekeken naar het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO-MV). Het modelverdrag van de Verenigde Naties (VN-MV) blijft derhalve onbesproken. Het in artikel 9 OESO-MV beschreven arm's-lengthbeginsel ziet tevens op de winstallocatie tussen een hoofdhuis en vaste inrichtingen zoals beschreven in artikel 7 OESO-MV. Hiertoe zijn door de OESO verschillende rapporten uitgebracht op welke wijze het arm's-lengthbeginsel dient te worden toegepast op de winstallocatie aan vaste inrichtingen. De relatie tussen het arm's-lengthbeginsel en vaste inrichtingen blijft onbesproken. Ook worden de in de OESO-richtlijnen benoemde verrekenprijzenmethoden niet inhoudelijk besproken.

Hoofdstuk 2 – Het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 en de Wet TMTZ

2.1 Introductie

Onderdeel van het rapport Commissie-ter Haar 2020 betreft het tegengaan van belastingontwijking met behulp van verrekenprijsverschillen, welke kunnen ontstaan vanwege een verschil in toepassing van het arm's-lengthbeginsel door landen. Het arm's-lengthbeginsel is wettelijk vastgelegd in de Wet VPB 1969 als het zakelijkheidsbeginsel, op basis waarvan gelieerde lichamen onderling dienen te handelen als onafhankelijke derden. Deze verrekenprijsverschillen kunnen ertoe leiden dat een gedeelte van de winst bij de betrokken partijen niet in de heffing wordt betrokken, waardoor dubbele niet-heffing kan ontstaan. De Wet TMTZ beoogt deze dubbele niet-heffing tegen te gaan door de verrekenprijsverschillen te elimineren. Hiertoe wordt in dit hoofdstuk beschreven hoe het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 is vormgegeven en op welke wijze de verrekenprijsmismatches worden beoogd tegen te gaan door de Wet TMTZ:

“Hoe is het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 vormgegeven en op welke wijze beogen de bepalingen van de Wet TMTZ verrekenprijsmismatches tegen te gaan?”

2.2 Het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969

2.2.1 Inleiding

Het totaalwinstbeginsel is onderdeel van de winstbepaling binnen de Wet VPB 1969, op basis waarvan de totale winst van een lichaam in de heffing wordt betrokken over de gehele periode waarin dit lichaam belastingplichtig is. Het totaalwinstbeginsel volgt uit artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001), wat voor de Wet VPB 1969 tevens relevant is via de schakelbepaling van artikel 8 Wet VPB 1969. Een van de beginselen die volgt uit het totaalwinstbeginsel, betreft het zakelijkheidsbeginsel.²⁰ Op basis van het zakelijkheidsbeginsel dienen gelieerde lichamen voor fiscale doeleinden onderling onder dezelfde voorwaarden te handelen als onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden zouden doen.²¹ Via de totaalwinstgedachte van artikel 8 Wet VPB 1969 is daarmee de basis gelegd voor het zakelijkheidsbeginsel. Daarnaast is het zakelijkheidsbeginsel expliciet vastgelegd in artikel 8b Wet VPB 1969. Met de expliciete codificatie van het zakelijkheidsbeginsel in artikel 8b Wet VPB 1969 is bevestigd dat het arm's-lengthbeginsel zoals beschreven in artikel 9 OESO-MV, van toepassing is binnen de Wet VPB 1969 en dat deze conform de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations²² (hierna: OESO-richtlijnen) geïnterpreteerd dient te worden.²³ In het artikelsgewijs commentaar van artikel 9 OESO-MV en de OESO-richtlijnen is door de OESO een nadere invulling gegeven aan het arm's-lengthbeginsel. Voor de nationale invulling van het zakelijkheidsbeginsel in de OESO-lidstaten zijn de OESO-richtlijnen in meer of mindere mate leidend.²⁴ Echter zijn de OESO-richtlijnen niet juridisch afdwingbaar en bestaat binnen de OESO-richtlijnen ruimte voor interpretatie. Ten aanzien van de aspecten van het arm's-lengthbeginsel waartoe ruimte voor interpretatie bestaat of onduidelijkheden bestaan, is in het besluit 'Verrekenprijzen, toepassing van het arm's-lengthbeginsel en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations'²⁵ (hierna: verrekenprijsbesluit) een nadere invulling gegeven. In de volgende deelparagrafen worden het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel, het arm's-lengthbeginsel zoals beschreven in artikel 9 OESO-MV en de OESO-richtlijnen, en het verrekenprijsbesluit nader beschreven.

²⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 2.

²¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022, nr. 2022-139020 (Stcrt. 2022, 16685), p. 3.

²² OESO, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022.

²³ Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3, p. 8.

²⁴ Rapport commissie van belastingheffing van multinationals, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 623, p. 94.

²⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022, nr. 2022-139020 (Stcrt. 2022, 16685).

2.2.2 *Het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel ex artikel 8 Wet VPB 1969 en artikel 8b Wet VPB 1969*

2.2.2.1 *Inleiding*

Het totaalwinstbeginsel bepaalt dat de winst wordt bepaald door alle gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Deze bepaling beoogt de totaal behaalde winst van een onderneming gedurende de gehele levensduur van deze onderneming vast te stellen. De totaalwinst wordt vervolgens op grond van het in artikel 3.25 Wet IB vastgelegde goed koopmansgebruik, toegerekend aan de boekjaren van de onderneming. Het totaalwinstbeginsel is vastgelegd in artikel 3.8 Wet IB 2001 en is van overeenkomstige toepassing in de Wet VPB 1969 vanwege artikel 8 Wet VPB 1969. Hiermee vormt artikel 8 Wet VPB 1969 een schakelbepaling waardoor de winstbepaling binnen de Wet VPB 1969 onder meer geschiedt conform de totaalwinstbepaling van de Wet IB 2001, waarbij ondernemer moet worden gelezen als belastingplichtige.

2.2.2.2 *Artikel 8 Wet VPB 1969 – jurisprudentie omtrent het totaalwinstbeginsel*

Het totaalwinstbeginsel heeft zich ontwikkeld binnen de jurisprudentie, waarbij als belangrijk uitgangspunt geldt dat het handelen van de aandeelhouder geëlimineerd dient te worden uit de winst.²⁶ Dit betekent dat stortingen en onttrekkingen in de kapitaalsfeer, in tegenstelling tot ontvangsten en betalingen in de winstsfeer, onbelast en niet-afteikbaar zijn. Cruciaal voor het onderscheid tussen uitdelingen of kapitaalstortingen, is dat bij uitdelingen de aandeelhouder wordt bevoordeeld door de vennootschap en deze dus 'omhoog' plaatsvinden. Uitdelingen of onttrekkingen ontberen een zakelijk belang waardoor deze een tegenpool van zakelijke kosten vormen en kunnen een formeel of informeel karakter hebben. Bij formele uitdelingen kan gedacht worden aan civielrechtelijke dividenduitkeringen, terwijl informele uitdelingen zien op overige bevoordelingen van de aandeelhouder (verkapte dividenduitdeling).²⁷

Tegenover uitdelingen staan kapitaalstortingen, welke 'omlaag' plaatsvinden door de aandeelhouder aan de vennootschap. Kapitaalstortingen hebben eveneens een formeel of informeel karakter. Formele kapitaalstortingen betreffen door de aandeelhouders afgestaan vermogen dat behoort tot het voor de schuld aansprakelijke en risico van de onderneming delende vermogen. Hierbij kan gedacht worden aan aandelenemissies of agiostortingen.²⁸ Overige bevoordelingen 'omlaag' kwalificeren als informele kapitaalstortingen. Uitsluitend vanwege de bestaande aandeelhoudersrelatie laat een aandeelhouder bewust een voordeel toekomen aan de vennootschap waarin aandelen worden gehouden, terwijl datzelfde voordeel niet aan een willekeurige derde zou zijn gegeven. Deze voordelen kunnen zich enerzijds voordoen in de vermogenssfeer, waar voordeel in geld of goederen wordt toegekend door bijvoorbeeld vermogensbestanddelen over te dragen tegen een te hoge of lage prijs. Anderzijds kan sprake zijn van voordelen in de kostensfeer, vanwege een verstrekte lening tegen een te hoge of lage rente, of te hoge of lage in rekening gebrachte huurkosten. De uitdelingen en kapitaalstortingen bevinden zich in de kapitaalsfeer en beïnvloeden de totaalwinst niet, wat betekent dat ten aanzien van deze ontvangsten en betalingen, geen heffing plaatsvindt of een aftrekmogelijk bestaat. Ten aanzien van de informele kapitaalstortingen geldt dat de bevoordeling van de vennootschap uitsluitend geschiedt vanwege de aandeelhoudersrelatie, waardoor gesproken wordt van informeel kapitaal.²⁹ In tabel 1 staat een overzicht weergegeven van de stortingen en onttrekkingen in de kapitaalsfeer, waaronder informeel kapitaal.

²⁶ HR 2 december 1953, nr. 13 084, ECLI:NL:HR:1953:AY4076.

²⁷ R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit, H.A. Vollebregt & E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 48.

²⁸ R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit, H.A. Vollebregt & E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 50.

²⁹ R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit, H.A. Vollebregt & E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 51-52.

Tabel 1 – Overzicht stortingen en onttrekkingen in de kapitaalsfeer

<i>Stortingen en onttrekkingen in de kapitaalsfeer</i>	Uitdelingen (onttrekkingen) (bevoordelingen ‘omhoog’)	Kapitaalstortingen (bevoordelingen ‘omlaag’)
Formeel	Dividenduitdeling of inkoop van eigen aandelen	Aandelenemissies of agiostortingen
Informeel	Verkapte dividenduitdeling	Informeel kapitaalstorting

Ten aanzien van het vraagstuk of voordelen tot de totaalwinst behoren, geldt dat een voordeel onderdeel van de totaalwinst vormt indien dit voordeel zijn oorsprong vindt in de bedrijfsuitoefening. Op basis van vaste jurisprudentie wordt beoordeeld of dergelijke voordelen onder gelijke omstandigheden tussen onafhankelijke ondernemingen zouden zijn verstrekt.³⁰ Zo bestaat ten aanzien van het concept van informeel kapitaal de zogeheten informeel-kapitaaldoctrine, waartoe de Hoge Raad de basis heeft gelegd in het arrest van 3 april 1957.³¹ In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de inbreng van kapitaal, anders dan door storting op aandelen, uit de totaalwinst geëlimineerd dient te worden. Het betrof een situatie waar machines gratis werden overgebracht door de moeder- aan de dochtervennootschap waardoor een vermogenstoename ontstond. In deze casus was derhalve sprake van een voordeel in de vermogenssfeer en derhalve een informele kapitaalstorting, welke niet tot de winst behoort. De fiscale gevolgen van een informele kapitaalstorting zijn dat het fiscale eigen vermogen van de dochtervennootschap wordt verhoogd en dat bij de moedervennootschap sprake is van een verhoging van de kostprijs van de deelneming.³²

Naast voordelen in de vermogenssfeer, kan informeel kapitaal aan de orde zijn bij voordelen in de kostensfeer. Dit was het geval bij het Zweedse grootmoeder-arrest.³³ In casu ging het om een informele kapitaalstorting door een Zweedse grootmoedermaatschappij vanwege het verstrekken van een renteloze lening aan een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij. Hiertoe oordeelde de Hoge Raad dat het behaalde voordeel van de Nederlandse dochtermaatschappij ter hoogte van de niet-verschuldigde rente, niet zijn oorzaak vindt in de ondernemingsfeer waardoor dit voordeel uit de totaalwinst geëlimineerd moest worden.³⁴ Ter realisatie van de eliminatie van dit voordeel uit de totaalwinst, mag de Nederlandse dochtermaatschappij bij de bepaling van de fiscale winst een fictieve rentelast in aftrek nemen.³⁵ Het in aanmerking nemen van een fictieve rentelast door de Nederlandse dochtermaatschappij leidt tot een afname van het fiscale eigen vermogen. Deze vermogensafname wordt vervolgens ongedaan gemaakt door de informele kapitaalstorting, welke uit de fiscale winst is geëlimineerd. Daarentegen dient de fictieve rentebate wel bij de moedermaatschappij in de heffing te worden betrokken en leidt dit tot een toename van het fiscale eigen vermogen. Daar tegenover staat dat de kostprijs voor de deelneming in de dochtermaatschappij wordt verhoogd.³⁶

³⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 20.

³¹ HR 3 april 1957, nr. 13084, ECLI:NL:HR:1957:AY1604.

³² I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, ‘Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022’, *TvOB 2022-3*, p. 87.

³³ HR 31 mei 1978, nr. 18230, ECLI:NL:HR:1978:AX2866 (*Zweedse grootmoeder-arrest*).

³⁴ HR 31 mei 1978, nr. 18230, ECLI:NL:HR:1978:AX2866 (*Zweedse grootmoeder-arrest*).

³⁵ R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit, H.A. Vollebregt & E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 53.

³⁶ I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, ‘Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022’, *TvOB 2022-3*, p. 88.

Ten aanzien van de informeel-kapitaaldoctrine, welke is ontstaan naar aanleiding van onder meer het Zweedse grootmoeder-arrest, zijn in de zogeheten ‘informele kapitaalarresten’ enkele relevante nuanceringen gemaakt.³⁷ Aangezien het in het Zweedse grootmoeder-arrest niet relevant werd geacht of een eventuele corresponderende (fictieve) rentebate in de heffing werd betrokken bij de Zweedse grootmoeder, werd de systematiek van fictieve rentelasten beschouwd als een instrument van belastingcompetitie.³⁸ Dit was met name aan de orde bij bevoordelingen van de vennootschap door de aandeelhouder in de kostensfeer, zoals bij renteloze leningen of te lage salarissen.³⁹ Vanwege de eliminatie van de voordelen van de niet-verschuldigde betalingen uit de totaalwinst, werd de aandeelhouder niet belast terwijl de vennootschap fictieve kosten in aanmerking kon nemen. Dit stond haaks op hetgeen in de zogeheten ‘kostenarresten’ werd bepaald door de Hoge Raad, namelijk dat uitsluitend de werkelijk gemaakte kosten in mindering op de fiscale winst gebracht kunnen worden.⁴⁰ In de informele kapitaalarresten werd de gedachte van de kostenarresten dan ook doorgetrokken. De casus van één van de informele kapitaalarresten betrof de verstrekking van een renteloze lening door de aandeelhouder aan de vennootschap, welke als natuurlijk persoon alle aandelen hield in deze vennootschap. Op grond van het Zweedse grootmoeder-arrest wenste de belastingplichtige een zakelijke rentelast in aanmerking te nemen, zonder dat hier tegenover een (fictieve) rentebate in de heffing werd betrokken bij de aandeelhouder. Hiertoe werd geoordeeld door de Hoge Raad dat een redelijke wetstoepassing, welke recht doet aan de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting en de kostenarresten, het niet toelaat dat een voordeel van niet-verschuldigde rente buiten aanmerking te laten bij de winstbepaling.⁴¹ Dit betekende dat voor de niet-verschuldigde kosten, geen fictieve aftrek bestond.⁴² Op deze wijze werd een evenwicht tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting gevormd.⁴³ De informele kapitaalarresten hebben derhalve in generieke zin ertoe geleid dat de mogelijkheid tot het nemen van fictieve lasten in binnenlandse situaties beperkt werd tot werkelijk gemaakte kosten.

Het zogeheten ‘Ierland-arrest’ betrof een grensoverschrijdende situatie waarbij een renteloze lening werd verstrekt door de in Ierland gevestigde tophoudster van het concern aan een in Nederland gevestigde tussenholdingvennootschap.⁴⁴ Op grond van het Zweedse grootmoeder-arrest werd door de in Nederland gevestigde vennootschap een fictieve rente ten laste van de fiscale winst gebracht. Daarentegen werd in Ierland geen corresponderende fictieve rentebate in aanmerking genomen, aangezien het arm’s-lengthbeginsel niet werd toegepast door Ierland. Hiertoe werd in het Ierland-arrest de systematiek van het Zweedse grootmoeder-arrest nogmaals bevestigd door de Hoge Raad. Het niet in de heffing betrekken van een fictieve rentebate in Ierland, leidt er niet toe dat de aftrek van de fictieve rentelast wordt geweigerd in Nederland.⁴⁵

³⁷ HR 8 juli 1986, nr. 23440, ECLI:NL:HR:1986:AW7929 & HR 8 juli 1986, nr. 23441, ECLI:NL:HR:1986:AW7924 (*de informele kapitaalarresten*).

³⁸ Zie paragraaf 2.3.

³⁹ De problematiek omtrent bevoordelingen in de kostensfeer met betrekking tot te lage salarissen speelt heden in veel mindere mate een rol vanwege de introductie van het gebruikelijk loon van een DGA.

⁴⁰ HR 12 februari 1958, nr. 13456, ECLI:NL:HR:1958:AY1835 & HR 10 december 1958, nr. 13791, ECLI:NL:HR:1958:AY0969 (*de kostenarresten*).

⁴¹ HR 8 juli 1986, nr. 23440, ECLI:NL:HR:1986:AW7929, r.o. 4.2.

⁴² P.G.H. Albert, ‘De kostenarresten en de renteloze lening’, *WFR* 2001/745, par. 3.

⁴³ P.G.H. Albert, ‘De kostenarresten en de renteloze lening’, *WFR* 2001/745, par. 8.

⁴⁴ HR 17 december 2004, nr. 39080, ECLI:NL:HR:2004:AP6652 (*Ierland-arrest*).

⁴⁵ I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, ‘Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022’, *TvOB* 2022-3, p. 88.

2.2.2.3

Artikel 8b Wet VPB 1969 – de Nederlandse codificatie van het arm's-lengthbeginsel

Ondanks dat het zakelijkheidsbeginsel reeds volgt uit het totaalwinstbeginsel van artikel 8 Wet VPB 1969 juncto artikel 3.8 Wet IB 2001, is het door de OESO gedefinieerde arm's-lengthbeginsel expliciet vastgelegd in artikel 8b Wet VPB 1969. Hiermee is door de wetgever aangegeven dat Nederland zich conformeert aan de internationaal geaccepteerde arm's-lengthbeginsel, waardoor artikel 8b Wet VPB 1969 in feite gekarakteriseerd kan worden als de 'poortwachter' tussen de Nederlandse Wet VPB 1969 en de internationale consensus over verrekenprijzen.⁴⁶

Het eerste lid van artikel 8b Wet VPB 1969 beschrijft de winstcorrectie indien voldaan wordt aan de vereisten van gelieerdheid en overeengekomen onzakelijke voorwaarden. Lichamen zijn gelieerd in de zin van artikel 8b Wet VPB 1969 indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam. In het tweede lid van artikel 8b Wet VPB 1969 worden natuurlijke personen gelijkgesteld met lichamen, overeenkomstig het OESO-MV zodat de gelieerdheid ook aan de orde is indien een natuurlijk persoon deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van beide lichamen. Aangezien artikel 8b Wet VPB 1969 een implementatie is van artikel 9 OESO-MV, is overeenkomstig het OESO-MV geopteerd voor een open norm voor het begrip gelieerdheid, vanwege risico's op manipulatie bij een minimale omvang van gelieerdheid.⁴⁷ Artikel 8b Wet VPB 1969 spreekt namelijk van een onmiddellijke of middellijke deelname aan de leiding van, het toezicht op, in het kapitaal van een ander lichaam of het ene en het andere lichaam. Daarnaast wordt voor toepassing van artikel 8b Wet VPB 1969 vereist dat afwijkende voorwaarden zijn overeengekomen ter zake van onderlinge rechtsverhoudingen, zoals handelsbetrekkingen en financiële rechtsverhoudingen. De reikwijdte van artikel 8b Wet VPB 1969 is daarmee aanzienlijk, aangezien de bepaling ziet op een veelheid aan transacties en betrekkingen. Hierbij kan gedacht worden aan goederenoverdracht, dienstverlening, terbeschikkingstelling van activa, verstrekking van vreemd vermogen of garanties en gezamenlijke ontwikkeling van immateriële activa.⁴⁸ Wanneer voldaan wordt aan het gelieerdheids criterium en sprake is van overeengekomen afwijkende voorwaarden, wordt de winst bepaald op basis van voorwaarden die onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

Daarnaast kent artikel 8b een documentatieverplichting in het derde lid, welke vereist dat informatie over verrekenprijzen wordt opgenomen in de administratie van een belastingplichtige.⁴⁹ De kwalificerende lichamen ingevolge het eerste of tweede lid van artikel 8b Wet VPB 1969 zijn verplicht een administratie op te stellen waaruit de totstandkoming van de gehanteerde verrekenprijzen blijkt en waaruit kan worden opgemaakt of de gehanteerde verrekenprijzen overeenkomen met voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Een mogelijke consequentie van het niet voldoen aan de documentatieverplichting betreft de omkering van de bewijslast, welke in eerste instantie bij de inspecteur ligt.⁵⁰

⁴⁶ C.A.T. Peters, 'Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid', *WFR* 2021/226, p. 1631.

⁴⁷ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 2.1.2 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

⁴⁸ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 2.2 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

⁴⁹ De verplichte verrekenprijsadministratie vormt een administratie in de zin van artikel 52 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). Dit betekent dat wanneer een belastingplichtige niet voldoet aan de opgelegde verplichtingen, een omkering van de bewijslast volgt. In tegenstelling tot andere documentatieverplichtingen, leidt de omkering van de bewijslast in geval van artikel 8b Wet VPB 1969 niet tot een verzwaarde bewijslast.

⁵⁰ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

2.2.3 Het arm's-lengthbeginsel ex artikel 9 OESO-MV en de OESO-richtlijnen

2.2.3.1 Inleiding

De internationaal gehanteerde standaard voor het zakelijk handelen tussen gelieerde ondernemingen betreft het arm's-lengthbeginsel zoals beschreven in artikel 9 OESO-MV.⁵¹ De achterliggende reden voor het opnemen van een dergelijke bepaling ziet op de mogelijke onderlinge transacties tussen gelieerde ondernemingen op basis van niet-zakelijke voorwaarden. Met niet-zakelijke transacties zouden gelieerde ondernemingen belastingvoordelen kunnen behalen, welke anderszins niet behaald zouden worden indien zakelijk gehandeld zou worden.⁵² Het behalen van belastingvoordelen geldt met name voor multinationals die grensoverschrijdende transacties uitvoeren tussen verschillende concernonderdelen, gelegen in verschillende landen met verschillende belastingtarieven. Door winstverschuivingen binnen het concern kunnen belastingvoordelen worden gerealiseerd door grensoverschrijdende transacties. Hierdoor bestaat de mogelijkheid een lagere belastbare winst te realiseren door winstverschuivingen naar landen welke een laag belastingtarief kennen, terwijl dit niet of in mindere mate mogelijk is wanneer op zakelijke voorwaarden wordt gehandeld. Dit wordt voorkomen door het arm's-lengthbeginsel zoals neergelegd in artikel 9 OESO-MV, waardoor de belastbare winst wordt bepaald conform de voorwaarden die onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen onder vergelijkbare omstandigheden. Dit biedt landen de mogelijkheid om voordelen die zijn verkregen vanwege de onderlinge rechtsverhoudingen, alsnog in de heffing te betrekken met behulp van een winstcorrectie. Artikel 9 OESO-MV zorgt daarmee voor een winstverdeling tussen verschillende landen, ter voorkoming van economische dubbele belasting. Daardoor wijkt artikel 9 OESO-MV af van de overige bepalingen van het OESO-MV, aangezien deze bepalingen zien op de voorkoming van juridisch dubbele belasting.⁵³ Daarnaast wijkt artikel 9 OESO-MV af van de overige bepalingen van het OESO-MV vanwege de winstverdeling tussen twee woonstaten terwijl de overige bepalingen het heffingsrecht tussen de woon- en de bronstaat verdelen.⁵⁴ Afgezien van de vastlegging van het arm's-lengthbeginsel in artikel 9 OESO-MV, geeft dit artikel in beginsel nog geen uitsluitsel over de invulling van het arm's-lengthbeginsel. De invulling hiervan is onder meer vastgelegd in het commentaar op artikel 9 OESO-MV en de OESO-richtlijnen.

2.2.3.2 Artikel 9 lid 1 OESO-MV

Het eerste lid van artikel 9 OESO-MV beschrijft de winstcorrectie die plaatsvindt indien gelieerde lichamen onderling niet handelen in overeenstemming met het arm's-lengthbeginsel. Indien dit het geval is, *mogen* alle voordelen die één van deze ondernemingen zou hebben behaald zonder de overeengekomen voorwaarden, worden betrokken in de belastbare winst van die onderneming.⁵⁵ Hiertoe bestaat een tweetal relevante te onderscheiden aspecten, de gelieerdheid en de afwijkende overeengekomen voorwaarden.

⁵¹ Het artikel betreffende gelieerde ondernemingen kent zijn oorsprong in het OESO-MV 1963, waar het huidige tweede lid nog ontbrak. Het tweede lid betreffende de corresponderende winstcorrectie kent zijn oorsprong in het OESO-MV 1977.

⁵² *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 11 september 2022)..

⁵³ Zie paragraaf 5.2.2.

⁵⁴ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 943.

⁵⁵ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 2.1.1 en 2.2 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

Ten eerste de gelieerdheid, welke in twee situaties aan de orde kan zijn. Enerzijds, de directe of indirecte deelname van een onderneming aan de leiding van, het toezicht op of in het kapitaal van een andere onderneming.⁵⁶ Hierbij is sprake van verticale gelieerdheid. Bij deelname in het kapitaal ofwel aandeelhouderschap is van belang dat het niet enkel gaat om directe moeder- en dochterverhoudingen. Bij meerdere tussenschakels wordt eveneens voldaan aan de vereiste gelieerdheid. Anderzijds, is er de directe of indirecte deelname van eenzelfde persoon aan de leiding van, het toezicht op of in het kapitaal van twee verschillende lichamen.⁵⁷ Dit wordt horizontale gelieerdheid genoemd. Deze variant doet zich bijvoorbeeld voor in het geval van dezelfde aandeelhouder(s) van twee lichamen. Gelieerdheid is een relevant criterium voor toepassing van het arm's-lengthbeginsel aangezien wanneer partijen niet gelieerd zijn, deze partijen doorgaans geen voordelen zullen doen toekomen aan andere partijen. De deelname aan de leiding, het toezicht of in het kapitaal wordt niet gedefinieerd in het OESO-MV. Daarnaast gelden in het OESO-commentaar noch in de OESO-richtlijnen vereisten ten aanzien van het aandelenbezit of beslissingsbevoegdheid.⁵⁸ Derhalve geldt ingevolge artikel 3 lid 2 OESO-MV dat het begrip gelieerdheid wordt uitgelegd conform het nationaal recht van de verdragsluitende landen, voor zover dit niet uit het OESO-MV blijkt en een interpretatie volgens nationaal recht een duidelijke en logische oplossing biedt gegeven de context. Het nadeel van verwijzing naar nationaal recht is dat landen uiteenlopende interpretaties kennen van gelieerdheid in nationale wetgeving. Daarnaast bestaat het risico bij verwijzing naar nationaal recht dat het arm's-lengthbeginsel wordt toegepast op situaties waar dit niet voor bedoeld is, zoals in situaties van 'de facto control'. Dit is het geval waarin een investeerder in de vrije markt geen meerderheid van de stemrechten bezit maar vanwege een sterke onderhandelingspositie en andere omstandigheden toch de mogelijkheid heeft om eenzijdig beleidsbeslissingen te nemen.⁵⁹

Ten tweede is van belang dat er voorwaarden worden overeengekomen die voortkomen uit onderlinge handelsbetrekkingen of financiële rechtsverhoudingen, welke afwijken van voorwaarden die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke partijen. De overeengekomen voorwaarden zijn niet in lijn met het arm's-lengthbeginsel, aangezien gelieerde lichamen op grond van dit beginsel voor fiscale doeleinden onderling onder dezelfde voorwaarden dienen te handelen als onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden zouden doen. Indien voldaan wordt aan de criteria van gelieerdheid en onzakelijke voorwaarden, bestaat de mogelijkheid voor verdragsluitende landen een winstcorrectie toe te passen zodat het onzakelijke gedeelte kan worden geëlimineerd uit de winst. Echter lijkt deze winstcorrectie geen verplichting op te leggen vanwege de gehanteerde bewoording 'may', ofwel mogen, in het eerste lid van artikel 9 OESO-MV.⁶⁰

⁵⁶ Ingevolge artikel 3 OESO-MV is de juridische vorm waarin de onderneming wordt gedreven niet van belang.

⁵⁷ Blijkens artikel 3 OESO-MV geldt dat het begrip 'persoon' ziet op zowel lichamen als natuurlijke personen.

⁵⁸ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 2.1.1 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

⁵⁹ R.S.J. Dwarkasing, 'The concept of associated enterprises', *Intertax* 2013/41, p. 420

⁶⁰ Zie paragraaf 5.2.2.2.

2.2.3.3 *Artikel 9 lid 2 OESO-MV*

Het tweede lid van artikel 9 OESO-MV regelt vervolgens de corresponderende winstcorrectie in het andere land, in navolging op de winstcorrectie ingevolge het eerste lid. Indien één van de landen de voordelen ter zake van het onzakelijk handelen betreft in de in die staat belastbare winst, *zal* het andere land het verschuldigde bedrag aan belasting herzien.⁶¹ De corresponderende winstcorrectie volgend uit het tweede lid beoogt economisch dubbele belasting te voorkomen, welke kan ontstaan indien slechts één van beide landen een winstcorrectie volgend uit het eerste lid, toepast. Door de corresponderende winstcorrectie toe te passen wordt de verschuldigde belasting in het andere land overeenkomstig gewijzigd in de belasting die verschuldigd zou zijn geweest indien zakelijk zou zijn gehandeld.⁶² Anders dan de keuzemogelijkheid '*may*' uit het eerste lid, lijkt het tweede lid een verplichting op te leggen met de gehanteerde bewoording '*shall*', ofwel *zal*. Dit is echter niet het geval. Wanneer een land een winstcorrectie niet in overeenkomst acht met het arm's-lengthbeginsel zijn zij in beginsel niet verplicht een corresponderende correctie te maken.⁶³ Dit betekent dat er een risico op verrekenprijsverschillen bestaat, wanneer het arm's-lengthbeginsel niet overeenkomstig wordt toegepast door verschillende landen.

2.2.3.4 *De OESO-richtlijnen*

Bij het vaststellen van zakelijke verrekenprijzen tussen gelieerde lichamen spelen de OESO-richtlijnen een relevante rol. Zo wordt onder meer invulling gegeven aan het arm's-lengthbeginsel en worden methoden beschreven ter vaststelling van zakelijke prijzen (verrekenprijzen) tussen gelieerde partijen.⁶⁴ Een belangrijk aspect bij de vaststelling van zakelijke prijzen is de in de OESO-richtlijnen beschreven '*separate entity approach*', ofwel de zelfstandigheidsfictie. Vanwege deze fictie worden concernonderdelen van een multinational beschouwd als afzonderlijke ondernemingen. De zelfstandigheidsfictie zorgt ervoor dat de concernonderdelen worden geacht onderling te handelen in overeenstemming met het arm's-lengthbeginsel. Daarnaast leidt de zelfstandigheidsfictie ertoe dat de heffingsbevoegdheid in elke jurisdictie op een rechtvaardige manier wordt verdeeld.⁶⁵

Bij de beoordeling of de overeengekomen voorwaarden tussen gelieerde partijen in overeenstemming zijn met het arm's-lengthbeginsel, is een vergelijkbaarheidsanalyse cruciaal.⁶⁶ Deze analyse bepaalt of een transactie tussen gelieerde partijen vergelijkbaar is met een transactie tussen onafhankelijke partijen onder dezelfde omstandigheden, als de met de verrekenprijs onderzochte factor (prijs of marge) niet materieel wordt beïnvloedt door verschillen tussen de transacties.⁶⁷ De mate van belang van de factoren van de vergelijkbaarheidsanalyse⁶⁸ is afhankelijk van de aard van de transactie en de gehanteerde verrekenprijsmethode.

⁶¹ Hierbij dient rekening te worden gehouden met de overige bepalingen van het OESO-MV.

⁶² *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 2.3.1 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

⁶³ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-MV, aant. 2.3.2 (online, bijgewerkt 11 september 2022).

⁶⁴ Ten aanzien van de verrekenprijsmethoden maken de OESO-richtlijnen een onderscheid tussen de 'traditional-transaction'-methoden: de 'comparable-uncontrolled-price'-methode (CUP-methode), de 'resale-price'-methode (RP-methode) of de 'cost-plus'-methode (CP-methode); en de 'transactional-profit'-methoden: 'transactional net margin'-methode (TNM-methode) of de 'transactional profit split'-methode (TPS-methode). Deze verrekenprijsmethoden zullen niet nader worden toegelicht.

⁶⁵ De toewijzing van de heffingsbevoegdheden geschiedt conform de gesloten bilaterale belastingverdragen tussen landen ter voorkoming van juridisch dubbele belasting, zie hoofdstuk 5.

⁶⁶ In de OESO-richtlijnen wordt dit omschreven als de '*accurate delineation of the actual transaction*', oftewel een beschrijving van de commerciële en financiële rechtsverhouding van de gelieerde lichamen en welke relevante economische omstandigheden ten grondslag liggen aan deze aangegane transactie.

⁶⁷ OESO, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022, p. 40.

⁶⁸ De contractuele voorwaarden, de functionele analyse, de kenmerken van goederen en diensten, de economische omstandigheden en de ondernemingsstrategieën.

2.2.4 Het verrekenprijsbesluit

Bij de interpretatie van artikel 8b Wet VPB 1969 zijn de OESO-richtlijnen cruciaal aangezien deze invulling geven aan het zakelijkheidsbeginsel. Vanwege het juridische karakter van de OESO-richtlijnen als *soft law*-instrument zijn de OESO-richtlijnen niet juridisch bindend en kunnen belastingplichtigen hierin beginsel geen zekerheid aan ontlenuen.⁶⁹ De staatssecretaris heeft aangegeven in het verrekenprijsbesluit, dat de OESO-richtlijnen in beginsel een directe werking hebben in de Nederlandse rechtspraak. Daarnaast spelen zij in internationaal verband een relevante rol bij verdragstoepassing en de voorkoming van dubbele belastingheffing.⁷⁰ Bovendien wordt in het verrekenprijsbesluit beschreven dat het arm's-lengthbeginsel dynamisch geïnterpreteerd dient te worden, conform de meest recente OESO-richtlijnen. Het verrekenprijsbesluit dient derhalve feitelijk als intermediair tussen het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel en de OESO-richtlijnen.⁷¹ Door de dynamische interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel spelen ontwikkelingen zoals het Base Erosion and Profit Shifting project (hierna: BEPS-project) een belangrijke rol.⁷² Het BEPS-project heeft namelijk geleid tot aanpassingen van de OESO-richtlijnen vanwege de doelstelling om de uitkomsten van transfer pricing beter te laten aansluiten op de waardecreatie binnen multinationals.⁷³ Ten aanzien van dergelijke internationale ontwikkelingen wordt in het verrekenprijsbesluit beschreven hoe deze zich verhouden tot de Nederlandse rechtspraak.

2.3 Verrekenprijsmismatches

De Hoge Raad heeft met onder meer het Zweedse grootmoeder-arrest aangegeven dat het in grensoverschrijdende situaties geen uitzondering maakt in toepassing van het totaalwinstbegrip. Hiermee heeft de Hoge Raad een solide doctrine opgebouwd voor de toepassing van het totaalwinstbeginsel in internationaal verband, waarbij Nederland het totaalwinstbeginsel autonoom toepast. Het fundamentele uitgangspunt hiertoe betreft het soevereiniteitsbeginsel, waardoor de belastingheffing in Nederland onafhankelijk geschiedt van de belastingheffing in het buitenland. Vanuit dit perspectief ontstaan dispariteiten derhalve slechts vanwege een verschillende toepassing van wetgeving door andere landen ten opzichte van Nederland.⁷⁴ Het in aanmerking nemen van fictieve rentelasten op grond van het Zweedse grootmoeder-arrest kan daardoor leiden tot een verrekenprijsmismatch indien bij de buitenlandse moedermaatschappij geen corresponderende opwaartse winstcorrectie plaatsvindt. Vanwege de aftrekbaarheid zonder betrekking in de heffing bij de andere partij, is sprake van dubbele niet-heffing.⁷⁵

Bij de toepassing van het totaalwinstbeginsel in de Wet VPB 1969 werd in beginsel geen rekening gehouden met corresponderende belastingheffing in andere landen. Dit heeft ertoe geleid dat het totaalwinstbegrip als ware is gaan dienen als instrument voor belastingcompetitie, mede vanwege de mogelijkheid tot het opzetten van informeel kapitaalstructuren.⁷⁶ Belastingcompetitie ziet op situaties waarin overheden het belastingbeleid van een land onafhankelijk van andere landen voeren, gegeven de internationale mobiliteit van belastinggrondslagen van landen. Het belastingbeleid wat een land onafhankelijk van andere landen voert, beïnvloedt namelijk de belastinggrondslag van andere landen.

⁶⁹ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation* (Fiscale Studietoets nr. 29), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 16.

⁷⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022, nr. 2022-139020 (Stcrt. 2022, 16685), p. 3.

⁷¹ A.J.A. Stevens & C.A.T. Peters, 'Het nieuwe verrekenprijzenbesluit', *NTFR-B* 2018/44, par. 2.1.

⁷² Zie paragraaf 5.2.3.2.

⁷³ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Verrekenprijzenbesluit inzake toepassing 'arm's-length'-beginsel', *V-N* 2018/37.2.

⁷⁴ C.A.T. Peters, 'Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid', *WFR* 2021/226, p. 1631-1632.

⁷⁵ J.N. Bouwman, 'Bezuinigingsopties in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2020/2911.

⁷⁶ C.A.T. Peters, 'Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid', *WFR* 2021/226, p. 1631.

Wanneer een land relatief lage belastingtarieven hanteert ten opzichte van andere landen, kan dit leiden tot emigratie naar dit land.⁷⁷ Naast belastingtarieven kan een belastingbeleid dat wordt gevoerd onafhankelijk van andere landen, zoals de informeel-kapitaaldoctrine binnen het totaalwinstbegrip, leiden tot belastingcompetitie. Immers, op basis van de informeel-kapitaaldoctrine worden voordelen uit hoofde van aandeelhoudersmotieven van in Nederland gevestigde vennootschappen uit de fiscale winst geëlimineerd, zonder dat hierbij rekening wordt gehouden met een corresponderende heffing in het buitenland. Een van de oorzaken dat geen corresponderende winstcorrecties plaatsvinden in het buitenland betreft een verschil in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, waardoor verrekenprijsmismatches kunnen ontstaan en een gedeelte van de winst buiten de heffingsgrondslag blijft. Daarnaast maakt het arm's-lengthbeginsel in sommige landen in het geheel geen onderdeel uit van het belastingstelsel, waardoor mismatches kunnen optreden.⁷⁸ Vanwege de potentiële dubbele niet-heffing als gevolg van toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, kunnen structuren worden opgezet om belasting te ontwijken. In het kader van de bestrijding van belastingontwijking is het BEPS-project opgezet, wat onder meer heeft geleid tot aanpassingen van de OESO-richtlijnen met betrekking tot verrekenprijzen.⁷⁹ Met deze aanpassing wordt beoogd belastingontwijking via verrekenprijsmismatches tegen te gaan.⁸⁰

Toepassing van het zakelijkheidsbeginsel kan leiden tot opwaartse of neerwaartse winstaanpassingen. Met name de neerwaartse winstaanpassingen kunnen knellen met hetgeen beoogd is bij de aanpassing van de OESO-richtlijnen, het voorkomen van belastingontwijking. Naast toepassing van het zakelijkheidsbeginsel kunnen mismatches in belastingheffing ontstaan bij informeel-kapitaalstructuren en verkapte winstuitdelingen. Bovendien konden rulings met betrekking tot informeel-kapitaalstructuren leiden tot onbelaste winsten.⁸¹ Onder meer vanwege de mogelijkheid tot belastingontwijking met behulp van deze informeel-kapitaalstructuren, is in opdracht van de staatssecretaris een onderzoek verricht naar de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel en de informeel-kapitaalstructuren.⁸² In het kader van voorkoming van dubbele niet-heffing als gevolg van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, heeft Nederland unilaterale maatregelen genomen in de vorm van de Wet TMTZ.

⁷⁷ J. Hindriks & G.D. Myles, *Intermediate Public Economics. Second Edition*, Cambridge, MA: The MIT Press 2013, p. 665-666.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 3.

⁷⁹ Zie paragraaf 5.2.3.2

⁸⁰ *Kamerstukken II 2017/18*, 25087, nr. 188, p. 11.

⁸¹ Ter zake van informeel kapitaalstructuren bestond de mogelijkheid zekerheid vooraf aan te vragen over wetstoepassing, beleid en jurisprudentie.

⁸² *Kamerstukken II 2017/18*, 25087, nr. 188, p. 12.

2.4 De Wet TMTZ

2.4.1 Inleiding

Naar aanleiding van het onderzoek inzake de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel en informeel-kapitaalstructuren, is op 4 maart 2021 een (concept-)wetsvoorstel voor de Wet TMTZ ter consultatie aangeboden. Het wetsvoorstel beoogt verrekenprijnsverschillen weg te nemen welke ontstaan ten gevolge van een verschillende toepassing van het arm's-lengthbeginsel. Met dit wetsvoorstel wordt aangesloten bij een van de aanbevelingen uit het rapport Commissie-ter Haar 2020 van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals. De Wet TMTZ beoogt te voorkomen een deel van de winst van multinationals niet in de heffing wordt betrokken vanwege verrekenprijsmismatches, wat leidt tot dubbele niet heffing.⁸³ De Wet TMTZ ziet primair op verrekenprijsmismatches welke zonder toepassing van deze bepalingen de Nederlandse belastbare winst zouden verlagen. Hierbij geldt dat de Wet TMTZ enkel ziet op verrekenprijsmismatches en niet op tariefmismatches, aangezien het standpunt van Nederland is dat internationale belastingontwijking vanwege tariefverschillen het meest effectief kan worden bestreden door internationale afspraken.⁸⁴

2.4.2 Artikel 8ba Wet VPB 1969

In artikel 8ba Wet VPB 1969 wordt voor toepassing van de artikelen van de Wet TMTZ, gedefinieerd wat wordt verstaan onder de begrippen 'het zakelijkheidsbeginsel' en 'een aan de belastingplichtige gelieerd lichaam'. Ten aanzien van het zakelijkheidsbeginsel wordt verwezen naar de wijze van winstbepaling volgens de artikelen 3.8 Wet IB 2001, 8 en 8b Wet VPB 2001. Dit betekent dat het zakelijkheidsbeginsel wordt geïnterpreteerd overeenkomstig de jurisprudentie ter zake van de kwesties of voordelen onderdeel zijn van de totaalwinst.⁸⁵ Gelieerdheid binnen de Wet TMTZ wordt overeenkomstig artikel 8b Wet VPB 1969 gedefinieerd.⁸⁶

2.4.3 Artikel 8bb Wet VPB 1969

2.4.3.1 Artikel 8bb Wet VPB 1969 – inleiding

Artikel 8bb Wet VPB 1969 ziet op het niet toestaan van neerwaartse winstaanpassingen op grond van het zakelijkheidsbeginsel wanneer bij andere gelieerde lichamen geen corresponderende opwaartse winstaanpassing in de belastinggrondslag wordt betrokken. Indien tussen gelieerde lichamen geen zakelijke voorwaarden zijn overeengekomen, vindt in beginsel op grond van het zakelijkheidsbeginsel een winstaanpassing plaats. Deze winstaanpassing kan zowel opwaarts als neerwaarts zijn. Wanneer op grond van zakelijkheidsbeginsel een neerwaartse winstaanpassing plaatsvindt, zonder dat hier tegenover een corresponderende opwaartse winstaanpassing staat bij het gelieerde lichaam, is sprake van dubbele niet-heffing. Immers, in Nederland wordt een gedeelte van de winst niet in de heffing betrokken vanwege de neerwaartse winstaanpassing en bij het gelieerde lichaam wordt dit gedeelte van de winst tevens niet in de heffing betrokken. Ter realisatie van de doelstelling van de wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing, wordt afgeweken van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel indien de toepassing ervan leidt tot verrekenprijsmismatches. In zoverre leidt artikel 8bb Wet VPB 1969 tot een inbreuk op het totaalwinstbeginsel door onzakelijke baten te belasten of zakelijke lasten niet in aanmerking te nemen bij de winstbepaling, hetgeen volgens het kabinet gerechtvaardigd wordt in het kader van voorkoming van dubbele niet-heffing.⁸⁷

⁸³ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Consultatie gestart over conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel'', V-N 2021/13.7.

⁸⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 13.

⁸⁵ Zie paragraaf 2.2.2.2.

⁸⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 20-21.

⁸⁷ Idem, p. 21.

2.4.3.2 *Artikel 8bb Wet VPB 1969 – eerste en tweede lid*

Het eerste lid van artikel 8bb Wet VPB 1969 ziet op het buiten aanmerking blijven van een neerwaartse aanpassing van de winst ten aanzien van de baten- en lastenkant. Cruciaal voor toepassing deze bepaling is de toetsing van diverse criteria. Ten eerste dient sprake te zijn van overeengekomen of opgelegde voorwaarden ter zake van een onderling aangegane rechtsverhouding tussen gelieerde partijen, die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Voor de invulling van de begrippen onderlinge rechtsverhouding en gelieerde lichamen, wordt aangesloten bij de uitleg van artikel 8b Wet VPB 1969.⁸⁸

Ten tweede dient sprake te zijn van het in aanmerking nemen van een neerwaartse winstaanpassing door de belastingplichtige. Het tweede lid definieert neerwaartse winstaanpassingen als het in aanmerking nemen van hogere lasten of lagere baten ingevolge het zakelijkheidsbeginsel, dan de lasten of baten die op grond van de overeengekomen voorwaarden in aanmerking genomen zouden worden. Daarmee raakt de Wet TMTZ niet enkel informele kapitaalstortingen door een moedermaatschappij in een Nederlandse dochtermaatschappij, maar tevens verkapt dividenden vanuit een buitenlandse dochtermaatschappij. Immers, indien voldaan wordt aan de vereisten van het eerste en tweede lid van artikel 8bb Wet VPB 1969, is geen sprake meer van onbelaste informele kapitaalstortingen of op basis van de deelnemingsvrijstelling vrijgestelde verkapte winstuitdelingen.⁸⁹ Ieder onzakelijk voordeel dat op grond van de Wet TMTZ tot de totaalwinst wordt gerekend, wordt bij de winstbepaling niet in aanmerking genomen.⁹⁰

Ten derde maakt de belastingplichtige niet aannemelijk dat ter zake van de onderlinge rechtsverhouding een corresponderende opwaartse winstaanpassing in de heffing in het andere land wordt betrokken. Een neerwaartse winstaanpassing wordt op grond van het eerste lid enkel in Nederland in aanmerking genomen indien ter zake van de onderlinge rechtsverhouding een opwaartse winstaanpassing plaatsvindt voor hetzelfde bedrag, welke in de heffingsgrondslag in het andere land wordt betrokken. Deze corresponderende opwaartse winstaanpassing in het andere land kan bijvoorbeeld bestaan uit het in aanmerking nemen van hogere baten door het gelieerde lichaam tegenover de hogere in aanmerking te nemen lasten in Nederland. Vervolgens dient aannemelijk te worden gemaakt dat deze opwaartse winstaanpassing wordt betrokken in de grondslag van een belasting naar de winst, welke toetsing plaatsvindt op het niveau van het gelieerde lichaam waarmee de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan. Het is niet relevant of deze betrekking in de winst plaatsvindt in een ander boekjaar dan het boekjaar waarin de neerwaartse winstaanpassing in Nederland plaatsvindt. Evenzo is het niet van belang indien niet geheven wordt over de opwaartse winstaanpassing vanwege een objectieve vrijstelling of verrekenbare verliezen, al dan niet van andere groepslichamen door middel van een consolidatieregeling. Het effectieve tarief waartegen de opwaartse winstaanpassing in de heffing wordt betrokken, is derhalve niet relevant. Dit betekent dat indien opwaartse winstaanpassingen in de heffing worden betrokken tegen een nihil tarief, voldaan wordt aan het criterium van betrekking in een naar de winst geheven belasting. Immers is hierbij geen sprake van een verrekenprijsmismatch maar een tariefmismatch, waarop de Wet TMTZ geen toepassing vindt.⁹¹

Indien voldaan wordt aan deze cumulatieve vereisten, mag een belastingplichtige op grond van het eerste lid slechts een neerwaartse winstaanpassing in aanmerking nemen, voor zover aannemelijk wordt gemaakt dat een corresponderende opwaartse winstaanpassing bij het gelieerde lichaam in de heffing van een winstbelasting wordt betrokken.

⁸⁸ Zie paragraaf 2.2.2.3.

⁸⁹ Zie paragraaf 3.2 voor enkele uitwerkingen van betreffende situaties.

⁹⁰ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 8bb Wet VPB 1969, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 1 januari 2023).

⁹¹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 28.

2.4.3.3 *Artikel 8bb Wet VPB 1969 – derde en vierde lid*

Ingevolge het eerste lid van artikel 8bb Wet VPB 1969 dient een belastingplichtige aannemelijk te maken dat een corresponderende opwaartse winstaanpassing in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam. Echter, in geval van hybride lichamen kan dit ertoe leiden dat de belastingplichtige niet aannemelijk kan maken dat de opwaartse corresponderende aanpassing niet in de heffing wordt betrokken bij het hybride lichaam. Indien een corresponderende opwaartse aanpassing wel in de heffing wordt betrokken bij de participanten in het hybride lichaam, betekent dit dan zonder nadere bepaling dubbele heffing kan ontstaan. Hiertoe voorziet het derde lid van artikel 8bb Wet VPB 1969 in een tegemoetkoming voor situaties met hybride lichamen.

Volgens het derde lid is sprake van een hybride lichaam indien een lichaam volgens de fiscale regelgeving van de oprichtingsstaat van dit lichaam, aldaar niet wordt behandeld als het lichaam dat gerechtigd is tot de baten of tot de lasten verschuldigd is vanwege het ontbreken van een fiscale vestigingsplaats in de oprichtingsstaat. Daarnaast wordt vereist dat dit lichaam niet volgens de fiscale regelgeving van een andere staat aldaar is gevestigd. Het betreft situaties waarin het gelieerde lichaam in het andere land waarmee een onderlinge rechtsverhouding bestaat, volgens Nederlandse fiscale maatstaven wordt beschouwd als niet-transparant lichaam en volgens de fiscale wetgeving van de staat waarin het gelieerde lichaam opgericht is, wordt beschouwd als transparant lichaam. Wanneer deze situatie zich voordoet, bestaat de mogelijkheid dat vanwege de fiscale transparantie, het resultaat of de vermogensbestanddelen van dit lichaam worden toegerekend aan en in de heffing betrokken worden bij de participanten in het hybride lichaam. Hiertoe regelt het derde lid van artikel 8bb Wet VPB 1969 dat een belastingplichtige een neerwaartse winstaanpassing alsnog in aanmerking kan nemen, voor zover een corresponderende opwaartse aanpassing bij de participanten in het hybride lichaam in aanmerking wordt genomen in een belasting naar de winst of het inkomen.⁹² Hierbij geldt dat het toestaan van neerwaartse winstaanpassingen in Nederland geschiedt naar rato van de corresponderende opwaartse aanpassingen bij de achterliggende participanten. Indien de opwaartse aanpassing wordt betrokken in een naar het inkomen geheven belasting, wordt tevens voldaan aan dit criterium.⁹³

Het belang van de participanten in het hybride lichaam zoals bedoeld in het derde lid kan zowel onmiddellijk als middellijk worden gehouden ingevolge het vierde lid van artikel 8bb Wet VPB 1969. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij tussenkomst van één of meerdere hybride gelieerde lichamen. Hiervoor wordt vereist dat voor alle hybride gelieerde lichamen wordt voldaan aan het gestelde vereiste van transparantie zoals bedoeld in het derde lid. Deze hybride lichamen mogen allen volgens de fiscale regelgeving van de oprichtingsstaat niet worden behandeld als lichamen die gerechtigd zijn tot de baten of de lasten verschuldigd zijn ter zake van de onderlinge rechtsverhouding. Daarnaast zijn deze gelieerde hybride lichamen volgens de fiscale regelgeving van andere staten niet elders gevestigd. De bewijslast van het aannemelijk maken dat voldaan wordt aan de gestelde vereisten in het derde en vierde lid, ligt bij de belastingplichtige.⁹⁴

⁹² Voor het criterium van het betrekken van de corresponderende opwaartse winstaanpassing in een naar de winst of naar het inkomen geheven belasting, wordt aangesloten bij de uitleg van het eerste lid van artikel 8bb Wet VPB 1969.

⁹³ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 32-33.*

⁹⁴ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 33.*

2.4.4 Artikel 8bc Wet VPB 1969

2.4.4.1 Artikel 8bc Wet VPB 1969 – inleiding

Artikel 8bc Wet VPB 1969 houdt verband met verrekenprijsmismatches binnen de vermogenssfeer, welke worden veroorzaakt door de verkrijging van vermogensbestanddelen van gelieerde lichamen. Deze vermogensbestanddelen omvatten niet slechts bedrijfsmiddelen waarop wordt afgeschreven, maar ook vermogensbestanddelen zoals vorderingen. Het gaat hierbij om verkrijgingen die plaatsvinden in een boekjaar dat aanvangt op of na de inwerkingtredingsdatum van de Wet TMTZ, namelijk 1 januari 2022.⁹⁵ De bepaling voorziet in een teboekstellingsregel ter zake van de verkrijging van vermogensbestanddelen, inclusief schulden. Evenals bij artikel 8bb Wet VPB 1969, betreft het voorkomen van dubbele niet-heffing de doelstelling van deze bepaling.

2.4.4.2 Artikel 8bc Wet VPB 1969 – eerste en tweede lid

Het eerste lid van artikel 8bc ziet op de verkrijging van vermogensbestanddelen van een gelieerd lichaam, afgezien van schulden, waarbij de overeengekomen of opgelegde verrekenprijs lager is dan de prijs zoals deze op basis van het zakelijkheidsbeginsel bepaald zou worden. Bij een dergelijke verkrijging kan toepassing van het zakelijkheidsbeginsel leiden tot dubbele niet-heffing. Het uitgangspunt bij de verkrijging van vermogensbestanddelen is dat wanneer vermogensbestanddelen worden verkregen, deze in beginsel te boek worden gesteld tegen een zakelijke waarde. Deze zakelijke waarde wordt bepaald door de waarde met inachtneming van het zakelijkheidsbeginsel, oftewel de waarde die een onafhankelijke derde voor dit vermogensbestanddeel zou betalen. Wanneer gelieerde partijen een prijs overeenkomen die lager is dan deze zakelijke waarde, betekent dit dat bij de verkopende partij een eventuele vervreemdingswinst in aanmerking wordt genomen op basis van deze lagere verrekenprijs. Hiertegenover staat dat de belastingplichtige in Nederland het vermogensbestanddeel verkrijgt en op grond van het zakelijkheidsbeginsel te boek stelt tegen de hogere zakelijke waarde. De teboekstelling van het vermogensbestanddeel leidt vervolgens tot een hogere afschrijvingsbasis op basis van de zakelijke prijs, welke ten laste van de Nederlandse winst gebracht kunnen worden. Dit betekent dat een gedeelte van de winst niet in de heffing wordt betrokken bij het overdragende lichaam. Bij het verkrijgende lichaam in Nederland wordt ook een gedeelte van de winst niet in de heffing betrokken, aangezien over de levensduur van het vermogensbestanddeel jaarlijks hogere afschrijvingskosten ten laste van de winst worden gebracht.⁹⁶ Indien toepassing van het zakelijkheidsbeginsel leidt tot dubbele niet-heffing, wordt afgeweken van het zakelijkheidsbeginsel door voor de teboekstelling van het vermogensbestanddeel uit te gaan van de lagere overeengekomen of opgelegde verrekenprijs.⁹⁷ Slechts voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de hogere overeengekomen of opgelegde verrekenprijs in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam, mag voor de teboekstelling van het vermogensbestanddeel worden uitgegaan van deze hogere verrekenprijs.⁹⁸

Overeenkomstig het eerste lid, beoogt het tweede lid van artikel 8bc Wet 1969 potentiële verrekenprijsmismatches te voorkomen betreffende de teboekstelling van een verkregen schuld. Aangezien de bepaling ziet op schulden, is deze niet slechts beperkt tot de verkrijging van civielrechtelijke geldleningen.⁹⁹ Voor de verkrijging van schulden geldt dat deze in beginsel te boek worden gesteld tegen de met inachtneming van het zakelijkheidsbeginsel bepaalde prijs, evenals bij

⁹⁵ Voor de verkrijging van bedrijfsmiddelen is een aanvullende bepaling opgenomen in artikel 35 VPB.

⁹⁶ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 8bc Wet VPB 1969, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 1 januari 2023).

⁹⁷ Zie paragraaf 3.3.1 voor een uitwerking van deze bepaling.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 35-36.

⁹⁹ Overeenkomstig de wijziging van de wettekst van artikel 10a Wet VPB 1969 van 'geldlening' naar 'schuld', waarmee beoogd werd de reikwijdte van de bepaling niet te beperken tot civielrechtelijke geldleningen. De consequentie hiervan is dat iedere vorm van het schuldig blijven van geldbedragen, waaronder verplichtingen die zich pas op langere termijn in betalingen van geldbedragen oplossen, zoals lijfrente- of pensioenverplichtingen, onder het begrip 'schulden' vallen.

de verkrijging van vermogensbestanddelen. Indien een belastingplichtige een schuld verkrijgt van een gelieerd lichaam tegen een overeengekomen verrekenprijs die hoger is dan de zakelijke verrekenprijs, kan dubbele niet-heffing ontstaan. Immers, aan het einde van de looptijd van de schuld dient de nominale waarde te worden terugbetaald aan de schuldeiser, terwijl deze op grond van het zakelijkheidsbeginsel te boek worden gesteld tegen de lagere zakelijke waarde. Teneinde de nominale waarde te bereiken vindt jaarlijks een opwaardering of oprenting van de schuld plaats, welke ten laste van de Nederlandse winst kan worden gebracht door de verkrijger. Daartegenover staat dat bij het gelieerde lichaam dat de schuld overdraagt, een lagere winst in de heffing wordt betrokken aangezien de hogere overeengekomen vergoeding de belastbare winst van de overdrager verlaagt. Indien toepassing van het zakelijkheidsbeginsel leidt tot dubbele niet-heffing, dient de belastingplichtige voor de teboekstelling van die schuld uit te gaan van de overeengekomen of opgelegde waarde.¹⁰⁰ Slechts voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat het verschil tussen de overeengekomen of opgelegde verrekenprijs en de zakelijke waarde in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam, mag de belastingplichtige voor de teboekstelling een verlaging naar de zakelijke waarde in aanmerking nemen.¹⁰¹

2.4.4.3 *Artikel 8bc Wet VPB 1969 – derde en vierde lid*

Evenals in artikel 8bb Wet VPB 1969, voorzien het derde en vierde lid van artikel 8bc Wet VPB 1969 in een tegemoetkoming voor situaties met hybride lichamen bij de verkrijging van vermogensbestanddelen, waaronder schulden.¹⁰²

2.4.5 *Artikel 8bd Wet VPB 1969*

2.4.5.1 *Artikel 8bd Wet VPB 1969 – inleiding*

Artikel 8bd Wet VPB 1969 is een flankerende maatregel van artikel 8bc Wet VPB 1969, aangezien deze bepaling, verkrijgingen van vermogensbestanddelen door middel van ‘besmette’ rechtshandelingen onder de reikwijdte van de Wet TMTZ brengt. Reguliere verkrijgingen in de zin van artikel 8bc Wet VPB 1969 en verkrijgingen door middel van ‘besmette’ rechtshandelingen in de zin van artikel 8bd Wet VPB 1969 kunnen leiden tot verrekenprijsmismatches in de vermogenssfeer, vanwege waarderingsverschillen in de teboekstelling van vermogensbestanddelen. Dit leidt ertoe dat in Nederland kan worden afgeschreven over de hogere zakelijke waarde, terwijl in het buitenland geen opwaartse winstaanpassing in de heffing wordt betrokken. De besmette rechtshandelingen omvatten kapitaalstortingen¹⁰³, winstuitdelingen¹⁰⁴, teruggaven van gestort kapitaal¹⁰⁵, liquidatie-uitkeringen¹⁰⁶ of vergelijkbare rechtshandelingen.¹⁰⁷ Anders dan in artikel 8bc Wet VPB 1969 waar wordt gesproken over de ‘waarde met inachtneming van het zakelijkheidsbeginsel’, spreekt artikel 8bd Wet VPB 1969 over de waarde in het economische verkeer. Evenals artikel 8bc Wet VPB 1969, ziet de bepaling van artikel 8bd Wet VPB 1969 op verkrijgingen van vermogensbestanddelen welke plaatsvinden in een boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2022.

¹⁰⁰ Zie paragraaf 3.3.1 voor een uitwerking van deze bepaling.

¹⁰¹ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 37-38.*

¹⁰² Zie paragraaf 2.4.3.3.

¹⁰³ Bij kapitaalstortingen kan gedacht worden aan formele volstortingen van het geplaatste aandelenkapitaal, agiostortingen of verkrijgingen tegen uitreiking van eigen aandelen door de belastingplichtige.

¹⁰⁴ Kwalificerende winstuitdelingen betreffen formele dividenduitkeringen, uitkeringen op winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid of lidmaatschapsrechten en de afkoop of inkoop hiervan.

¹⁰⁵ Bij teruggaven van gestort kapitaal kan gedacht worden aan ingekochte aandelen of verminderingen van het gestorte aandelenkapitaal.

¹⁰⁶ Liquidatie-uitkeringen betreffen de formele en verkapte dividenden welke worden uitgekeerd na het besluit tot ontbinding van de vennootschap.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 40-41.*

2.4.5.2 *Artikel 8bd Wet VPB 1969 – eerste en tweede lid*

Overeenkomstig artikel 8bc Wet VPB 1969 wordt een onderscheid gemaakt tussen verkrijgingen van vermogensbestanddelen en verkrijgingen van schulden. Het eerste lid van artikel 8bd Wet VPB 1969 voorziet in een teboekstellingsbepaling voor verkrijgingen van vermogensbestanddelen, niet zijnde schulden, van gelieerde lichamen door middel van een besmette rechtshandeling in de zin van artikel 8bd Wet VPB 1969. Daarnaast geldt dat de waarde in het economische verkeer van dit vermogensbestanddeel hoger is dan de waarde die bij de overdragende partij in de heffing wordt betrokken. Aangezien in een dergelijke situatie artikel 8bc Wet VPB 1969 niet van toepassing is vanwege het ontbreken van een overeengekomen of opgelegde verrekenprijs, geldt artikel 8bd als aanvullende maatregel op artikel 8bc Wet VPB 1969. Zonder artikel 8bd Wet VPB 1969 zou het verkregen vermogensbestanddeel worden geactiveerd tegen de hogere waarde in het economische verkeer, welke dient als afschrijvingsbasis. Dit leidt ertoe dat jaarlijks afschrijvingskosten ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag worden gebracht op basis van de hogere waarde in het economische verkeer, zonder dat deze hogere waarde bij de gelieerde overdrager in de heffing wordt betrokken. In het kader van de doelstelling van het voorkomen van dubbele niet-heffing zorgt de maatregel van artikel 8bd Wet VPB 1969 ervoor dat minder afschrijvingskosten ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag worden gebracht.¹⁰⁸ Op basis van het eerste lid van artikel 8bd Wet VPB 1969 dient een belastingplichtige het verkregen vermogensbestanddeel te activeren voor de waarde die ter zake van de besmette rechtshandeling bij het gelieerde lichaam in de heffing wordt betrokken. De teboekstelling van het verkregen vermogensbestanddeel tegen deze lagere waarde bepaalt de afschrijvingsbasis voor dit activum, wat ertoe leidt dat minder afschrijvingskosten ten laste van de Nederlandse winst komen.¹⁰⁹ De belastingplichtige dient de lagere waarde die in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam, aannemelijk te maken.

In lijn met het eerste lid beoogt het tweede lid een potentiële verrekenprijsmismatch weg te nemen welke ziet op de teboekstelling van een verkregen schuld van een gelieerd lichaam door middel van een besmette rechtshandeling in de zin van artikel 8bd Wet VPB 1969. Dit is aan de orde wanneer de waarde in het economische verkeer van de schuld lager is dan de ter zake van de besmette rechtshandeling bepaalde waarde bij het gelieerde lichaam. Bij de waarde in het economische verkeer van een schuld kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de contante waarde van de schuld, zijnde de huidige waarde van de schuld verdisconteerd tegen de te betalen rente. Toepassing van het zakelijkheidsbeginsel zou ertoe leiden dat de verkregen schuld te boek wordt gesteld tegen de lagere waarde in het economische verkeer. Dit leidt ertoe jaarlijks een opwaardering of oprenting ten laste van de Nederlands winst wordt gebracht, tot de nominale waarde van de schuld is bereikt. Hier tegenover staat dat het verschil tussen de ter zake van de rechtshandeling bepaalde waarde van de schuld en de waarde in het economische verkeer van de schuld, niet in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam.¹¹⁰ Ter voorkoming van dubbele niet-heffing, bepaalt het tweede lid dat de belastingplichtige voor de teboekstelling van de verkregen schuld dient uit te gaan van de waarde in het economische verkeer, verhoogd met het verschil tussen deze waarden.¹¹¹

2.4.5.3 *Artikel 8bd Wet VPB 1969 – derde en vierde lid*

Ingevolge het derde lid van artikel 8bd Wet VPB 1969 wordt een verkrijging van een vermogensbestanddeel in het kader van een fusie of splitsing waarbij vermogen onder algemene titel wordt overgedragen, beschouwd als een met de genoemde rechtshandelingen in het eerste en tweede lid vergelijkbare rechtshandeling. Deze bepaling is niet van toepassing voor zover het vermogensbestanddeel op grond van de van toepassing zijnde regels voor de fusie of splitsing, te boek wordt gesteld op dezelfde waarde waarvoor het ten tijde van de fusie of splitsing te boek stond gesteld

¹⁰⁸ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 8bd Wet VPB 1969, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 1 januari 2023).

¹⁰⁹ Zie paragraaf 3.3.2 voor een uitwerking van deze bepaling.

¹¹⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 43-44

¹¹¹ Zie paragraaf 3.3.2 voor een uitwerking van deze bepaling.

bij het overdragende lichaam. In het vierde lid van artikel 8bd Wet VPB 1969 wordt aangegeven dat het derde en vierde lid van artikel 8bc Wet VPB 1969 van overeenkomstige toepassing zijn op verkrijgingen van vermogensbestanddelen, waaronder schulden, door middel van kapitaalstortingen of daarmee vergelijkbare rechtshandeling zoals bedoeld in het eerste en tweede lid van artikel 8bd Wet VPB 1969.¹¹² De tegemoetkoming voor verkrijgingen van vermogensbestanddelen van hybride lichamen zoals beschreven in artikel 8bc Wet VPB 1969, is daarmee ook van toepassing op verkrijgingen zoals bedoeld in artikel 8bd Wet VPB 1969.

2.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is een theoretisch kader gevormd omtrent de Wet TMTZ, waartoe de volgende deelvraag behoort:

“Hoe is het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 vormgegeven en op welke wijze beogen de bepalingen van de Wet TMTZ verrekenprijsmismatches tegen te gaan?”

Binnen de Nederlandse wetgeving volgt het zakelijkheidsbeginsel uit het totaalwinstbeginsel, op grond waarvan de winst van een onderneming dient te worden bepaald door alle gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Het zakelijkheidsbeginsel zoals deze blijkt uit artikel 3.8 Wet IB 2001 en de schakelbepaling artikel 8 Wet VPB 1969 wordt uitgelegd op grond van jurisprudentie betreffende de totaalwinst. Op basis van deze jurisprudentie wordt bepaald of een voordeel, onderdeel van de totaalwinst dient te zijn. Het uitgangspunt hiertoe betreft dat wanneer een voordeel zijn oorsprong vindt in de bedrijfsuitoefening, dit voordeel onderdeel van de totaalwinst dient te zijn. Indien een voordeel geen oorzaak vindt in de ondernemings sfeer dient dit voordeel uit de totaalwinst te worden geëlimineerd. Ter realisatie hiervan blijkt uit het Zweedse grootmoeder-arrest dat een fictieve rentelast in aanmerking genomen mag worden ter zake van een renteloze lening. Ongeacht of tegenover de fictieve rentelast een corresponderende fictieve rentebate in de heffing wordt betrokken in het buitenland, werd hiertoe geen uitzondering gemaakt in de toepassing van het totaalwinstbegrip. Naast het zakelijkheidsbeginsel als onderdeel van het totaalwinstbeginsel, is het zakelijkheidsbeginsel expliciet vastgelegd in artikel 8b Wet VPB 1969. In feite is artikel 8b Wet VPB 1969 de ‘poortwachter’ tussen de Nederlandse Wet VPB 1969 en de internationale consensus over verrekenprijzen.

Vanwege de toepassing van het totaalwinstbeginsel binnen de Wet VPB 1969 en de hieruit volgende informeel-kapitaalstructuren, hebben verrekenprijverschillen geleid tot belastingontwijking. Daarnaast is het mogelijk dat het arm’s-lengthbeginsel door landen op een andere wijze toegepast wordt, waardoor ook verrekenprijsmismatches kunnen ontstaan. In het kader van voorkoming van verrekenprijsmismatches welke kunnen leiden tot dubbele niet-heffing ten gevolge van toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, is de Wet TMTZ geïntroduceerd. Artikel 8bb Wet VPB 1969 beoogt dubbele niet-heffing te voorkomen door neerwaartse winstaanpassingen niet in aanmerking te nemen, welke ontstaan vanwege het in aanmerking nemen van hogere lasten of lagere baten ingevolge het zakelijkheidsbeginsel. Indien aannemelijk wordt gemaakt dat een corresponderende opwaartse winstaanpassing in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam, mag de belastingplichtige de neerwaartse winstaanpassing ten laste van de winst brengen. Artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 beogen dubbele niet-heffing tegen te gaan welke veroorzaakt worden door de verkrijging van vermogensbestanddelen van gelieerde lichamen, waaronder schulden, al dan niet door middel van kapitaalstortingen, winstuitdelingen, teruggaven van gestort kapitaal, liquidatie-uitkeringen of hiermee vergelijkbare rechtshandelingen. Voor de teboekstelling van deze vermogensbestanddelen mag enkel worden uitgegaan van de zakelijke waarde of de waarde in het economische verkeer, indien het gelieerde lichaam deze waarde tevens in aanmerking neemt.

¹¹² Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 44.

Hoofdstuk 3 – Een analyse van de Wet TMTZ: doeltreffendheid en potentiële knelpunten

3.1 Introductie

Vanwege belastingontwijking door middel van verrekenprijsmismatches en informeel kapitaalstructuren, is de Wet TMTZ geïntroduceerd. Met de introductie van de Wet TMTZ wordt een inbreuk gemaakt op het totaalwinstbeginsel door het zakelijkheidsbeginsel onder omstandigheden geen toepassing te laten vinden. De inbreuk op het totaalwinstbeginsel wordt noodzakelijk geacht voor de realisatie van de doelstelling van de Wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing in het kader van het tegengaan van internationale belastingontwijking.¹¹³

Wetgeving dient ingevolge de nota Zicht op wetgeving te voldoen aan een aantal kwaliteitseisen.¹¹⁴ In het kader van de kwaliteitseis doeltreffendheid zal getoetst worden of de bepalingen van de Wet TMTZ bijdragen aan de realisatie van de doelstelling tot voorkoming van dubbele niet-heffing. Daarnaast worden in dit hoofdstuk enkele potentiële knelpunten van de Wet TMTZ besproken en op welke wijze deze mogelijk kunnen worden weggenomen:

“Voldoet de Wet TMTZ aan de in de nota Zicht op wetgeving beschreven kwaliteitseis doeltreffendheid en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten worden weggenomen?”

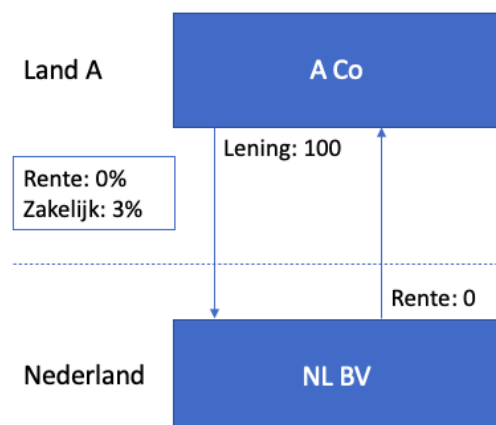
3.2 De doeltreffendheid van artikel 8bb Wet VPB 1969

3.2.1 Inleiding

Artikel 8bb Wet VPB 1969 ziet op het weigeren van neerwaartse winstaanpassingen, door te bepalen dat het in aanmerking nemen van hogere lasten of lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel, niet toegestaan wordt wanneer wordt voldaan aan de overige voorwaarden.¹¹⁵ Hierbij geldt dat dat neerwaartse winstaanpassing niet toegestaan wordt voor zover niet aannemelijk gemaakt kan worden door de belastingplichtige dat een corresponderende winstaanpassing wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting. De doelstelling van artikel 8bb Wet VPB 1969 is het wegnemen van mismatches die ontstaan ten gevolge van toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, welke leiden tot dubbele niet-heffing. Cruciaal voor artikel 8bb Wet VPB 1969 is dat deze uitsluitend ziet op het tegengaan van dubbele niet-heffing als gevolg van verrekenprijsmismatches welke leiden tot neerwaartse winstaanpassingen. Deze verrekenprijsmismatches kunnen zich voordoen in de kosten- en vermogenssfeer, vanwege het in aanmerking nemen van hogere lasten of lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel.

3.2.2 Mismatches vanwege hogere lasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel (kostensfeer)

Verrekenprijsmismatches in de kostensfeer vanwege hogere lasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel kunnen zich voordoen in de volgende situatie. Een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij ontvangt een renteloze lening ter hoogte van een bedrag van 100 van een buitenlandse moedermaatschappij, terwijl de zakelijke rente 3% bedraagt. Op grond van het zakelijkheidsbeginsel dient een primaire aanpassing plaats te vinden waardoor de Nederlandse dochter zakelijke rentelasten van 3 in aanmerking neemt. Vervolgens vindt een secundaire transactie plaats door een correctie te maken in het fiscale vermogen van NL BV. Immers, de niet in rekening gebrachte rente vormt een voordeel uit hoofde van het



¹¹³ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 2.

¹¹⁴ Zie paragraaf 1.1.

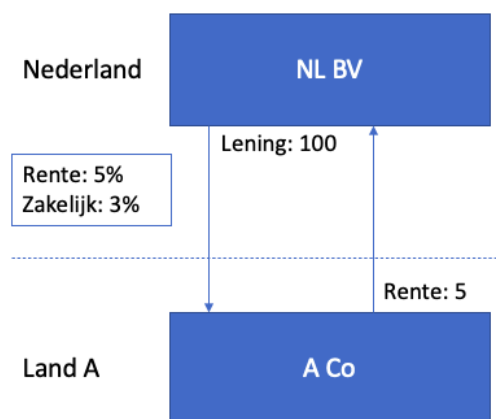
¹¹⁵ Zie paragraaf 2.4.3 voor een uitgebreide beschrijving van artikel 8bb Wet VPB 1969.

aandeelhouderschap, welke uit de totaalwinst geëlimineerd dient te worden.¹¹⁶ Aangezien dit een bevoordeling ‘omlaag’ betreft, is sprake van een informele kapitaalstorting ter hoogte van het verschil in rente van 3.¹¹⁷

Vanwege de fictieve rentelasten van 3, past de Nederlandse dochtermaatschappij een neerwaartse winstcorrectie toe van 3. Hier tegenover staat dat de moedermaatschappij fictieve rentebaten, oftewel een corresponderende opwaartse winstaanpassing, in de heffing zou moeten betrekken. Echter zal dit slechts aan de orde zijn indien het andere land een met artikel 8b Wet VPB 1969 vergelijkbare bepaling kent. Dit betekent dat indien sprake zou zijn van uitsluitend binnenlandse situatie, bij het gelieerde lichaam A Co fictieve rentebaten ter hoogte van 3 in de heffing zou worden betrokken. Dit betekent dat er geen verrekenprijsmismatch bestaat waardoor dubbele niet-heffing optreedt. Immers, tegenover de neerwaartse winstaanpassing door het in aanmerking nemen van hogere kosten, staat dat hogere baten in de heffing worden betrokken bij het gelieerde lichaam. Indien dit land het arm’s-lengthbeginsel niet of niet hetzelfde toepast als Nederland, kan de situatie zich voordoen dat de corresponderende winstcorrectie achterwege blijft. Deze situatie illustreert een mismatch ten gevolge van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, waardoor op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969 een neerwaartse winstaanpassing niet wordt toegestaan. Op deze wijze wordt een inbreuk gemaakt op de totaalwinstgedachte, door een bedrag van 3 aan zakelijke rentelasten niet in aftrek toe te laten bij de winstbepaling van de Nederlandse dochtermaatschappij. Het gevolg van de toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 is dat de secundaire transactie achterwege wordt gelaten waardoor niet langer sprake is van een informele kapitaalstorting.¹¹⁸ Het niet in aanmerking nemen van de hogere rentelasten ter hoogte van 3 ingevolge het zakelijkheidsbeginsel, leidt er derhalve toe dat niet langer sprake is van dubbele niet-heffing. Dit betekent dat de toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 in dergelijke situaties leidt tot de realisatie van de doelstelling tot voorkoming van dubbele niet-heffing.

3.2.3 Mismatches vanwege lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel (kostensfeer)

Verrekenprijsmismatches kunnen zich tevens voordoen in de kostensfeer wanneer de overeengekomen rente hoger is dan een zakelijke rente, zoals wordt geïllustreerd in de volgende situaties. Een Nederlandse moedermaatschappij verstrekt dezelfde lening van 100 tegen een te hoge overeengekomen rente van 5%, terwijl een zakelijke rente 3% zou bedragen. Toepassing van het zakelijkheidsbeginsel leidt tot een primaire aanpassing van de overeengekomen rentebetaling van 5 naar een zakelijk bedrag van 3. Vervolgens dient het verschil in rente van 2 ten gevolge van de secundaire transactie als verkapt dividend te worden verwerkt.¹¹⁹ Op grond van het zakelijkheidsbeginsel zou een bedrag van 3 aan zakelijke rentebaten in de heffing worden betrokken in plaats van de overeengekomen rentebaten ten bedrage van 5. Vanwege het in aanmerking nemen van lagere rentebaten op grond van het zakelijkheidsbeginsel, ontstaat mogelijk



¹¹⁶ J. Versluis, ‘Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’, *WFR* 2022/216, p. 1375.

¹¹⁷ In de omgekeerde situatie waarbij NL BV als moedervennootschap een lening tegen dezelfde voorwaarden zou ontvangen, betreft het een bevoordeling ‘omhoog’ en is sprake van een verkapte dividenduitdeling.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 23.

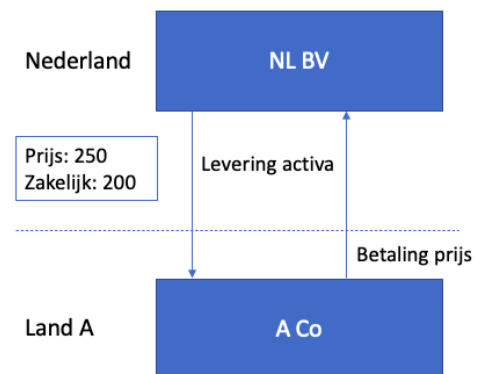
¹¹⁹ Het betreft een verkapte dividenduitdeling aangezien sprake is van een bevoordeling ‘omhoog’. In de omgekeerde situatie waarbij NL BV als dochtervennootschap een lening tegen dezelfde voorwaarden zou verstrekken aan A Co, betreft het een bevoordeling ‘omlaag’ en is derhalve sprake van een informele kapitaalstorting door A Co in NL BV.

een verrekenprijsverschil. Indien het een uitsluitend binnenlandse situatie betreft of een situatie met een land die het arm's-lengthbeginsel op dezelfde wijze toepast als Nederland, worden de corresponderende rentelasten bij A Co verlaagd naar een zakelijk niveau waardoor lagere rentelasten in aanmerking worden genomen. In deze gevallen is geen sprake van een verrekenprijsmismatch en kan NL BV een neerwaartse winstaanpassing in aanmerking nemen. Indien geen corresponderende winstaanpassing plaatsvindt in het andere land, wordt het in aanmerking nemen van de neerwaartse winstaanpassing in Nederland door de moedermaatschappij niet toegestaan. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt daarmee tot een inbreuk op het totaalwinstbeginsel door rentebaten ten bedrage van 5 in de grondslag van NL BV op te nemen.¹²⁰ Op deze wijze worden onzakelijke rentebaten ter hoogte van het verschil tussen de zakelijke en overeengekomen rentebaten, in aanmerking genomen waardoor niet langer sprake is van een verkapte winstuitdeling.¹²¹ Het niet in aanmerking nemen van de lagere rentebaten ter hoogte van 3 ingevolge het zakelijkheidsbeginsel, betekent dat niet langer sprake is van dubbele niet-heffing. Dit betekent dat de toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 in dergelijke situaties leidt tot de realisatie van de doelstelling tot voorkoming van dubbele niet-heffing.

3.2.4 Mismatches vanwege lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel (vermogenssfeer)

Ten slotte kunnen verrekenprijsmismatches zich voordoen bij de overdracht van vermogensbestanddelen.¹²² Dit is het geval wanneer een in Nederland gevestigd lichaam een vermogensbestanddeel overdraagt aan een gelieerd lichaam waarbij een hogere verrekenprijs overeen wordt gekomen dan een zakelijke prijs. NL BV dient als vervreemder in beginsel af te rekenen over de winst die is behaald met de overdracht van het activum, betreffende de boekwinst. Op grond van het zakelijkheidsbeginsel vindt een primaire aanpassing plaats door lagere verkoopbaten in aanmerking te nemen, wat (mogelijk) resulteert in een lagere boekwinst.¹²³

Vervolgens vindt een secundaire transactie plaats in de vorm van een verkapte dividenduitdeling of een informele kapitaalstorting¹²⁴ ter hoogte van het verschil in prijs van 50. Tegenover de lagere boekwinst staat dat A Co als verkrijger het activum teboekstelt tegen de overdrachtprijs van 250, wat de afschrijvingsbasis vormt. Echter, op grond van het zakelijkheidsbeginsel zou bij A Co ook een verrekenprijscorrectie moeten plaatsvinden naar de lagere zakelijke waarde van 200. Ter voorkoming van dubbele niet-heffing mag de in Nederland gevestigde overdrager op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969 enkel een neerwaartse winstaanpassing toepassen indien aannemelijk wordt gemaakt dat de fiscale teboekstelling bij het andere lichaam heeft plaatsgevonden tegen de lagere zakelijke verrekenprijs.¹²⁵ Door het niet in aanmerking nemen van de lagere verkoopbaten ter hoogte van 200 ingevolge het zakelijkheidsbeginsel, betekent dat niet langer sprake is van dubbele niet-heffing. De toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt derhalve in dergelijke situaties tot de realisatie van de doelstelling tot voorkoming van dubbele niet-heffing.



¹²⁰ J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216, p. 1376.

¹²¹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 24.

¹²² In paragraaf 2.4.4 en 2.4.5 is beschreven dat artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 ook zien op verrekenprijsmismatches binnen de vermogenssfeer. Echter zien deze bepalingen op omgekeerde situaties waar een belastingplichtige een vermogensbestanddeel verkrijgt in plaats van dat een vermogensbestanddeel wordt overgedragen vanuit Nederland.

¹²³ J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216, p. 1374.

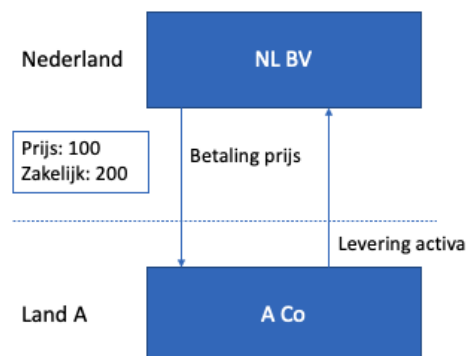
¹²⁴ Indien NL BV in deze situatie de dochtervennootschap zou zijn en sprake is van een bevoordeling 'omlaag'.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 25.

3.3 De doeltreffendheid van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969

3.3.1 Mismatches vanwege 'reguliere' verkrijgingen van vermogensbestanddelen

Naast het overdragen van vermogensbestanddelen kunnen verrekenprijsmismatches tevens optreden bij de verkrijging van vermogensbestanddelen. In het kader van voorkoming van dubbele niet-heffing kan artikel 8bc Wet VPB in werking treden bij 'reguliere' verkrijgingen van vermogensbestanddelen van gelieerde lichamen.¹²⁶ Hiervoor geldt dat ter zake van de overdracht van het vermogensbestanddeel, niet zijnde een schuld, een verrekenprijs is overeengekomen of opgelegd welke lager is dan een zakelijke prijs. Dit is aan de orde wanneer dochtervennootschap A Co een activum voor een prijs van 100 overdraagt aan moedervernootschap NL BV, terwijl de zakelijke waarde 200 betreft. In beginsel zou NL BV het activum activeren voor de betaalde prijs van 100. Echter, wegens toepassing van het zakelijkheidsbeginsel vindt een primaire aanpassing naar de zakelijke prijs plaats, welke opgevolgd wordt door een secundaire transactie. Dit betekent dat NL BV het activum vanwege het zakelijkheidsbeginsel kan activeren voor de zakelijke prijs van 200 en hierover mag afschrijven.¹²⁷ Indien het activum een levensduur heeft van 10 jaar, betekent dit dat een jaarlijkse afschrijving van 20 ten laste van de Nederlandse winst gebracht kan worden. Het verschil tussen de overeengekomen en de zakelijke prijs van 100 vormt voor NL BV een verkapte dividenduitdeling door A Co.¹²⁸ Dit leidt ertoe dat een *step up* plaatsvindt door middel van een verkapte dividenduitdeling van 100. Bij A Co wordt vervolgens een boekwinst op basis van de overeengekomen prijs in de heffing betrokken, zonder een opwaartse winstaanpassing toe te passen naar de zakelijke waarde. Ter voorkoming van dubbele niet-heffing mag NL BV op grond van artikel 8bc lid 1 Wet VPB 1969 voor de teboekstelling van het vermogensbestanddeel slechts de hogere zakelijke prijs van 200 in aanmerking nemen, voor zover aannemelijk wordt gemaakt dat bij A Co een opwaartse winstaanpassing plaatsvindt.¹²⁹ Indien dit niet het geval is, betekent dit dat de toepassing van artikel 8bc lid 1 Wet VPB 1969 ertoe leidt dat de *step up* van de lagere overeengekomen prijs naar de hogere zakelijke prijs wordt beperkt en derhalve geen secundaire transactie plaatsvindt.¹³⁰ In dit geval activeert NL BV het activum voor de lagere overeengekomen prijs, zodat over de levensduur van het activum slechts jaarlijkse afschrijvingskosten van 10 ten laste van de Nederlandse winst worden gebracht.¹³¹ Op deze wijze wordt voorkomen dat de verkrijging van een vermogensbestanddeel, niet zijnde een schuld, door toepassing van het zakelijkheidsbeginsel leidt tot dubbele niet-heffing.



¹²⁶ Met 'reguliere' verkrijgingen worden verkrijgingen anders dan verkrijgingen in de zin van artikel 8bd Wet VPB 1969 bedoeld.

¹²⁷ J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216, p. 1374.

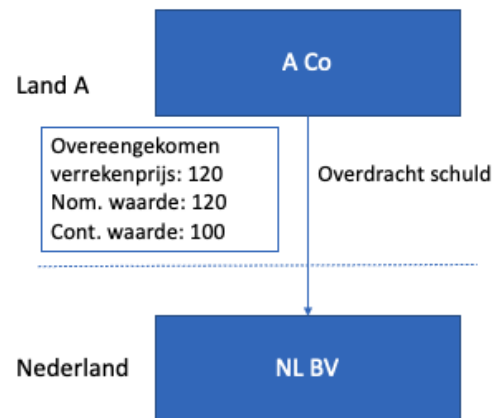
¹²⁸ Het betreft een verkapte dividenduitdeling aangezien sprake is van een bevoordeling 'omhoog'. In de omgekeerde situatie waarbij NL BV als dochtervennootschap een activum verkrijgt van moedervernootschap A Co tegen dezelfde voorwaarden, betreft het een bevoordeling 'omlaag' en is derhalve sprake van een informele kapitaalstorting door A Co in NL BV.

¹²⁹ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 8bc Wet VPB 1969, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 1 januari 2023).

¹³⁰ J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216, p. 1376.

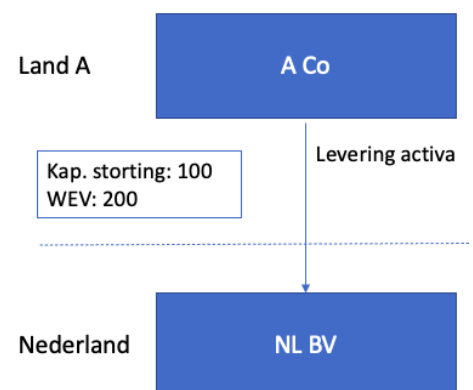
¹³¹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 36.

Naast de ‘reguliere’ verkrijging van een activum, kunnen verrekenprijsmismatches optreden bij de verkrijging van een schuld van een gelieerd lichaam tegen een hogere verrekenprijs dan de zakelijke verrekenprijs. Dit is het geval wanneer dochtervennootschap NL BV een schuld verkrijgt van moedervennootschap A Co met een nominale waarde van 120, waarvoor partijen een vergoeding overeenkomen van 120. Aangezien de contante waarde van deze schuld 100 bedraagt, zou een vergoeding van 100 in overeenstemming zijn met het zakelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat de overeengekomen verrekenprijs hoger is dan de zakelijke verrekenprijs. Aan het eind van de looptijd dient de nominale waarde van de schuld van 120 te worden terugbetaald. Op grond van het zakelijkheidsbeginsel kan de schuld te boek worden gesteld tegen de zakelijke waarde van 100, waardoor over de looptijd van de schuld jaarlijks een oprenting of opwaardering plaatsvindt totdat de nominale waarde is bereikt. Indien de looptijd van de schuld 10 jaar is, betekent dat jaarlijks een oprenting van 2 ten laste van de Nederlandse winst kan worden gebracht, resulterend in een totale oprenting van 20. Ter voorkoming van dubbele niet-heffing dient belastingplichtige NL BV op grond van artikel 8bc lid 2 Wet VPB 1969 de schuld te boek te stellen tegen de overeengekomen verrekenprijs van 120. Derhalve wordt voorkomen dat jaarlijks een oprenting of opwaardering ten laste van de Nederlandse winst kan worden gebracht door NL BV, zonder dat bij A Co het verschil van 20 in de heffing wordt betrokken.¹³² Dubbele niet-heffing wordt op deze manier tegengegaan.



3.3.2 Mismatches vanwege ‘besmette’ verkrijgingen van vermogensbestanddelen

In aanvulling op artikel 8bc Wet VPB 1969, valt de verkrijging van een vermogensbestanddeel door middel van een ‘besmette’ rechtshandeling in de zin van artikel 8bd Wet VPB 1969 onder de reikwijdte van de Wet TMTZ. De achterliggende reden hiertoe is dat wanneer ter zake van de overdracht van een vermogensbestanddeel geen verrekenprijs wordt overeengekomen of opgelegd, alsnog een verrekenprijsmismatch kan ontstaan. Hierbij kan gedacht worden aan de verkrijging van een activum door middel van een ‘besmette’ rechtshandeling, waarbij geldt dat de waarde in het economische verkeer van het vermogensbestanddeel hoger is dan de waarde die ter zake van deze rechtshandeling in aanmerking wordt genomen bij het gelieerde lichaam.¹³³ Dit geldt bijvoorbeeld bij een kapitaalstorting in natura waarbij een activum wordt overgedragen met een waarde in het economische verkeer van 200, terwijl ter zake van deze overdracht slechts de fiscale boekwaarde van 100 in aanmerking wordt genomen bij A Co.¹³⁴ Op basis van het zakelijkheidsbeginsel kan NL BV het activum activeren tegen de waarde in het economische verkeer, waardoor afschrijvingskosten ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag gebracht op basis van de deze hogere waarde.¹³⁵ Indien de levensduur van het activum 5 jaar is, betekent dit dat jaarlijks een bedrag van 40 ten laste van de Nederlandse winst wordt gebracht. Hier tegenover staat dat bij A Co ter zake van de rechtshandeling slechts 100 in de heffing wordt betrokken. Derhalve dient NL BV op grond van artikel 8bd lid 1 Wet VPB 1969 het activum te activeren voor een bedrag van 100, de waarde die bij A Co ter zake van de rechtshandeling in de heffing wordt betrokken. Dit leidt ertoe dat jaarlijks ten hoogste



¹³² Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 37-38.

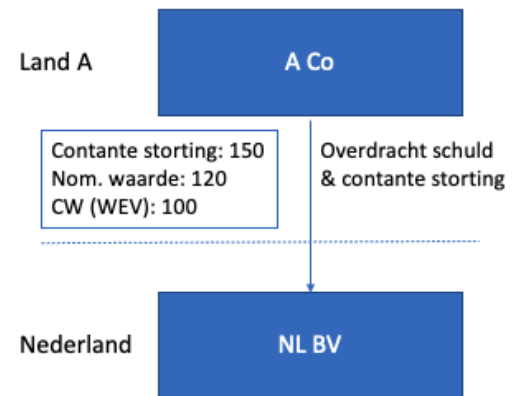
¹³³ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 8bd Wet VPB 1969, aant. 1.4 (online, bijgewerkt 1 januari 2023).

¹³⁴ J. Versluis, ‘Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’, *WFR* 2022/216, p. 1376.

¹³⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 42.

een bedrag van 20 aan afschrijvingskosten in aanmerking genomen kan worden door NL BV.¹³⁶ Het achterwege blijven van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel leidt ertoe dat de secundaire transactie, in casu een informele kapitaalstorting van 100¹³⁷, niet in aanmerking genomen wordt.¹³⁸ De teboekstelling van het activum door NL BV tegen de lagere waarde die bij A Co in de heffing wordt betrokken, zorgt ervoor dat NL BV jaarlijks een lager bedrag aan afschrijvingskosten ten laste van de Nederlandse grondslag kan brengen, waardoor dubbele niet-heffing wordt voorkomen.

Bij een verkrijging van een schuld door middel van een ‘besmette’ rechtshandeling, waarbij de waarde in het economische verkeer lager is dan de fiscale boekwaarde van de schuld bij het gelieerde lichaam, kan eveneens een verrekenprijsmismatch zich voordoen. Bijvoorbeeld indien een formele kapitaalstorting wordt gedaan door A Co, welke bestaat uit een contante storting van 150 en de verkrijging van een schuld met een nominale waarde van 120. De formele kapitaalstorting is ter hoogte van een bedrag van 30, aangezien een constante storting van 150 plaatsvindt waarbij een schuld met een nominale waarde van 120 wordt overgedragen. Deze schuld heeft echter een contante waarde van 100. Dit betekent dat de waarde in het economische verkeer van de schuld 100 betreft en de ter zake van de kapitaalstorting bepaalde waarde van de schuld (fiscale boekwaarde) bij het gelieerde lichaam 120 is. Op basis van artikel 8bd lid 2 Wet VPB 1969 dient NL BV de schuld te boek te stellen tegen de waarde in het economische verkeer van de schuld (100), verhoogd met het verschil tussen de ter zake van de besmette rechtshandeling bepaalde waarde en de waarde in het economisch verkeer (120 – 100= 20). NL BV stelt de verkregen schuld te boek tegen 120, hetgeen overeenkomt met de ter zake van de kapitaalstorting bepaalde waarde van de schuld bij A Co. Hiermee wordt voorkomen dat een oprenting of opwaardering van 20, betreffende het verschil tussen de nominale (120) en contante waarde (100) van de schuld, over de looptijd van de schuld ten laste van de Nederlandse winst kan worden gebracht.¹³⁹ Gegeven de hogere ter zake van de kapitaalstorting bepaalde waarde van de schuld bij A Co, betekent dit dat op deze wijze dubbele niet-heffing wordt voorkomen.



3.4 Potentiële knelpunten van de Wet TMTZ

3.4.1 Inleiding

Cruciaal voor toepassing van de bepalingen van de Wet TMTZ betreft of een opwaartse winstaanpassing in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam. Indien dit niet het geval is, blijft de verzakelijking van transacties op grond van het zakelijkheidsbeginsel achterwege, in het kader van het tegengaan van verrekenprijsmismatches. Het afwijken van de verzakelijking van transacties op grond van het zakelijkheidsbeginsel vormt daarmee een inbreuk op het totaalwinstbeginsel. Deze

¹³⁶ Een omgekeerde situatie is denkbaar waarbij NL BV als moedervernootschap een activum verkrijgt van dochtervennootschap A Co en ter zake van deze rechtshandeling een lager bedrag in de heffing wordt betrokken bij A Co dan de waarde in het economische verkeer, wat op grond van het zakelijkheidsbeginsel zou leiden tot een verkapte winstuitdeling. Toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969 leidt dan tot eenzelfde uitkomst. NL BV dient het activum te activeren tegen de waarde die ter zake van de rechtshandeling bij A Co in de heffing wordt betrokken, welke NL BV aannemelijk dient te maken.

¹³⁷ Het betreft een informele kapitaalstorting aangezien sprake is van een bevoordeling ‘omlaag’. In de omgekeerde situatie waarbij NL BV als moedervernootschap een activum verkrijgt van dochtervennootschap A Co tegen dezelfde voorwaarden, betreft het een bevoordeling ‘omhoog’ en is derhalve sprake van een verkapte dividenduitdeling door A Co aan NL BV.

¹³⁸ J. Versluis, ‘Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’, *WFR* 2022/216, p. 1376.

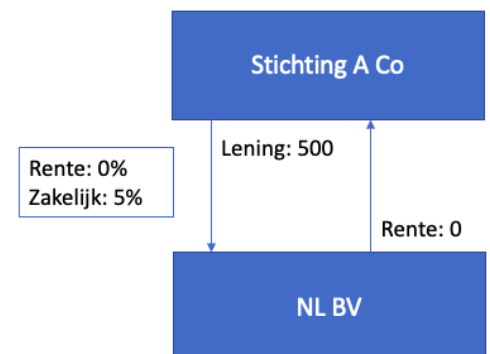
¹³⁹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 43-44.

inbreuk wordt gerechtvaardigd in het kader van voorkoming van dubbele niet-heffing vanwege potentiële verrekenprijsverschillen. Uit paragraaf 3.2 en 3.3 is gebleken dat de bepalingen van de Wet TMTZ bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling tot voorkoming van dubbele niet-heffing. Echter, naast de beschreven situaties met belastingplichtige lichamen zijn situaties denkbaar met beperkt belastingplichtigen zoals stichtingen, verenigingen of publiekrechtelijke rechtspersonen, of subjectief vrijgestelde lichamen zoals pensioenfondsen, zorg- of onderwijsinstanties. Voor de beperkt belastingplichtigen geldt ingevolge de Wet VPB 1969 dat uitsluitend belastingplicht bestaat voor zover een onderneming wordt gedreven. Indien geen onderneming wordt gedreven door een beperkt belastingplichtig lichaam of sprake is van een subjectief vrijgesteld lichaam, betekent dit dat er geen belastingplicht bestaat. Dit betekent dat kwalificerende verrekenprijsverschillen bij transacties tussen een belastingplichtige en een niet-belastingplichtig gelieerd lichaam, direct leiden tot toepassing van de Wet TMTZ. Immers, een corresponderende opwaartse winstaanpassing kan niet bij het gelieerde lichaam in een naar de winst geheven belasting kan worden betrokken. Transacties met lichamen welke niet belastingplichtig zijn vanwege een subjectieve vrijstelling of beperkte belastingplicht, vallen daarmee onder de reikwijdte van de Wet TMTZ, ongeacht het motief van de aangegane rechtsverhouding. Daarnaast vallen aangegane transacties met lichamen welke gevestigd zijn in een staat waar geen winstbelasting bestaat, tevens onder de reikwijdte van de Wet TMTZ. In tegenstelling tot situaties tussen belastingplichtige lichamen waarbij toepassing van de Wet TMTZ met name speelt in grensoverschrijdende situaties¹⁴⁰, is de Wet TMTZ in situaties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen, tevens van toepassing in binnenlandse situaties. Naast situaties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen, kent de Wet TMTZ andere potentiële knelpunten zoals het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid, het effectieve tarief waartegen de betrekking in de heffing bij het gelieerde lichaam plaatsvindt en de verhouding tot de deelnemingsvrijstelling. In de volgende deelparagrafen worden deze knelpunten nader toegelicht.

3.4.2 Subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen en de Wet TMTZ

3.4.2.1 Artikel 8bb Wet VPB 1969

In het kader van beperkt belastingplichtigen geven Stevens en Hegeman als voorbeeld dat het regelmatig voorkomt in de non-profitsector dat de aandelen in een dochtervennootschap worden gehouden door een stichting.¹⁴¹ Wanneer deze stichting een renteloze lening zou verstrekken aan NL BV en de stichting geen onderneming drijft, betekent dit dat op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969 wordt afgeweken van het Zweedse grootmoederarrest en geen fictieve rente in aftrek mag worden gebracht door NL BV. Immers, de NL BV wenst in deze situatie een neerwaartse winstaanpassing toe te passen door het in aanmerking nemen van hogere rentelasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel. Echter, door NL BV kan niet aannemelijk worden gemaakt dat een corresponderende opwaartse winstaanpassing wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting op het niveau van Stichting A Co.¹⁴² Daarmee wordt het in aanmerking nemen van een neerwaartse winstaanpassing afhankelijk gesteld van de vraag of een corresponderende winstaanpassing in de heffing wordt betrokken. Dit betekent dat de fictieve rentelasten niet in aanmerking genomen mogen worden door NL BV, aangezien geen rentebaten bij de stichting in de heffing worden betrokken. Op deze wijze wordt dubbele niet-heffing voorkomen.



¹⁴⁰ Zie paragraaf 3.2 en 3.3.

¹⁴¹ I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, 'Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022', *TvOB* 2022-3, p. 89.

¹⁴² Zie paragraaf 3.2.2.

Wanneer partijen in de hiervoor beschreven situatie overeenkomen dat de renteloze lening wordt aangepast naar een zakelijke rente, leidt dit tot andere resultaten. Aangezien niet langer sprake is van een neerwaartse winstaanpassing door het in aanmerking nemen van hogere rentelasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel, is de vraag of een corresponderende opwaartse winstaanpassing al dan niet in de heffing wordt betrokken niet langer relevant. Dit leidt ertoe dat de rentelasten niet in aftrek beperkt kunnen worden, terwijl de rentebaten onbelast zijn vanwege de beperkte belastingplicht van de stichting. Verzakelijking van de overeengekomen rente kan er dus toe leiden dat de bepaling van artikel 8bb Wet VPB 1969 wordt ontgaan, vanwege het ontbreken van een neerwaartse winstaanpassing op grond van het zakelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat in dergelijke situaties sprake blijft van een aftrekmogelijkheid, zonder betrekking in de heffing bij de gelieerde partij. Dit leidt tot dubbele niet-heffing, hetgeen juist beoogd wordt tegen te gaan. Oftewel, bij verzakelijking van de overeengekomen rente tussen partijen blijven de rentelasten aftrekbaar terwijl verzakelijking op grond van het zakelijkheidsbeginsel ertoe zou leiden dat rentelasten niet in aanmerking worden genomen. Hoewel zakelijke betalingen in beginsel fiscaal aftrekbaar behoren te zijn, wordt op deze wijze de aftrekbaarheid van de rentelasten in Nederland afhankelijk gesteld van de zakelijkheid van de gehanteerde verrekenprijzen, ongeacht of de corresponderende rentebaten in het andere land in de heffing worden betrokken. Echter komt deze dubbele niet-heffing voort uit het feit dat sprake is van een subjectieve vrijstelling, waarbij gezien de achterliggende reden van subjectieve vrijstellingen het element van belastingontwijking ontbreekt. Immers, een subjectieve vrijstelling geldt bijvoorbeeld voor lichamen welke op enige wijze een algemeen maatschappelijk belang dienen of voor lichamen met slechts kleinschalige ondernemingsactiviteiten, welke niet opwegen tegen de administratieve lasten en uitvoeringskosten waarmee de heffing van vennootschapsbelasting gepaard gaat.¹⁴³ Dubbele niet-heffing als gevolg van transacties met subjectief vrijgestelde lichamen is derhalve minder bezwaarlijk, vanwege het ontbreken van het element van belastingontwijking.

3.4.2.2 *Artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969*

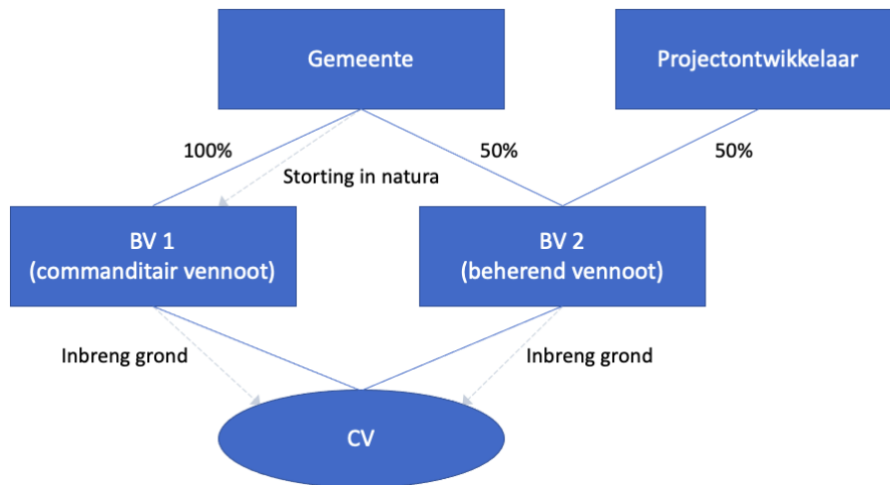
Alvorens verkregen vermogensbestanddelen van gelieerde lichamen te boek gesteld mogen worden tegen de zakelijke waarde of de waarde in het economische verkeer, dient ingevolge artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 aannemelijk gemaakt te worden dat deze waarde bij het gelieerde lichaam in de heffing is betrokken. In lijn met artikel 8bb Wet VPB 1969 kan dit mogelijk leiden tot problemen in situaties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen. Artikel 8bc Wet VPB 1969 is slechts van toepassing in het geval van een verkrijging van een vermogensbestanddeel waarbij de overeengekomen verrekenprijs afwijkt van een zakelijke verrekenprijs. Artikel 8bc Wet VPB 1969 vindt derhalve geen toepassing indien de overeengekomen verrekenprijs overeenkomt met een zakelijke waarde. Ongeacht of belastingheffing heeft plaatsgevonden bij het overdragende lichaam ter zake van de overdracht van het vermogensbestanddeel, betekent dit dat onzakelijk handelen vereist wordt voor het van toepassing zijn van artikel 8bc Wet VPB 1969.¹⁴⁴ Indien geen sprake is van onzakelijk handelen, blijft de mogelijkheid bestaan om af te schrijven over de waarde in het economische verkeer, ongeacht of heffing heeft plaatsgevonden bij het gelieerde overdragende lichaam. In lijn met artikel 8bb Wet VPB 1969, betekent dit dat wanneer een zakelijke prijs wordt gehanteerd in situaties met beperkt belastingplichtige of subjectief vrijgestelde lichamen, alsnog een aftrekmogelijkheid bestaat zonder dat een corresponderende heffing plaatsvindt. Op deze wijze kan de bepaling van artikel 8bc Wet VPB 1969 relatief eenvoudig worden ontgaan en blijft sprake van dubbele niet-heffing. Echter, de Wet TMTZ ziet op het voorkomen van dubbele niet-heffing in het kader van de voorkoming van belastingontwijking met behulp van verrekenprijsverschillen. Gezien het feit dat het element van belastingontwijking ontbreekt bij dubbele niet-heffing als gevolg van transacties met subjectief vrijgestelde lichamen, is deze vorm van dubbele niet-heffing niet bezwaarlijk voor de Wet TMTZ.¹⁴⁵

¹⁴³ *Kamerstukken II 2011/12*, 33006, nr. 6, p. 12.

¹⁴⁴ I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, 'Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022', *TvOB* 2022-3, p. 90.

¹⁴⁵ Zie in dit kader paragraaf 3.4.2.1.

Anders dan artikel 8bc Wet VPB 1969, maakt artikel 8bd Wet VPB 1969 geen onderscheid tussen zakelijke en onzakelijke transacties. Immers, alle ‘besmette’ rechtshandelingen in de zin van artikel 8bd Wet VPB 1969 vallen onder de reikwijdte van het artikel, ook al zijn deze onderdeel van een zakelijke transactie. Volgens De Ruiter betekent dit dat artikel 8bd Wet VPB 1969 in binnenlandse situaties voornamelijk aan de orde zal zijn bij situaties waarin geen sprake van misbruik is, zoals bij kapitaalstortingen door een niet-belastingplichtig lichaam.¹⁴⁶ Aan de hand van een voorbeeld wordt geconcludeerd door de auteur dat dit een ongerijmde uitkomst is aangezien het totaalwinstbeginsel in dergelijke situaties geheel achterwege wordt gelaten. Een gemeente wil op leegstaande grond welke een fiscale boekwaarde van nihil heeft, woningen realiseren in samenwerking met een projectontwikkelaar. De grondexploitatie wordt gevoerd in een commanditaire vennootschap (hierna: CV), waarbij de gemeente via een dochtervennootschap waarin het alle aandelen houdt (hierna: BV 1), als commanditair vennoot participeert. Daarnaast zijn de gemeente en de projectontwikkelaar beide aandeelhouder van de vennootschap (hierna: BV 2) die als behorend vennoot participeert in de CV. Zowel de gemeente als de projectontwikkelaar brengen in het kader van dit project grond in de CV in. De gemeente doet dit door de grond in natura te storten op de aandelen in BV 1, vervolgens brengt BV 1 de grond als commanditair kapitaal in de CV in. De totale nominale waarde van de uit te geven aandelen komt overeen met de waarde in het economische verkeer van de grond die in BV 1 wordt ingebracht.



Zonder toepassing van de Wet TMTZ leidt de inbreng van de grond door de gemeente in BV 1 tot een teboekstelling van de grond bij BV 1 tegen de waarde in het economische verkeer. Daarnaast resulteert de inbreng niet in heffing bij de gemeente aangezien de leegstaande grond niet behoort tot het fiscale ondernemingsvermogen van de gemeente. Toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969 daarentegen leidt ertoe dat de ingebrachte grond bij BV 1 te boek gesteld wordt tegen nihil aangezien door BV 1 niet aannemelijk kan worden gemaakt dat een waarde ter zake van de overdracht wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting. De Ruiter is derhalve van mening dat er geen enkele aanleiding is artikel 8bd Wet VPB 1969 toe te passen en een inbreuk te maken op het totaalwinstbeginsel in dergelijke situaties.¹⁴⁷ Immers, indien de gemeente de grond voor een zakelijke prijs aan BV 1 zou hebben verkocht, dan zou de grond voor deze zakelijke prijs worden geactiveerd door BV 1, ongeacht of de gemeente als verkopend lichaam ten aanzien van de verkoop van de grond in de heffing wordt betrokken. Daarnaast leidt het toepassen van artikel 8bd Wet VPB 1969 ertoe dat er feitelijk een heffing plaatsvindt bij de verkrijger BV 1 over de waardeaanwinst, terwijl deze heeft plaatsgevonden bij de inbrenger (gemeente). Dit betekent dat er een heffingsrecht ontstaat over

¹⁴⁶ G.J.W. de Ruiter, 'Artikel 8bd en niet aan vpb onderworpen Nederlandse lichamen: overkill in een mijnenveld?', *NLF Opinie* 2021/29, p. 2.

¹⁴⁷ G.J.W. de Ruiter, 'Artikel 8bd en niet aan vpb onderworpen Nederlandse lichamen: overkill in een mijnenveld?', *NLF Opinie* 2021/29, p. 3.

voordelen welke ingevolge de subjectieve vrijstelling van de gemeente vrijgesteld behoren te zijn.¹⁴⁸ Dit staats haaks op het totaalwinstbeginsel, waar BV 1 uitsluitend zou moeten worden belast voor de totaal behaalde winst gedurende de gehele levensduur van BV 1. Bovendien hebben partijen in een dergelijke situatie niet de mogelijkheid de transactie te verzakelijken aangezien uit de wetssystematiek volgt dat er reeds sprake is van een zakelijke transactie. Bij de inbreng van de grond naar aanleiding van een storting in natura is de totale waarde van de uit te geven aandelen namelijk gelijk aan de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte grond. Indien een feitelijke kapitaalstorting in natura niet zou resulteren in belastbare winst wanneer deze kapitaalstorting bij de inbrengende partij wordt aangemerkt als een onttrekking of een overdracht tegen de waarde in het economische verkeer, zou artikel 8bd Wet VPB 1969 geen toepassing moeten vinden.¹⁴⁹

In aanvulling hierop beschrijft Coebergh dat artikel 8bd Wet VPB 1969 bij een strikte lezing van de wettekst zelfs kan leiden tot het in de heffing betrekken van voordelen, welke het gelieerde lichaam niet eens heeft genoten.¹⁵⁰ Hiertoe beschrijft de auteur het voorbeeld waar een subjectief vrijgesteld lichaam een vermogensbestanddeel koopt van een derde voor een bedrag van € 100.000. Na een aantal jaar wordt dit vermogensbestanddeel als informeel kapitaal gestort in een belastingplichtig lichaam, waarbij op dat moment een waarde in het economisch verkeer geldt van € 120.000. Toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969 zou leiden tot een teboekstelling van het vermogensbestanddeel van nihil, waardoor potentieel € 120.000 in de vennootschapsbelasting wordt betrokken.¹⁵¹ Naast de waardeangroei van het vermogensbestanddeel van € 20.000 welke ingevolge de subjectieve vrijstelling onbelast zou moeten zijn, wordt de waarde van € 100.000 bij het belastingplichtige lichaam in de heffing betrokken vanwege de informele kapitaalstorting. Dit illustreert dat de toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969 met name in binnenlandse situaties zeer onredelijk kan uitpakken, waardoor de wettekst in dergelijke situatie aan zijn doel voorbyschiet.

Op 24 januari 2023 is een door de staatssecretaris genomen besluit gepubliceerd ter zake van de onduidelijkheid over de reikwijdte van artikel 8bd Wet VPB 1969.¹⁵² In dit besluit is aangegeven dat de fiscale waardering op een waarde van nihil bij de verkrijging van een vermogensbestanddeel van een subjectief vrijgesteld lichaam, gezien de doel en strekking van de Wet TMTZ niet passend wordt geacht. Indien een dergelijke verkrijging zich voordoet, blijft de toepassing van artikel 8bd lid 1 Wet VPB 1969 achterwege indien zowel in de civielrechtelijke vormgeving van de besmette rechtshandeling, als in de jaarrekening van de belastingplichtige en de overdrager, de waarde in het economische verkeer wordt gehanteerd voor de besmette rechtshandeling.¹⁵³ In deze situaties leidt de verkrijging van een vermogensbestanddeel door middel van een kapitaalstorting, winstuitdeling, teruggaaf van gestort kapitaal, liquidatie-uitkering of een daarmee vergelijkbare rechtshandeling, derhalve niet tot toepassing van artikel 8bd lid 1 Wet VPB 1969.¹⁵⁴ Dit leidt ertoe dat indien voldaan wordt aan de gestelde voorwaarden, het verkregen vermogensbestanddeel niet te boek gesteld wordt tegen een fiscale waardering van nihil. Het besluit is van overeenkomstige toepassing op verkrijgingen van vermogensbestanddelen van een lichaam dat gevestigd is in een staat zonder winstbelasting.

¹⁴⁸ B.F.M. Coebergh, 'De werking van art. 8bd Wet Vpb 1969 in binnenlandse situaties; dringende aanpassing van de wet gewenst!', *NtFR* 2022/3584, p. 3.

¹⁴⁹ G.J.W. de Ruiter, 'Artikel 8bd en niet aan vpb onderworpen Nederlandse lichamen: overkill in een mijnenveld?', *NLF Opinie* 2021/29, p. 4.

¹⁵⁰ B.F.M. Coebergh, 'De werking van art. 8bd Wet Vpb 1969 in binnenlandse situaties; dringende aanpassing van de wet gewenst!', *NtFR* 2022/3584, p. 3.

¹⁵¹ B.F.M. Coebergh, 'De werking van art. 8bd Wet Vpb 1969 in binnenlandse situaties; dringende aanpassing van de wet gewenst!', *NtFR* 2022/3584, p. 4.

¹⁵² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2023, nr. 2022-322315 (Stcrt. 2023, 2621).

¹⁵³ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2023, nr. 2022-322315 (Stcrt. 2023, 2621), p. 1.

¹⁵⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2023, nr. 2022-322315 (Stcrt. 2023, 2621), p. 2.

3.4.3 Het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid

De consequentie van het toepassen van de Wet TMTZ is dat wordt afgeweken van het zakelijkheidsbeginsel en dat de gehanteerde verrekenprijzen niet worden verzakelijkt. Het is opmerkelijk dat het zakelijkheidsbeginsel ter zijde wordt geschoven in het kader van de voorkoming van verrekenprijsmismatches terwijl het zakelijkheidsbeginsel de gehanteerde prijzen corrigeert naar een zakelijk niveau. Hiertoe beargumenteert de redactie van Vakstudie Nieuws dat de mogelijke knelpunten van neerwaartse winstaanpassingen niet worden veroorzaakt door toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, maar door een onjuiste toepassing van het arm's-lengthbeginsel door andere landen.¹⁵⁵ Zeker wanneer bedacht wordt dat toepassing van de Wet TMTZ vele situaties treft waarbij geen sprake is van misbruik, lijkt dit onevenredig. Immers, niet alle transacties die onder de reikwijdte van de Wet TMTZ vallen, zijn per definitie gericht op belastingontwijking. Een zakelijke betaling, ongeacht of deze wordt betaald aan een lichaam dat niet een andere winstbelasting is onderworpen, valt niet onder de reikwijdte van artikel 8bb Wet VPB 1969 en is op grond van het zakelijkheidsbeginsel aftrekbaar. Daarentegen, een onzakelijke betaling welke op grond van het zakelijkheidsbeginsel zou worden verzakelijkt, valt wel onder de reikwijdte van artikel 8bb Wet VPB 1969 waardoor de aftrekbaarheid van deze betaling afhankelijk wordt gesteld van de onderworpenheid van het andere lichaam.¹⁵⁶ Dit leidt onder meer ertoe dat de Nederlandse winstbepaling binnen de Wet VPB 1969 steeds meer afhankelijk wordt van de belastingheffing in andere landen.

De Ruiter beschrijft dat er geen enkele ratio bestaat voor het maken van een inbreuk op het totaalwinstbeginsel indien ter zake van een feitelijke betaling op zakelijke voorwaarden, geen belastingheffing is verschuldigd bij het ontvangende gelieerde lichaam.¹⁵⁷ Immers, in de situatie waar zowel de belastingplichtige en het gelieerde lichaam in Nederland zijn gevestigd, is ter zake van de 'artikel 8bb'-transactie geen fiscaal motief aanwezig. Het niet betalen van een zakelijke vergoeding ziet in een dergelijke situatie op een in de aandeelhouderssfeer gelegen motief, zoals het behouden van de liquiditeit van de dochtervennootschap. Volgens Nolten en De Ruiter zou het uitgangspunt bij toepassing van de Wet TMTZ moeten zijn dat de maatregelen slechts zien op misbruiksituaties, waardoor de situaties die niet berusten op misbruik niet worden geraakt door de We TMTZ.¹⁵⁸ Toepassing van de Wet TMTZ zou ertoe moeten leiden dat het verschil tussen zakelijke transacties en verzakelijkte transacties wordt geëlimineerd. Nolten en De Ruiter beschouwen het opnemen van een tegenbewijsmogelijkheid als mogelijke oplossing hiervoor, waarbij geldt dat de Wet TMTZ geen toepassing vindt indien aannemelijk wordt gemaakt dat aan de transactie andere dan fiscale motieven ten grondslag liggen.¹⁵⁹ In lijn met Nolten en De Ruiter, ben ik van mening dat het afwijken van het totaalwinstbeginsel, wat een fundamentele inbreuk op de traditionele Nederlandse winstbepaling vormt, enkel gerechtvaardigd is in misbruiksituaties. Rechtshandelingen die uitsluitend worden gedreven door fiscale motieven welke leiden tot verrekenprijsmismatches, zouden slechts geraakt moeten worden door de Wet TMTZ. Situaties waarvan aannemelijk gemaakt kan worden dat geen fiscaal motief ten grondslag ligt aan de transactie, zouden derhalve niet onder de reikwijdte van de Wet TMTZ moeten vallen.

¹⁵⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Antwoorden staatssecretaris op feitelijke vragen Tweede Kamer', V-N 2018/33.2, aantekening V-N vraag 8.

¹⁵⁶ G.J.W. de Ruiter, 'Artikel 8bd en niet aan vpb onderworpen Nederlandse lichamen: overkill in een mijnenveld?', *NLF Opinie* 2021/29, p. 1-2.

¹⁵⁷ G.J.W. de Ruiter, 'Artikel 8bd en niet aan vpb onderworpen Nederlandse lichamen: overkill in een mijnenveld?', *NLF Opinie* 2021/29, p. 4-5.

¹⁵⁸ Reactie Deloitte Belastingadviseurs B.V. bij consultatie van het wetsvoorstel verrekenprijsverschillen, p. 1 (Nolten & De Ruiter), <https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijsverschillen/reactie/166056/bestand>.

¹⁵⁹ Reactie Deloitte Belastingadviseurs B.V. bij consultatie van het wetsvoorstel verrekenprijsverschillen, p. 3 (Nolten & De Ruiter), <https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijsverschillen/reactie/166056/bestand>.

3.4.4 *Objectieve vrijstellingen, verliesverrekeningsmogelijkheden en andersoortige aanspraken*

Het effectieve tarief waartegen een opwaartse winstaanpassing in de heffing wordt betrokken, is niet relevant in het kader van de Wet TMTZ. Tariefmismatches vallen immers niet onder de reikwijdte van de Wet TMTZ. Uit de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) blijkt dat Nederland het standpunt inneemt dat internationale belastingontwijking als gevolg van tariefmismatches, het meest effectief kan worden bestreden door internationale afspraken op het niveau van de OESO en de Europese Unie (hierna: EU).¹⁶⁰ Wanneer een corresponderende opwaartse winstaanpassing wordt betrokken in een winstbelasting, maar tegen een effectief laag of nihil tarief vanwege vrijstellingen, verliesverrekeningsmogelijkheden of andersoortige aanspraken, leidt dit derhalve niet tot toepassing van de Wet TMTZ.¹⁶¹ Naar mijn mening impliceert dit dat bewust mogelijkheden tot belastingontwijking worden geaccepteerd, terwijl de beoogde doelstelling van de Wet TMTZ gebaseerd is op het tegengaan van dubbele niet-heffing als gevolg van internationale belastingontwijking. Hoewel dubbele niet-heffing wordt voorkomen, is de Wet TMTZ naar mijn mening derhalve slechts beperkt effectief bij het tegengaan van internationale belastingontwijking aangezien de Wet TMTZ slechts ziet op verrekenprijsmismatches. Immers bestaan nog steeds belastingontwijkingmogelijkheden vanwege tariefmismatches. Een mogelijke oplossing hiervoor zou kunnen zijn dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat sprake is van een compenserende heffing bij het gelieerde lichaam, in plaats van dat slechts aannemelijk gemaakt dient te worden dat sprake is van betrekking in een naar de winst geheven belasting. Hierbij kan aangesloten worden bij de definitie van een compenserende heffing zoals artikel 10a Wet VPB 1969 deze kent, zodat de corresponderende heffing bij het gelieerde lichaam geschiedt tegen een effectieve belastingdruk van een nader te bepalen tarief zoals 10%.

3.4.5 *Deelnemingsvrijstelling en de Wet TMTZ*

Indien sprake is van een kwalificerende deelneming¹⁶², kan toepassing van de Wet TMTZ van invloed zijn op de deelnemingsvrijstelling¹⁶³. Indien op grond van het zakelijkheidsbeginsel sprake is van een herkwalificatie naar verkapt dividend, is op dit gedeelte verkapt dividend de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Verkapt dividend wordt immers beschouwd als een voordeel uit hoofde van een deelneming. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt tot het niet langer in aanmerking nemen van secundaire transacties zoals herkwalificatie tot verkapt dividend of een informele kapitaalstorting. In situaties van herkwalificatie naar verkapt dividend, leidt de toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 ertoe dat de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing is aangezien niet langer sprake is van verkapt dividend.¹⁶⁴ Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 in situaties waar op grond van het zakelijkheidsbeginsel sprake is van een informele kapitaalstorting, ziet daarentegen niet op de deelnemingsvrijstelling maar verlaagt het opgeofferde bedrag.¹⁶⁵

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 13.*

¹⁶¹ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 28.*

¹⁶² Ingevolge artikel 13 lid 2 Wet VPB 1969 is sprake van een deelneming wanneer de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal is verdeeld in aandelen.

¹⁶³ Op grond van artikel 13 lid 1 Wet VPB 1969 blijven voordelen uit hoofde van een deelneming bij de winstbepaling buiten aanmerking.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 2021/22, 35933, nr. 3, p. 24.*

¹⁶⁵ Informeel kapitaal is onderdeel van het opgeofferde bedrag van een deelneming, wat bij liquidatie van de deelneming ertoe kan leiden dat het liquidatieverlies lager uitvalt. Het liquidatieverlies van een deelneming is in tegenstelling tot andere negatieve voordelen welke onder de deelnemingsvrijstelling vallen, aftrekbaar.

Toepassing van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 kan ook leiden tot het niet in aanmerking nemen van verkapt dividend, waardoor het verkregen vermogensbestanddeel te boek wordt gesteld tegen een lagere waarde. Uit de voorbeelden van paragraaf 3.4.2.2 is gebleken dat toepassing van artikel 8bc of 8bd kan leiden tot het in de heffing betrekken van de onbelaste waardeaan groei welke heeft plaatsgevonden in de bezitsperiode van het gelieerde lichaam van wie het activum wordt verkregen. Immers, vanwege de lagere boekwaarde op grond van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 leidt toekomstige vervreemding van het vermogensbestanddeel tot een hogere boekwinst welke in de heffing wordt betrokken. Indien het activum een kwalificerende deelneming betreft, leidt dit tot de vraag of de ontstane boekwinst vanwege toepassing van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 een voordeel vormt welke vrijgesteld is op grond van de deelnemingsvrijstelling. Op grond van de causaliteitseis concludeert Versluis dat het verdedigbaar is dat deze boekwinst kwalificeert als een voordeel uit hoofde van een deelneming.¹⁶⁶ Immers, de boekwinst als gevolg van de ficties in artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 ontstaat naar aanleiding van de vervreemding van de aandelen in de deelneming. Indien de aandelen niet vervreemd zouden worden, zou de boekwinst niet gerealiseerd worden. Dit betekent dat de bron van inkomen slechts kan worden toegerekend aan de vervreemding van de aandelen in de deelneming, waardoor het voordeel wordt genoten in de kwaliteit als aandeelhouder.¹⁶⁷ Dit zou betekenen dat ondanks de teboekstellingsbepalingen van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969, welke beogen onbelaste vermogenswinsten te belasten, mogelijk alsnog dubbele niet-heffing kan optreden. Immers, bij vervreemding van de aandelen (welke kwalificeren als deelneming) vallen de vervreemdingsvoordelen mogelijk onder de deelnemingsvrijstelling. Echter, in de parlementaire geschiedenis wordt hiertoe geen toelichting gegeven over de samenloop van de deelnemingsvrijstelling met de artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969.

Gezien de doelstelling van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969, had de potentiële dubbele niet-heffing als gevolg van de samenloop met de deelnemingsvrijstelling voorkomen kunnen worden. Immers, deze bepalingen beogen dubbele niet-heffing te voorkomen door regels met betrekking tot de fiscale waardering van verkregen vermogensbestanddelen op te leggen. Door deze teboekstellingsbepalingen wordt voorkomen dat jaarlijks hogere afschrijvingen op grond van het zakelijkheidsbeginsel ten laste van de winst gebracht kunnen worden. Een afschrijvingsbeperking voor verkregen vermogensbestanddelen zou derhalve hetzelfde effect hebben, waardoor dubbele niet-heffing kan worden voorkomen. Bovendien blijft de fiscale waardering van het verkregen vermogensbestanddeel ongewijzigd, waardoor een onbelaste waardeaan groei niet in de heffing wordt betrokken ingeval van een toekomstige vervreemding.¹⁶⁸ Een afschrijvingsbeperking zou een minder grote inbreuk vormen voor de systematiek van de Wet VPB 1969 aangezien de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel en de hieruit volgende secundaire transacties niet achterwege gelaten zouden worden. Enkel de hoogte van de jaarlijkse afschrijvingen welke ten laste van de Nederlandse fiscale winst gebracht kunnen worden zou hierdoor beïnvloed worden. Bovendien zou een afschrijvingsbeperking geen twijfel doen ontstaan over de samenloop met de deelnemingsvrijstelling, aangezien de fiscale waardering van het verkregen vermogensbestanddeel ongewijzigd blijft waardoor geen waardesprong plaatsvindt.¹⁶⁹

¹⁶⁶ J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216, p. 1377.

¹⁶⁷ Hetgeen van doorslaggevend belang is voor de causaliteitseis.

¹⁶⁸ Zie paragraaf 3.4.2.2.

¹⁶⁹ J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216, p. 1381.

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is beschreven of de bepalingen van de Wet TMTZ voldoen aan de kwaliteitseis doeltreffendheid en hoe potentiële knelpunten kunnen worden weggenomen, waartoe de volgende deelvraag behoort:

“Voldoet de Wet TMTZ aan de in de nota Zicht op wetgeving beschreven kwaliteitseis doeltreffendheid en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten worden weggenomen?”

Artikel 8bb Wet VPB 1969 ziet op verrekenprijsmismatches vanwege neerwaartse winstaanpassingen op grond van het zakelijkheidsbeginsel, welke zich kunnen voordoen in de kosten- en vermogenssfeer door ofwel hogere lasten of lagere baten. Aangezien een corresponderende opwaartse aanpassing van de winst niet in de heffing wordt betrokken bij het gelieerde lichaam, betekent dat het niet in aanmerking nemen van neerwaartse winstaanpassing op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt tot voorkoming van dubbele niet-heffing. Naast het vervreemden kunnen verrekenprijsmismatches tevens ontstaan bij de verkrijging van vermogensbestanddelen (waaronder schulden) vanwege een onzakelijke prijs, waarop artikel 8bc VPB 1969 ziet. Wanneer er geen verrekenprijs wordt overeengekomen, maar een vermogensbestanddeel wordt verkregen door middel van een ‘besmette’ rechtshandeling, valt deze onder de toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969. Toepassing van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 leidt ertoe dat potentiële dubbele niet-heffing bij de verkrijging van een vermogensbestanddeel wordt tegengegaan.

Ten aanzien van de Wet TMTZ bestaan enkele knelpunten. Dit geldt met name voor de transacties met beperkt belastingplichtige of subjectief vrijgestelde lichamen, welke onder de reikwijdte van de Wet TMTZ vallen. Immers, deze transacties worden per definitie geraakt door de bepalingen van de Wet TMTZ vanwege het criterium van betrekking in de heffing bij het gelieerde lichaam. In relatie tot artikel 8bb en 8bc Wet VPB 1969 betekent dit dat wanneer de transacties worden verzakelijkt door partijen, deze bepalingen ontgaan kunnen worden. Hierdoor kan een aftrekmogelijkheid ontstaan zonder dat rentebaten in de heffing worden betrokken het subjectief vrijgestelde lichaam, waardoor sprake is van dubbele niet-heffing. Echter, gezien het ontbreken van een belastingontwijkingselement is deze dubbele niet-heffing voor de Wet TMTZ minder van belang. Toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969 daarentegen, als flankerende maatregel van artikel 8bc Wet VPB 1969 kan leiden tot ongerijmde uitkomsten. Zo kan toepassing van artikel 8bd Wet VPB 1969 leiden tot het in de heffing betrekken van de onbelaste waardeaan groei van vermogensbestanddelen in de bezitsperiode van subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen en andere niet-genoten voordelen. Hiertoe heeft de staatssecretaris besloten dat onder voorwaarden de bepaling van artikel 8bd lid 1 Wet VPB 1969 in dergelijke situaties achterwege blijft waardoor geen sprake is van een fiscale waardering van nihil. Hetzelfde geldt voor verkregen vermogensbestanddelen van lichamen welke in de staat van vestiging niet zijn onderworpen aan een winstbelasting.

Daarnaast leidt het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid ertoe dat naast misbruksituaties, alsmede niet-misbruksituaties worden geraakt door de bepalingen van de Wet TMTZ. Dit leidt er onder meer toe dat de belastingheffing in Nederland steeds meer afhankelijk wordt van de belastingheffing in andere landen. Verder is het effectieve tarief waartegen de betrekking in een naar de winst geheven belasting bij het gelieerde lichaam plaatsvindt, niet relevant. Aangezien tariefmismatches niet van belang zijn voor de Wet TMTZ, blijven belastingontwijkingsmogelijkheden bestaan. Een compenserende heffing zoals artikel 10a Wet VPB 1969 zou mogelijk een oplossing hiertoe kunnen zijn. Bovendien kan toepassing van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 vanwege de lagere teboekstelling leiden tot hogere boekwinsten bij vervreemding van vermogensbestanddelen in de toekomst. Indien dit aandelen in een kwalificerende deelneming betreffen, ontstaat de vraag of deze vervreemdingsvoordelen zijn vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Vanwege de mogelijke samenloop met de deelnemingsvrijstelling en de systematiek van de Wet VPB 1969, zou voor de artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969 een afschrijvingsbeperking meer passend zijn.

Hoofdstuk 4 – De Wet TMTZ in relatie tot het EU-recht

4.1 Introductie

De Wet TMTZ ziet op verrekenprijsverschillen, welke met name aan de orde zijn in grensoverschrijdende situaties. Wanneer de Wet TMTZ uitsluitend van toepassing zou zijn in grensoverschrijdende situaties, is dit niet verenigbaar met het EU-recht. Derhalve heeft de wetgever ervoor gekozen de Wet TMTZ ook van toepassing te laten zijn in binnenlandse situaties. Formeel gezien geldt dan dat gelijke gevallen niet anders worden behandeld en dus geen sprake is van discriminatie, waardoor dit in beginsel niet in strijd is met het EU-recht.¹⁷⁰ Echter, naar aanleiding van ter consultatie aangeboden wetsvoorstel van de Wet TMTZ hebben verschillende belanghebbenden opheldering gevraagd over de verenigbaarheid met het EU-recht. De verenigbaarheid met het EU-recht werd aan de orde gesteld door deze partijen aangezien de Wet TMTZ de facto uitsluitend in grensoverschrijdende situaties van toepassing zou zijn. Immers, in binnenlandse situaties zullen verrekenprijsmismatches niet aan de orde zijn aangezien in binnenlandse situaties (vrijwel) altijd wordt voldaan aan het vereiste van betrekking in een naar de winst geheven belasting, tenzij sprake is van de in het derde hoofdstuk besproken situaties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen.¹⁷¹ Dit zou betekenen dat de Wet TMTZ de facto uitsluitend ziet op grensoverschrijdende situaties, waardoor gelijke gevallen niet gelijk worden behandeld en de Wet TMTZ niet verenigbaar is met het EU-recht.

Als sprake is van een ongunstigere behandeling van grensoverschrijdende situaties kan dit potentieel worden gerechtvaardigd. Echter wordt in de MvT beschreven dat niet wordt toegekomen aan de rechtvaardigingsgronden, aangezien geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties in het licht van het doel van de regeling.¹⁷² Hiertoe wordt beschreven dat in het licht van de doelstelling van de Wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing, de situatie in het buitenland van het ontbreken van een corresponderende opwaartse winstaanpassing niet vergelijkbaar is met de situatie waar dit wel aan de orde is. Met verwijzing naar het arrest Schempp¹⁷³ wordt aangegeven dat het ontbreken van een corresponderende heffing in een andere lidstaat niet ertoe leidt dat sprake is van vergelijkbare gevallen, waardoor binnenlandse en grensoverschrijdende situaties verschillend behandeld mogen worden.¹⁷⁴

In reactie op de stelling dat op grond van het arrest Schempp in dergelijke situaties geen sprake is van vergelijkbare gevallen, geven belanghebbenden zoals de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) aan dat uit de arresten Eurowings Luftverkehrs AG (hierna: Eurowings)¹⁷⁵ en Société d'Investissement pour l'Agriculture Tropicale SA (hierna: SIAT)¹⁷⁶ mogelijk het tegendeel kan worden opgemaakt.¹⁷⁷ Indien dit het geval is, betekent dat sprake is van vergelijkbare gevallen welke verschillend worden behandeld. Dit betekent dat de Wet TMTZ mogelijk niet verenigbaar is met EU-recht, tenzij sprake is van een geldende rechtvaardigingsgrond. Derhalve wordt in dit hoofdstuk getoetst of de Wet TMTZ verenigbaar is met het EU-recht:

“Is de Wet TMTZ verenigbaar met het EU-recht en welke aanbevelingen kunnen hiertoe gedaan worden indien dit niet het geval is?”

¹⁷⁰ J.N. Bouwman, ‘Bezuinigingsopties in de vennootschapsbelasting’, *NtFR* 2020/2911, p. 2.

¹⁷¹ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021, p. 19.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 17-18.

¹⁷³ HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (*Schempp*).

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 18.

¹⁷⁵ HvJ EG 26 oktober 1999, nr. C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (*Eurowings*).

¹⁷⁶ HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*).

¹⁷⁷ NOB-commentaar ter zake van het Wetsvoorstel tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 1 oktober 2021, p. 8.

4.2 Het EU-recht en obstakels voor het functioneren van een interne markt

Het EU-recht bestaat uit het primaire en het secundaire EU-recht. Het primaire EU-recht betreft wetgeving die rechtstreeks is ontstaan vanuit de lidstaten en betreft formeel gezien voor de EU de hoogste vorm van recht. Het primaire recht bestaat uit het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU), het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU-handvest).¹⁷⁸ Het VEU dient als ware als een soort grondwet voor de EU waarin onder meer de doelstelling van de EU beschreven staat, het ontstaan van een interne markt, een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen en een economische en monetaire unie met de euro als munteenheid.¹⁷⁹ Het VwEU is een algemene EU-wet waarin onder meer de vrije verkeersbepalingen en staatssteunbepalingen worden beschreven.¹⁸⁰ Tot de EU-verkeersvrijheden behoren het vrije verkeer van goederen¹⁸¹, het vrije verkeer van diensten¹⁸², het vrije verkeer van personen¹⁸³ en het vrije verkeer van kapitaal¹⁸⁴. Het secundaire EU-recht betreft wet- en regelgeving ter implementatie van het VEU en het VwEU en wordt door de EU opgelegd. Ter uitvoering van de bevoegdheden van de EU, worden verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen door de EU vastgesteld.¹⁸⁵ Deze vormen van regelgeving worden opgelegd door de EU in het kader van de realisatie van de doelstelling van de EU, het realiseren van een interne markt. Het proces van het bereiken van een interne markt door middel van wet- en regelgeving wordt positieve integratie genoemd. Naast positieve integratie wordt door middel van negatieve integratie beoogd een interne markt te realiseren. Negatieve integratie betreft integratie door middel van de uitleg van algemene EU-bepalingen, voornamelijk het beginsel van het verbod op discriminatie en het staatssteunverbod.¹⁸⁶

Ten aanzien van het functioneren van een interne markt binnen de EU kunnen obstakels aanwezig zijn, bestaande uit discriminatie, belemmeringen, dispariteiten en dislocaties. Discriminatie en belemmeringen zijn obstakels welke volgen uit de nationale wetgeving van een lidstaat, waardoor direct of indirect een onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en vergelijkbare grensoverschrijdende situaties (discriminatie) of waardoor de verkeersvrijheden belemmerd worden (belemmeringen). Bij grensoverschrijdende economische activiteiten binnen de EU kunnen discriminatie en belemmeringen ongedaan worden gemaakt met behulp van negatieve integratie. Op grond van de verkeersvrijheden kunnen deze obstakels verboden worden verklaard indien deze obstakels ongerechtvaardigd zijn of niet proportioneel zijn. Dispariteiten daarentegen zijn obstakels voor het vrije verkeer in de EU die ontstaan door verschillen in nationale wetgeving van verschillende lidstaten. Vanwege een verschil in nationale wetgeving van lidstaten kunnen grensoverschrijdende situaties nadeliger uitpakken dan binnenlandse situaties. Echter, dispariteiten vallen in beginsel buiten de reikwijdte van de verkeersvrijheden en zijn derhalve niet in strijd met het EU-recht.¹⁸⁷ Ten slotte kunnen obstakels voor de interne markt ontstaan vanwege dislocaties. Dislocaties ontstaan als gevolg van toegepaste heffingsbeginselen als aanknopingspunt voor belastingheffing door verschillende

¹⁷⁸ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 11.

¹⁷⁹ Artikel 3 VEU.

¹⁸⁰ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 12.

¹⁸¹ Artikel 28 VwEU.

¹⁸² Artikel 56 VwEU.

¹⁸³ Vrijheid van werknemers (natuurlijke personen): artikel 45 VwEU & vrijheid van vestiging (rechtspersonen): artikel 49 VwEU.

¹⁸⁴ Artikel 63 VwEU.

¹⁸⁵ Artikel 288 VwEU.

¹⁸⁶ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 12.

¹⁸⁷ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 55.

landen. Voorbeelden van heffingsbeginselen voor belastingheffing zijn het woonplaats-, bronstaat-, nationaliteit en territorialiteitsbeginsel. Wanneer in verschillende lidstaten inwoners of staatsburgers worden belast voor het wereldinkomen en niet-inwoners of niet-staatsburgers voor het broninkomen, kan dit tot dubbele belastingheffing op buitenlands inkomen leiden. De dubbele belastingheffing op buitenlands inkomen ontstaat vanwege grensoverschrijdende activiteiten, waarbij door de lidstaten geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties (discriminatie) en geen sprake is van een dispariteit aangezien beide lidstaten hetzelfde heffingsbeginsel toepassen. Aangezien het nadeel voor grensoverschrijdende situaties niet voorkomt in een vergelijkbare binnenlandse situatie en geen van beide lidstaten het mogelijke nadeel veroorzaakt, zijn deze dislocaties niet in strijd met EU-recht.¹⁸⁸

4.3 De Wet TMTZ in EU-rechtelijk perspectief

4.3.1 Inleiding

Nationale regelingen worden vanuit EU-rechtelijk perspectief beoordeeld in het licht van de doelstelling van de regeling. Ten eerste wordt bepaald of sprake is van een nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties en derhalve sprake is van een belemmering in EU-rechtelijk opzicht. Vervolgens wordt beoordeeld of de binnenlandse en grensoverschrijdende situaties objectief vergelijkbaar zijn. Ten slotte wordt getoetst of mogelijke belemmeringen van de verkeersvrijheden al dan niet worden gerechtvaardigd door rechtvaardigingsgronden, welke proportioneel en noodzakelijk dienen te zijn in het licht van de doelstelling van de bepaling.¹⁸⁹

4.3.2 Nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties

Alvorens toe te komen aan een EU-rechtelijke beoordeling, dient in kaart te worden gebracht in welke gevallen de toepassing van de bepaling leidt tot een hogere belastingdruk voor grensoverschrijdende situaties ten opzichte van binnenlandse situaties. Hierbij is van belang dat het daadwerkelijk grensoverschrijdende situaties betreft alvorens toegang te krijgen tot het EU-recht. Immers, een zuiver binnenlandse situatie geeft geen toegang tot het VwEU waardoor geen beroep kan worden gedaan op het EU-recht. Voor de Wet TMTZ betekent dit dat voor de afzonderlijke bepalingen bepaald dient te worden in hoeverre deze bepalingen kunnen leiden tot een hogere belastingdruk voor grensoverschrijdende situaties ten opzichte van binnenlandse situaties.

Ten aanzien van artikel 8bb Wet VPB 1969 geldt dat deze bepaling in puur binnenlandse situaties in beginsel geen toepassing vindt. In beginsel, aangezien artikel 8bb Wet VPB 1969 in puur binnenlandse situaties van toepassing is op transacties met niet-belastingplichtige lichamen.¹⁹⁰ Voor het vervolg van de EU-rechtelijke beoordeling van de Wet TMTZ wordt derhalve verondersteld dat geen sprake is van transacties met niet-belastingplichtige lichamen. Immers, het feit dat dergelijke transacties leiden tot toepassing van de Wet TMTZ, doet niets af aan de situatie dat de Wet TMTZ met name van toepassing is in grensoverschrijdende situaties. Bovendien geldt vanuit EU-rechtelijk perspectief dat transacties met niet-belastingplichtige lichamen niet objectief vergelijkbaar¹⁹¹ zijn met transacties met lichamen die belastingplichtig zijn ingevolge de Wet VPB 1969. De consequentie dat transacties met niet-belastingplichtige lichamen onder de reikwijdte van de Wet TMTZ vallen is derhalve niet van invloed op een EU-rechtelijke beoordeling van de Wet TMTZ.¹⁹² Aangezien de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel op dezelfde wijze geschiedt bij het gelieerde lichaam in puur binnenlandse

¹⁸⁸ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 56-57.

¹⁸⁹ F.M. van der Zeijden & S.P. van Mierlo, 'Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel', *MBB* 2019/8, p. 2.

¹⁹⁰ Zie hoofdstuk 3.

¹⁹¹ Hetgeen vereist is voor een EU-rechtelijke beoordeling, zie paragraaf 4.3.3.

¹⁹² C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 219.

situaties, is geen sprake van een verrekenprijsverschil. Een identieke situatie waarbij het gelieerde lichaam is gevestigd in een land dat het zakelijkheidsbeginsel niet of niet op dezelfde wijze als Nederland toepast, leidt daarentegen tot toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969. Vanwege het ontbreken van een corresponderende opwaartse winstaanpassing, kunnen neerwaartse winstaanpassingen op grond van het zakelijkheidsbeginsel niet in aanmerking worden genomen in Nederland. Dit betekent dat in een identieke grensoverschrijdende situatie een hogere belastingdruk ontstaat ten opzichte van een binnenlandse situatie, vanwege het niet in aanmerking mogen nemen van hogere lasten of lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt derhalve tot een verschil in behandeling voor gelijke gevallen, waarbij geldt dat een grensoverschrijdende transactie mogelijk nadeliger uitpakt voor de belastingplichtige.

Ter zake van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 geldt dat deze bepalingen eveneens met name van toepassing zijn in grensoverschrijdende situaties waarbij het zakelijkheidsbeginsel niet of niet op dezelfde wijze als Nederland wordt toegepast. In een puur binnenlandse situatie zal op grond van het zakelijkheidsbeginsel geen sprake zijn van een verrekenprijsmismatch aangezien tegenover de teboekstelling van een vermogensbestanddeel tegen de zakelijke waarde (artikel 8bc Wet VPB 1969) of waarde in het economische verkeer (artikel 8bd Wet VPB 1969), staat dat bij het gelieerde lichaam dezelfde waarde ter zake van de overdracht van het activum in de heffing wordt betrokken. Dit zorgt ervoor dat een identieke grensoverschrijdende situatie leidt tot een hogere belastingdruk ten opzichte van een binnenlandse situatie, vanwege de teboekstellingsregels van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969. Immers, toepassing van deze bepalingen leidt ertoe dat hogere jaarlijkse afschrijvingskosten of een jaarlijkse oprenting van een schuld op grond van het zakelijkheidsbeginsel, niet ten laste van de winst gebracht mogen worden.

Concluderend, de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ kunnen tot een nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties leiden ten opzichte van binnenlandse situaties. Bij een verschil in behandeling kan vanuit EU-rechtelijk perspectief sprake zijn van een belemmering van de verkeersvrijheden. In het geval van de Wet TMTZ wordt getoetst of deze in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging.¹⁹³ Immers, de bepalingen van de Wet TMTZ raken met name grensoverschrijdende situaties, aangezien in nationale situaties vrijwel altijd wordt voldaan aan de corresponderende winstaanpassing.¹⁹⁴ Bovendien is de NOB van mening dat de werking van de Wet TMTZ niet beperkt is tot situaties met vennootschappen waartussen een relatie van beslissende invloed bestaat.¹⁹⁵ Dit zou betekenen dat ook sprake zou kunnen zijn van een belemmering van de vrijheid van kapitaal.¹⁹⁶ Om te kunnen concluderen dat het daadwerkelijk een belemmering van de vrijheid van vestiging betreft, dient sprake te zijn van objectief vergelijkbare gevallen. Dit betekent dat de binnenlandse situatie objectief vergelijkbaar dient te zijn aan de grensoverschrijdende situatie.

4.3.3 Objectief vergelijkbare situaties

4.3.3.1 Inleiding objectief vergelijkbare situaties

Indien sprake is van een belemmering van een verkeersvrijheid, betekent dit niet direct dat dit een verboden belemmering betreft. Immers, indien de binnenlandse en de grensoverschrijdende situatie niet objectief vergelijkbaar zijn, is een verschil in behandeling niet verboden. Daarnaast kunnen belemmeringen van verkeersvrijheden worden gerechtvaardigd door rechtvaardigingsgronden.¹⁹⁷

¹⁹³ Artikel 49 VwEU.

¹⁹⁴ C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 218-219.

¹⁹⁵ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021, p. 22.

¹⁹⁶ Voor het vervolg zal slechts worden uitgegaan van een belemmering van de vrijheid van vestiging.

¹⁹⁷ Zie paragraaf 4.3.4.

Het verschil in behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, komt voort uit het criterium dat een corresponderende opwaartse winstaanpassing wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting. Ter beoordeling vanuit EU-rechtelijk perspectief dienen de situaties waarbij een corresponderende opwaartse winstaanpassing *niet* wordt betrokken in een winstbelasting, vergelijkbaar te zijn met situaties waar deze *wel* worden betrokken in een winstbelasting. In een reactie op de internetconsultatie van de Wet TMTZ benoemde de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB hiertoe drie relevante arresten, de arresten Schempp, Eurowings en SIAT. Hiertoe wordt beschreven dat het standpunt dat geen sprake is van vergelijkbaarheid mogelijk kan worden beargumenteerd op basis van het arrest Schempp. Echter wordt hierbij de kanttekening geplaatst dat dit standpunt verder weinig steun vindt in andere rechtspraak van het HvJ en uit de arresten Eurowings en SIAT mogelijk het tegendeel kan worden opgemaakt.¹⁹⁸ Naar aanleiding van enkele reacties van verschillende belanghebbenden, beargumenteerde de staatssecretaris op grond van het Schempp-arrest dat het ontbreken van een corresponderende heffing in een andere lidstaat, niet vergelijkbaar is met de situatie dat er wel een corresponderende heffing plaatsvindt. Dit standpunt wordt onderbouwd met de maatregelen betreffende hybride mismatches in de Wet VPB 1969. Op grond van de EU-richtlijn zijn lidstaten namelijk verplicht de voordelen uit de hybride mismatches ongedaan te maken, zonder dat wordt voorzien in een tegenbewijsregeling.¹⁹⁹ Hierbij wordt uitgegaan van het principe dat bij situaties waar dubbele niet-heffing wordt veroorzaakt door hybride mismatches, geen sprake is van vergelijkbare gevallen.²⁰⁰ Immers, dubbele niet-heffing is per definitie een gevolg van dispariteiten²⁰¹ tussen twee verschillende rechtsstelsels.²⁰² In een reactie van de NOB op de conclusies omtrent de objectieve vergelijkbaarheid in de MvT wordt beschreven dat voorbij wordt gegaan aan de arresten Eurowings en SIAT. Hiertoe wordt beargumenteerd dat aan de lijn van de door de HvJ gewezen arresten niet een zodanige zekerheid kan worden ontleend dat de motivering in de MvT volstaat vanuit EU-rechtelijk perspectief. Bovendien wordt in de MvT in het geheel voorbij gegaan aan de mogelijk van toepassing zijnde rechtvaardigingsgronden die eventuele verboden belemmeringen rechtvaardigen.²⁰³ Ter beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de Wet TMTZ, worden de in dit kader relevante arresten in de volgende deelparagrafen besproken.

4.3.3.2 *Het arrest Schempp (Hof van Justitie, 12 juli 2005, C-403/03)*

In het arrest Schempp was sprake van een dispariteit vanwege alimentatiebetalingen door een Duitse inwoner aan zijn naar Oostenrijk geëmigreerde ex-echtgenote. Onder het Duitse belastingstelsel waren alimentatiebetalingen aftrekbaar indien deze bij de partner worden belast, terwijl in Oostenrijk alimentatiebetalingen niet belastbaar waren. Dit leidde ertoe dat vanwege de emigratie van zijn ex-echtgenote de alimentatiebetalingen niet aftrekbaar waren, terwijl deze aftrekbaar zouden zijn indien het een binnenlandse situatie betrof. Deze grensoverschrijdende situatie pakte dus voor de belanghebbende nadeliger uit dan een vergelijkbare binnenlandse situatie, waardoor sprake is van een ongelijke behandeling.²⁰⁴ Echter, lidstaten kunnen niet gedwongen worden rekening te houden in

¹⁹⁸ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021, p. 19.

¹⁹⁹ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PbEU 2016, L193).

²⁰⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35933, nr. 3, p. 18.

²⁰¹ Zie paragraaf 4.2.

²⁰² C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 219.

²⁰³ NOB-commentaar ter zake van het Wetsvoorstel tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 1 oktober 2021, p. 8.

²⁰⁴ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 55.

hun belastingstelsel met mogelijke belastingnadelen vanwege dispariteiten.²⁰⁵ Het HvJ oordeelde dat de nationale situatie niet objectief vergelijkbaar is met de grensoverschrijdende situatie, waardoor de Duitse regeling, waarbij de aftrekbaarheid afhankelijk werd gesteld van de belastbaarheid, niet wordt beschouwd als verboden belemmering. Dit arrest kan derhalve beschouwd worden als een bevestiging dat dispariteiten, buiten de reikwijdte van de verkeersvrijheden vallen. Daarentegen, in de arresten Eurowings, SIAT en Lexel AB (hierna: Lexel)²⁰⁶ stond het HvJ niet toe dat op grond van nationale bepalingen de aftrekbaarheid van kosten afhankelijk werd gesteld van een compenserende heffing in de andere lidstaat.²⁰⁷ Geconcludeerd kan worden dat de Wet TMTZ ziet op dispariteiten en daarnaast wordt gekenmerkt door bepalingen die de aftrekbaarheid van zakelijke kosten afhankelijk stelt van een corresponderende heffing in de andere staat. Derhalve dienen de arresten Eurowings, SIAT en Lexel naar mijn mening in ogenschouw te worden genomen.

4.3.3.3 *Het arrest Eurowings (Hof van Justitie, 26 oktober 1999, C-294/97)*

In geschil was een leasecontract voor vliegtuigen tussen een Duitse luchtvaartmaatschappij en een onafhankelijke vennootschap die vliegtuigen verhuurd gevestigd in Ierland, dat een relatief laag belastingtarief kent.²⁰⁸ Daardoor was sprake van een ongunstige behandeling voor het leasen van vliegtuigen vanuit het buitenland ten opzichte van het binnenlands leasen, wat in strijd is met vrij verkeer van diensten. Hiertoe werd door het hof geoordeeld dat een lidstaat de aftrekbaarheid van een zakelijke betaling niet afhankelijk mag stellen van de vraag of deze betaling bij de ontvanger wordt betrokken in een winstbelasting. Hierbij geldt dat een betaling die bij de ontvanger niet is onderworpen aan een winstbelasting, objectief vergelijkbaar is met een binnenlandse betaling die bij de ontvanger wel is onderworpen aan een winstbelasting. Dit leidt ertoe dat een verschil in behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties enkel geoorloofd is indien hiertoe een rechtvaardigingsgrond bestaat. Dit was in het onderhavige arrest niet het geval.²⁰⁹

4.3.3.4 *Het arrest SIAT (Hof van Justitie, 5 juli 2012, C-318/10)*

In het onderhavige arrest werd in lijn met het Eurowings-arrest bepaald door het Hof dat de aftrek van een zakelijke betaling voor diensten, niet afhankelijk wordt gesteld van de betrekking van de betaling in een winstbelasting bij de ontvanger. Daarnaast is geoordeeld dat een betaling die bij de ontvanger niet is onderworpen aan een winstbelasting, objectief vergelijkbaar is met een binnenlandse betaling welke is onderworpen aan een winstbelasting bij de ontvanger. Voor het verschil in behandeling werden de rechtvaardigingsgronden van misbruikbestrijding, doeltreffendheid van fiscale controles en het fiscale territorialiteitsbeginsel aangevoerd.²¹⁰ Hiertoe werd geoordeeld door het Hof een verschil in behandeling van grensoverschrijdende situaties vanuit het oogpunt van misbruikbestrijding, enkel gerechtvaardigd is indien een 'begin van bewijs' van belastingfraude of -ontwijking wordt verschaft. Hierbij geldt dat het enkele feit dat een betaling bij de ontvanger niet onderworpen is aan een winstbelasting is, niet voldoende bewijs vormt dat sprake is van belastingfraude of -ontwijking.²¹¹

²⁰⁵ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoelichting nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 321.

²⁰⁶ HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*).

²⁰⁷ C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 219.

²⁰⁸ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoelichting nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 343.

²⁰⁹ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021, p. 19.

²¹⁰ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoelichting nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 349.

²¹¹ HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*), r.o. 55.

4.3.3.5 *Het arrest Lexel (Hof van Justitie, 20 januari 2021, C-484/19)*

In casu vond een interne acquisitie plaats door het Zweedse Lexel AB, door aandelen te kopen van een Spaanse groepsmaatschappij in een andere Belgische groepsmaatschappij, gefinancierd door een rentedragende groepsschuld afkomstig van een Franse groepsmaatschappij. Lexel claimde renteaftrek in Zweden op de rente-uitgaven, welke werden geweigerd door de Zweedse fiscus. De reden hiertoe betrof een Zweedse renteaftrekbeperking, op basis waarvan rente-uitgaven op groepsschulden slechts aftrekbaar zijn als de corresponderende rente-inkomsten tegen een tarief van ten minste 10% worden belast. Dit betekent dat de renteaftrek in Zweden op grond van een nationale bepaling de afhankelijk werd gesteld van een compenserende heffing in een andere lidstaat. Met deze bepaling werd beoogd uitholling van de Zweedse belastinggrondslag door renteaftrek in grensoverschrijdende situaties als gevolg van fiscale planning, tegen te gaan. Enkel wanneer de groepsschuld hoofdzakelijk is aangegaan vanuit commerciële overwegingen en niet vanuit fiscale overwegingen, zijn de rentebetalingen in grensoverschrijdende situaties aftrekbaar. Echter, ten aanzien van rentebetalingen tussen Zweedse vennootschappen waartussen een recht op fiscale aftrek van groepsbijdragen bestaat, geldt geen renteaftrekbeperking. Aangezien voor de grensoverschrijdende situaties een renteaftrekbeperking van toepassing is en voor de binnenlandse situaties niet, werd het weigeren van de renteaftrek op de groepsschuld door het HvJ in strijd geoordeeld met de vrijheid van vestiging.²¹² Immers verschilt de situatie waarin rente wordt betaald over een groepsschuld aan een groepsmaatschappij in een andere lidstaat, niet van situatie waarin deze rente wordt betaald aan een groepsmaatschappij in dezelfde lidstaat, waardoor de situaties objectief vergelijkbaar zijn.²¹³

4.3.3.6 *Objectief vergelijkbare situaties bij de Wet TMTZ*

Ten aanzien van de Wet TMTZ wordt op grond van het Schempp-arrest in de MvT beargumenteerd dat het ontbreken van een corresponderende heffing in een andere lidstaat niet vergelijkbaar is met de situatie dat er wel een corresponderende heffing plaatsvindt, in het binnen- of buitenland.²¹⁴ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB heeft hierbij de kanttekening geplaatst dat dit standpunt verder weinig steun vindt in andere rechtspraak van het HvJ.²¹⁵ Daarnaast wordt hierbij voorbij gegaan aan de arresten Eurowings en SIAT, waaruit zelfs mogelijk het tegendeel kan worden opgemaakt. In overeenstemming met de NOB ben ik van mening dat de enkele conclusie dat ten aanzien van de Wet TMTZ geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties uitsluitend op basis van het arrest Schempp, niet toereikend is. Ondanks in het arrest Schempp sprake is van een dispariteit, hetgeen feitelijk ook aan de orde is bij de verrekenprijsmismatches, dienen de arresten Eurowings en SIAT naar mijn mening eveneens in ogenschouw te worden genomen. Daarnaast leidt het arrest Lexel tevens tot een andere uitkomst. Overeenkomstig deze arresten leidt toepassing van de nationale bepalingen van de Wet TMTZ ertoe dat de aftrek van zakelijke kosten afhankelijk wordt gesteld van de heffing in een andere staat. Bovendien ziet het arrest Schempp op de aftrek van alimentatiebetalingen, terwijl de arresten Eurowings, SIAT en Lexel zien op de aftrek van zakelijke betalingen in de winstbelasting sfeer. Aangezien in de arresten Eurowings, SIAT en Lexel sprake is van objectief vergelijkbare situaties, kan in generieke zin worden uitgegaan van hetzelfde uitgangspunt ten aanzien van de Wet TMTZ, namelijk dat sprake is van objectief vergelijkbare situaties. Vanwege het verschil in behandeling zou dit betekenen dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging.²¹⁶ Daarentegen hoeft een dergelijke belemmering van de verkeersvrijheden niet per definitie te betekenen dat sprake is van een verboden belemmering vanuit EU-rechtelijk perspectief. Een belemmering in EU-rechtelijk perspectief kan immers worden gerechtvaardigd op grond van een kwalificerende rechtvaardigingsgrond.

²¹² M.J. van Hulten, 'Lexel AB: marktconformiteit, kunstmatigheid en economische integratie', *WFR* 2021/201, p. 1439-1440.

²¹³ HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), r.o. 44.

²¹⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 18.

²¹⁵ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021, p. 19.

²¹⁶ Zie paragraaf 4.3.2.

4.3.4 *Rechtvaardigingsgronden*

4.3.4.1 *Inleiding rechtvaardigingsgronden*

Een ongelijke behandeling van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van objectief vergelijkbare situaties is vanuit EU-rechtelijk perspectief enkel gerechtvaardigd indien hiertoe een kwalificerende rechtvaardigingsgrondslag bestaat. Deze rechtvaardigingsgronden dienen te worden beoordeeld met inachtneming van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Dit betekent dat indien sprake is van een kwalificerende rechtvaardigingsgrond, een maatregel alsnog niet in overeenstemming met het EU-recht wordt geacht wanneer deze maatregel niet proportioneel of niet noodzakelijk is.

Voorbeelden van rechtvaardigingsgronden zijn de doeltreffendheid van fiscale controles, de coherentie van een belastingsysteem, het behouden van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid (het fiscale territorialiteitsbeginsel) en de bestrijding van belastingfraude of -ontwijking. Dit betekent dat grensoverschrijdende situaties in beginsel ongelijk behandeld mogen worden ten opzichte van vergelijkbare binnenlandse situaties in het kader van fiscale controles, mits dit proportioneel en noodzakelijk is. Derhalve is het toegestaan dat additionele voorwaarden worden gesteld voor fiscale controles voor grensoverschrijdende situaties zoals het verstrekken van aanvullende informatie, wat mogelijk kan leiden tot belemmeringen in EU-rechtelijk opzicht. Fiscale coherentie van belastingsystemen ziet op een rechtstreeks verband tussen een aftrekmogelijkheid en belastingheffing. Waar lijfrentepremies in Nederland in aftrek kunnen worden gebracht terwijl dit in België niet het geval is, betekent dit dat dit mogelijk een belemmering vormt voor emigratie naar België.²¹⁷ Echter, België kent voor lijfrentepremies een eigen coherent systeem waar betaalde premies niet in aftrek kunnen worden gebracht en dat uitkeringen van de lijfrentepremies niet belast worden bij de ontvanger. Derhalve wordt een dergelijke belemmering voor emigratie naar België niet in strijd geacht met het EU-recht aangezien wanneer eenzelfde lijfrenteverzekering in België wordt afgesloten, de premies ook niet-aftrekbaar zouden zijn. Daarnaast worden de algemene beginselen en principes van het internationale belastingrecht erkend bij de EU-rechtelijke beoordeling van maatregelen. Een voorbeeld hiervan is het fiscale territorialiteitsbeginsel, op basis waarvan de heffingsbevoegdheid over inkomensbestanddelen evenwichtig verdeeld is over landen. Belemmeringen op grond van het fiscale territorialiteitsbeginsel worden vanuit EU-rechtelijk perspectief derhalve aanvaard.²¹⁸

Ten slotte geldt de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking als een rechtvaardigingsgrond voor fiscale belemmeringen in EU-rechtelijk opzicht. Immers doen kunstmatige constructies, ofwel constructies die de economische realiteit niet weerspiegelen, die louter worden opgezet voor het behalen van (verdrags)voordelen, afbreuk aan de EU-rechtelijke doelstelling van een interne markt. Bovendien bestaat voor louter kunstmatige constructies geen economische en commerciële rechtvaardiging, waardoor EU-rechtelijke voordelen geweigerd dienen te worden in misbruiksituaties.²¹⁹ Echter heeft het HvJ in het Lexel arrest geoordeeld dat misbruikbestrijding slechts kan worden gebruikt als rechtvaardigingsgrond voor nationale bepalingen, indien deze zijn gericht tot volkomen kunstmatige of fictieve constructies die enkel zijn opgezet om belasting te ontwijken.²²⁰ Aangezien de nationale bepaling in casu (een Zweedse renteaftrekbepaling) niet uitsluitend zuivere misbruiksituaties trof, werd de maatregel niet proportioneel beschouwd. Dit betekent dat misbruikbestrijding volgens het HvJ niet kan dienen als rechtvaardigingsgrond voor belemmeringen van constructies welke niet uitsluitend zien op zuivere misbruiksituaties.²²¹

²¹⁷ HvJ EG 28 januari 1992, nr. C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*).

²¹⁸ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studietoets nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 343.

²¹⁹ M.J. van Hulst, 'Lexel AB: marktconformiteit, kunstmatigheid en economische integratie', *WFR* 2021/201, p. 1442.

²²⁰ HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), r.o. 56.

²²¹ M.J. van Hulst, 'Lexel AB: marktconformiteit, kunstmatigheid en economische integratie', *WFR* 2021/201, p. 1438.

4.3.4.2 *Mogelijk toepasbare rechtvaardigingsgronden voor de Wet TMTZ*

Vanwege de mogelijke nadelige behandeling van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van nationale situaties door toepassing van de Wet TMTZ, geldt dat hiertoe een rechtvaardigingsgrond dient te bestaan om verenigbaar te zijn het met EU-recht. Daarnaast geldt dat de rechtvaardigingsgrond proportioneel en noodzakelijk dient te zijn in het licht van de doelstelling van de Wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing. Rechtvaardigingsgronden als doeltreffendheid van fiscale controles en de fiscale coherentie van belastingssystemen lijken in het kader van de Wet TMTZ niet aan de orde. De rechtvaardigingsgrond van het fiscale territorialiteitsbeginsel zou mogelijk van toepassing kunnen zijn aangezien vanwege toepassing van de Wet TMTZ heffingsrechten kunnen verschuiven. Immers, Nederland betreft een gedeelte van de winst in de heffing door het niet in aanmerking nemen van neerwaartse winstaanpassingen, aangezien in het buitenland geen heffing plaatsvindt. Belemmeringen vanwege het fiscale territorialiteitsbeginsel zijn vanuit EU-rechtelijk perspectief niet verboden, waardoor grensoverschrijdende situaties mogelijk nadeliger kunnen uitpakken vanwege de verdeling van heffingsrechten op grond van het internationale belastingrecht. Echter, de nadelige behandeling van grensoverschrijdende situaties door de Wet TMTZ komt niet voort uit het respecteren van de regels van het internationale belastingrecht betreffende de verdeling van heffingsrechten. Immers, Nederland trekt immers mogelijk heffingsrechten naar zich toe, daar waar deze wellicht zijn toebedeeld aan een andere staat.²²² De rechtvaardigingsgrond van het fiscale territorialiteitsbeginsel, waarbij de algemene principes van het internationale belastingrecht worden gerespecteerd, is derhalve niet aan de orde. Bovendien volgt uit het arrest Lexel dat fiscale belemmeringen niet gerechtvaardigd kunnen door het principe van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid, indien een aftrekbeperking slechts geldt ten aanzien van gelieerde vennootschappen.²²³ Aangezien gelieerdheid een vereiste is voor de toepassing van de Wet TMTZ, betekent dit dat de rechtvaardigingsgrond van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden niet aan de orde is.

Gezien de doelstelling van het voorkomen van dubbele niet-heffing, lijkt de rechtvaardigingsgrond van het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking het meest geschikt. In het Lexel arrest heeft het HvJ hiertoe geoordeeld dat de rechtvaardigingsgrond van bestrijding van belastingfraude en -ontwijking proportioneel is indien slechts volstrekt kunstmatige constructies worden bestreden. Daarnaast dient volgens het HvJ voor de rechtvaardiging van een aftrekbeperking met een beroep op de bestrijding van belastingfraude en ontwijking, een proportionaliteitstoets plaats te vinden.²²⁴ Deze proportionaliteitstoets is tevens terug te vinden in de arresten SGI²²⁵, Hornbach²²⁶ en Impresa Pizzarotti²²⁷ en vereist dat de aftrekbeperking geen betrekking heeft op het arm's-lengthgedeelte van de kosten.²²⁸ Deze jurisprudentie leidt ertoe dat bij constructies waarbij sprake is van marktconforme voorwaarden ofwel zakelijke verrekenprijzen, verband wordt gehouden met de economische realiteit en derhalve geen sprake is van kunstmatige constructies. Ingevolge deze arresten kunnen aftrekbeperkingen niet gerechtvaardigd worden met een beroep op misbruikbestrijding. Het niet in aanmerking nemen van kosten op arm's-lengthbasis op grond van de Wet TMTZ doorstaat de proportionaliteitstoets niet en staat daarmee op gespannen voet met deze arresten.²²⁹

²²² Zie hoofdstuk 5.

²²³ HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), r.o. 69-70.

²²⁴ HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), r.o. 51.

²²⁵ HvJ EU 21 januari 2010, nr. C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26 (*SGI*), r.o. 72.

²²⁶ HvJ EU 31 mei 2018, nr. C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366 (*Hornbach*), r.o. 49.

²²⁷ HvJ EU 8 oktober 2020, nr. C-558/19, ECLI:EU:C:2020:806 (*Impresa Pizzarotti*), r.o. 36.

²²⁸ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021, p. 21.

²²⁹ NOB-commentaar ter zake van het Wetsvoorstel tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 1 oktober 2021, p. 9.

Gevolg van het Lexel-arrest en aanverwante arresten is dat nationale anti-mismatchbepalingen EU-rechtelijk ter discussie gesteld kunnen worden, indien fiscale mismatches niet bestreden mogen worden met antimisbruikbepalingen wanneer geen sprake is van zuivere misbruiksituaties. Hetzelfde geldt voor de Wet TMTZ vanwege het ongedaan maken van fiscale mismatches, door middel van het heffen over onzakelijke baten of het niet in aanmerking nemen van zakelijke kosten. Dit kan worden beschouwd als een belemmering, waarbij de rechtvaardigingsgrond van bestrijding van belastingfraude en -ontwijking op grond van het Lexel-arrest niet proportioneel wordt beschouwd. Immers, de Wet TMTZ ziet niet uitsluitend op volstrekt kunstmatige constructies en daarnaast wordt niet voldaan aan de proportionaliteitstoets. De rechtvaardiging met een beroep op bestrijding van belastingontwijking en misbruik zou op grond van deze arresten slechts proportioneel zijn indien de Wet TMTZ uitsluitend zou zien op misbruiksituaties.²³⁰

Aangezien het Lexel-arrest aanzienlijke gevolgen kan hebben voor antimisbruikbepalingen van Europese lidstaten, is de vraag wat de achterliggende bedoeling is geweest van het HvJ door marktconforme transacties uit te sluiten van het misbruikbegrip en welke invloed dit heeft op de EU-rechtelijke rechtsmisbruikdoctrines. Peters beschrijft hiertoe in navolging van Wattel²³¹ dat het Lexel-arrest dient te worden gezien in de lijn van de bestaande EU-rechtelijke rechtsmisbruikdoctrines en het Thin Cap GLO-arrest²³². Dit betekent dat de rechtvaardiging van fiscale belemmeringen met een beroep op de bestrijding van belastingontwijking en misbruik, enkel proportioneel is indien voldaan wordt aan strenge criteria.²³³ Ten eerste geldt dat in de nationale bepaling geen algemeen bewijsvermoeden van misbruik gehanteerd mag worden.²³⁴ Ten tweede dient de belastingplichtige aan te kunnen tonen (zonder buitensporige administratieve moeite) dat er commerciële motieven.²³⁵ Aangezien de Wet TMTZ niet voorziet in een tegenbewijsmogelijkheid, anders dan het aannemelijk maken van een corresponderende heffing bij de andere partij, wordt geen onderscheid wordt gemaakt tussen misbruik en niet-misbruiksituaties. Het gevolg daarvan is dat niet-misbruiksituaties ook onder de reikwijdte van de Wet TMTZ vallen, zonder dat hiertoe tegenbewijs kan worden geleverd dat de transactie niet slechts is ingegeven door volstrekt kunstmatige of fiscale motieven.²³⁶ Het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid leidt ertoe dat de rechtvaardiging van de uit de Wet TMTZ volgende fiscale belemmeringen, met een beroep op de bestrijding van belastingontwijking en misbruik mogelijk niet proportioneel wordt beschouwd.

4.3.4.3 *Tegenbewijsmogelijkheid*

Het opnemen van een algemene tegenbewijsmogelijkheid wordt niet noodzakelijk geacht door de staatssecretaris, aangezien geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties waardoor niet wordt toegekomen aan de rechtvaardigingsgronden.²³⁷ Daarnaast zouden de structuren die geraakt worden door de bepalingen van de Wet TMTZ, in de regel onzakelijk zijn vanwege het onderling handelen tussen gelieerde partijen. Bovendien beschrijft de staatssecretaris dat geldt dat dubbele heffing ten gevolge van de Wet TMTZ zich niet voordoet indien zakelijk wordt gehandeld.²³⁸

²³⁰ I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, 'Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022', *TvOB* 2022-3, p. 94.

²³¹ HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel*), m.nt. P. Wattel, par. 5-7.

²³² HvJ EG 13 maart 2007, nr. C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap GLO*).

²³³ C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 220.

²³⁴ Dit volgt onder meer uit HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding*), r.o. 62.

²³⁵ Dit volgt onder meer uit HvJ EG 13 maart 2007, nr. C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap GLO*), r.o. 82.

²³⁶ Zie hoofdstuk 3.

²³⁷ *Kamerstukken II* 2021/22, 35933, nr. 3, p. 17-18.

²³⁸ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Pakket Belastingplan 2022. Reactie staatssecretaris op Commentaren NOB en RB', *V-N* 2021/50.3.

Het argument dat structuren die geraakt worden door de Wet TMTZ in de regel onzakelijk zijn, is naar mijn mening te kort door de bocht, aangezien het allerm minst vaststaat dat deze structuren per definitie onzakelijk zijn of worden geacht.²³⁹ Evidente misbruiksituaties daarentegen zouden naar mijn mening zonder twijfel onderworpen dienen te worden aan bepalingen van de Wet TMTZ, zodat deze winsten ten minste éénmaal in de heffing worden betrokken. Derhalve zou met behulp van de introductie van een tegenbewijsmogelijkheid een duidelijke scheiding gemaakt kunnen worden tussen misbruiksituaties en niet-misbruiksituaties. Indien aannemelijk wordt gemaakt dat aan de transactie geen volstrekt kunstmatige of fiscale motieven ten grondslag liggen, vinden de bepalingen van de Wet TMTZ geen toepassing, waardoor de reikwijdte van de Wet TMTZ kan worden beperkt naar misbruiksituaties. Bovenal wordt met het introduceren van een tegenbewijsmogelijkheid het potentiële risico weggenomen dat de Wet TMTZ niet in overeenstemming is met het EU-recht. EU-rechtelijk betekent dit dat een dergelijke tegenbewijsmogelijkheid tevens opent dient te staan voor transacties met een EU-lichaam op wie een subjectieve vrijstelling van toepassing is, welke vergelijkbaar is met een Nederlandse subjectieve vrijstelling.²⁴⁰

4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is beschreven of de Wet TMTZ verenigbaar is met het EU-recht:

“Is de Wet TMTZ verenigbaar met het EU-recht en welke aanbevelingen kunnen hiertoe gedaan worden indien dit niet het geval is?”

Onderdeel van het primaire EU-recht zijn de vrije verkeersbepalingen op basis waarvan goederen, diensten, personen en kapitaal vrij kunnen bewegen binnen de EU, in het kader van het bereiken van een interne markt. Ten aanzien van het functioneren van een interne markt kunnen obstakels bestaan in de vorm van discriminatie, belemmeringen, dispariteiten en dislocaties. Hiertoe geldt dat dispariteiten, obstakels vanwege verschillen in nationale wetgeving, in beginsel buiten de reikwijdte van de verkeersvrijheden vallen. De Wet TMTZ beoogt dubbele niet-heffing als gevolg van verrekenprijsverschillen tegen te gaan. Ondanks deze verrekenprijsverschillen voortkomen uit verschillen in rechtsstelsels (dispariteiten), wordt de Wet TMTZ als unilaterale nationale regeling beoordeeld vanuit EU-rechtelijk perspectief vanwege het grensoverschrijdende karakter. De Wet TMTZ wordt vanuit EU-rechtelijk perspectief beoordeeld in het licht van de doelstelling, het voorkomen van dubbele niet-heffing.

Op grond van de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ is vastgesteld dat toepassing van de Wet TMTZ leidt tot een nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties ten opzichte van zuiver binnenlandse situaties. Immers, de Wet TMTZ vindt met name toepassing in grensoverschrijdende situaties vanwege een verschil in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. In zuiver binnenlandse situaties wordt het zakelijkheidsbeginsel op dezelfde wijze toegepast waardoor de Wet TMTZ in beginsel geen toepassing vindt, uitgezonderd situaties met niet-belastingplichtige lichamen. Aangezien transacties met niet-belastingplichtige lichamen niet van invloed zijn op een EU-rechtelijke beoordeling van de Wet TMTZ, worden deze niet meegenomen in de beoordeling. Op grond van het arrest Schempp wordt in de MvT beschreven dat geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties. Ondanks de Wet TMTZ wordt veroorzaakt door dispariteiten, is de enkele conclusie dat ten aanzien van de Wet TMTZ geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties overeenkomstig het arrest Schempp, niet toereikend. Immers, overeenkomstig de arresten Eurowings, SIAT en Lexel, wordt op grond van de Wet TMTZ de aftrek van zakelijke kosten afhankelijk gesteld van heffing in buitenland. Daarnaast was op basis van deze arresten sprake van objectief vergelijkbare situaties. Bovendien ziet

²³⁹ Zie de in hoofdstuk 3 beschreven situaties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen, waarbij geldt dat dergelijke structuren per definitie onder de reikwijdte vallen van de Wet TMTZ vanwege het criterium van betrekking in een naar de winst geheven belasting.

²⁴⁰ B.F.M. Coebergh, ‘De werking van art. 8bd Wet Vpb 1969 in binnenlandse situaties; dringende aanpassing van de wet gewenst!’, *NtFR* 2022/3584, p. 3.

het arrest Schempp op de aftrek van alimentatiebetalingen, terwijl de arresten Eurowings, SIAT en Lexel zien op de aftrek van zakelijke betalingen in de winstbelasting sfeer. Op basis van deze arresten wordt derhalve geconcludeerd dat sprake is van objectief vergelijkbare situaties, waardoor toepassing van de Wet TMTZ leidt tot een potentiële belemmering van de vrijheid van vestiging.

De potentiële belemmeringen als gevolg van toepassing van de Wet TMTZ kunnen gezien de doelstelling van het voorkomen van dubbele niet-heffing, slechts mogelijk gerechtvaardigd worden met een beroep op de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking. Bovendien dient hierbij te worden voldaan aan de criteria van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Hiertoe heeft de HvJ in het arrest Lexel geoordeeld dat misbruikbestrijding slechts gehanteerd kan worden als rechtvaardigingsgrond voor nationale bepalingen, indien deze gericht zijn tot volstrekt kunstmatige of fictieve constructies in het kader van belastingontwijking. Daarnaast vereist het HvJ dat een proportionaliteitstoets plaatsvindt bij dergelijke bepalingen, welke ertoe leidt dat de aftrekbeperking geen betrekking heeft op het arm's-length gedeelte van de kosten. Hoewel nog niet uitgekristalliseerd is hoe het arrest Lexel dient te worden ingepast in het EU-rechtelijke rechtsmisbruikdoctrine, is ten aanzien van de Wet TMTZ sprake van EU-rechtelijke risico's aangezien deze niet slechts ziet op misbruiksituaties en daarnaast kosten op arm's-length basis niet in aanmerking worden genomen. Het opnemen van tegenbewijsmogelijkheid kan daarbij mogelijk uitkomst bieden om de EU-rechtelijke risico's weg te nemen.

Hoofdstuk 5 – De Wet TMTZ in relatie tot belastingverdragen

5.1 Introductie

In het kader van bestrijding van belastingontwijking heeft Nederland unilaterale maatregelen in de vorm van de Wet TMTZ genomen, ter voorkoming van dubbele niet-heffing. Door op grond van de bepalingen van de Wet TMTZ het zakelijkheidsbeginsel niet toe te passen in Nederland, wordt dubbele niet-heffing voorkomen.²⁴¹ Door het niet toepassen van het zakelijkheidsbeginsel in Nederland wordt afgeweken van artikel 9 OESO-MV en de hierop gebaseerde artikelen in bilaterale belastingverdragen, waarin het arm's-lengthbeginsel is vastgelegd. De vraag is of de bepalingen van de Wet zakelijkheidsbeginsel in overeenstemming zijn met doel en strekking van belastingverdragen. Bovendien leidt toepassing van de Wet TMTZ mogelijk tot het in de heffing betrekken van winsten, welke op grond van belastingverdragen zijn toegewezen aan een ander land. Dit zou niet in overeenstemming zijn met het beginsel van de goede verdragstrouw, aangezien deze wetgeving de verdragsbepalingen mogelijk kan frustreren. In dit hoofdstuk wordt derhalve beschreven hoe de Wet TMTZ zich verhoudt tot belastingverdragen en of de bepalingen van de Wet TMTZ niet in strijd zijn met het fundamentele beginsel in het internationale belastingrecht, de goede verdragstrouw:

“Hoe verhoudt de Wet TMTZ zich tot belastingverdragen en zijn de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ in overeenstemming met de goede verdragstrouw?”

5.2 Internationaal belastingrecht en belastingverdragen

5.2.1 Inleiding

Belastingverdragen worden hoofdzakelijk gesloten tussen landen in het kader van de voorkoming van dubbele belasting, wat kan ontstaan vanwege verschillen tussen belastingssystemen of een overlap in heffingsbeginselen. Het staat landen immers vrij hun nationale heffingsbevoegdheid te baseren op de heffingsbeginselen als het woonland-, het bronland- of het nationaliteitsbeginsel. Op grond van het woonlandbeginsel wordt belasting geheven van inwoners van een land als tegenprestatie van het gebruikmaken van door het woonland geboden voorzieningen zoals infrastructuur en onderwijs. Bij het bronlandbeginsel wordt tevens aangesloten bij deze profijtgedachte, aangezien een gerechtigde tot voordelen uit de bron geacht wordt profijt te hebben van overheidsvoorzieningen in het land waar de bron van inkomen is gelegen. Derhalve worden de gerechtigden tot het broninkomen op grond van het bronlandbeginsel belast voor het inkomen uit de in die staat gelegen bron, als tegenprestatie van de door de bronstaat geboden voorzieningen. Op basis van het nationaliteitsbeginsel worden belastingplichtigen in de heffing betrokken voor het wereldinkomen op grond van nationaliteit, ongeacht wat de woonplaats is of waar het inkomen opkomt. Dit heffingsbeginsel wordt gerechtvaardigd door het standpunt dat een onderdaan een beroep kan doen op de door de overheid geboden voorzieningen, ongeacht of dit zijn woonplaats of bron van inkomen betreft.²⁴² Naast het primaire doel van voorkoming van dubbele belasting beoogt het OESO-MV en de daarop gebaseerde bilaterale belastingverdragen, belastingontwijking en -ontduiking tegen te gaan. Bovendien zorgen belastingverdragen voor het effectueren van belastingheffing in grensoverschrijdende situaties door afspraken te maken over informatie-uitwisseling en bijstand bij invordering door de belastingdiensten.²⁴³ De voorkoming van dubbele heffing en het tegengaan van belastingontwijking en -ontduiking worden in algemene zin als karakteristieken van belastingverdragen nader toegelicht in de volgende deelparagrafen. Vervolgens wordt beschreven op welke wijze de Wet TMTZ zich verhoudt tot deze karakteristieken van belastingverdragen.

²⁴¹ Zie het derde hoofdstuk.

²⁴² A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht (Fiscale Studiereserie nr. 39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 4-5.

²⁴³ C. van Raad, in: *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Belastingverdragen, par. 0.4.2 (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

5.2.2 Dubbele (niet-)heffing

5.2.2.1 Voorkoming van juridische dubbele belasting

Door de samenloop van heffingsbeginselen in grensoverschrijdende situaties kan dubbele belasting ontstaan. Dit is een voorbeeld van juridisch dubbele belasting, waar één natuurlijk persoon of lichaam (subject) ten aanzien van bepaalde inkomens- en vermogensbestanddelen in ten minste twee staten wordt belast. Door de toewijzing van heffingsbevoegdheden ten aanzien van deze inkomens- en vermogensbestanddelen in belastingverdragen, wordt deze juridisch dubbele belasting voorkomen. De toewijzing van heffingsbevoegdheden op basis van een belastingverdrag beperkt de fiscale jurisdictie op drie manieren.²⁴⁴ Ten eerste kan de exclusieve heffingsbevoegdheid worden toegewezen aan de woonstaat van de belastingplichtige.²⁴⁵ Ten tweede is het mogelijk dat de staat waar het inkomen van de belastingplichtige opkomt (bronstaat) de exclusieve heffingsbevoegdheid toegewezen krijgt.²⁴⁶ Ten slotte kan de heffingsbevoegdheid worden verdeeld over de woonstaat van de belastingplichtige en de bronstaat.²⁴⁷

5.2.2.2 Voorkoming van economische dubbele belasting

Economische dubbele belasting ontstaat wanneer bepaalde inkomens- en vermogensbestanddelen door ten minste twee staten bij twee belastingplichtigen in de heffing wordt betrokken. Economische dubbele belasting wordt niet voorkomen door de toewijzingsbepalingen van belastingverdragen, tenzij het situaties betreft van 'transfer pricing'-correcties in de zin van artikel 9 OESO-MV.²⁴⁸ Daarmee wijkt de bepaling van artikel 9 OESO-MV in belangrijke mate af van de overige verdragsbepalingen.²⁴⁹ Artikel 9 OESO-MV wijst in tegenstelling tot andere verdragsbepalingen niet de heffingsrechten over inkomens- en vermogensbestanddelen toe aan landen, maar zorgt ervoor dat winstverschuivingen door onzakelijke prijsstelling niet mogelijk zijn en dat dubbele belasting wordt voorkomen.²⁵⁰ Daarmee heeft artikel 9 OESO-MV een tweeledig doel. Enerzijds voorkomt artikel 9 OESO-MV dat belastingplichtigen belasting kunnen ontwijken door middel van winstverschuivingen. Anderzijds zorgt artikel 9 OESO-MV voor een winstverdeling tussen verschillende landen ter voorkoming van economische dubbele belasting. Wanneer een land de overeengekomen vergoedingen op grond van het arm's-lengthbeginsel aanpast naar hogere zakelijke vergoedingen en dit gedeelte van de winst in de heffing betreft, zorgt toepassing van artikel 9 OESO-MV voor voorkoming van economische dubbele belasting.²⁵¹ Dit werpt de vraag op of artikel 9 OESO-MV al dan niet een dwingend karakter heeft en derhalve een verplichting oplegt tot verzakelijking van de overeengekomen voorwaarden. Hiertoe concludeert Roumen op basis van het rapport 'Thin capitalization' van de OESO²⁵² dat sprake is van een dwingend, restrictief karakter.²⁵³ De auteur beschrijft dat op grond van een wetshistorische

²⁴⁴ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 941.

²⁴⁵ Een voorbeeld hiervan is artikel 12 OESO-MV waar de heffingsbevoegdheid ten aanzien van royalty's uitsluitend wordt toegewezen aan de woonstaat van de belastingplichtige.

²⁴⁶ Dit is het geval bij artikel 6 OESO-MV, waar inkomsten uit onroerende zaken namelijk uitsluitend worden belast in de staat waar de onroerende zaken zijn gelegen, oftewel de staat waar het inkomen opkomt.

²⁴⁷ Op grond van artikel 10 en 11 OESO-MV heeft de woonstaat van de belastingplichtige die het dividend of de rente ontvangt, de volledige heffingsbevoegdheid. Echter, de bronstaat heeft tevens een beperkte heffingsbevoegdheid, waarbij de woonstaat voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen.

²⁴⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht (Fiscale Studietoets nr. 39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 12-13.

²⁴⁹ Zie paragraaf 2.2.3.1.

²⁵⁰ I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, 'Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022', *TvOB* 2022-3, p. 95.

²⁵¹ Zie paragraaf 2.2.3.3.

²⁵² OESO, *Thin Capitalization Report*, 1987, punt 50.

²⁵³ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 944.

en een te goeder trouw²⁵⁴ uitleg van artikel 9 OESO-MV tot eenzelfde conclusie wordt gekomen. Bovendien heeft artikel 9 OESO-MV overeenkomstig de overige verdragsbepalingen, tot doel dubbele belasting te voorkomen. Aangezien voor artikel 9 OESO-MV geen afwijkende werking is beoogd ten opzichte van de andere verdragsbepalingen, ligt het niet voor de hand dat artikel 9 OESO-MV een illustratief karakter zou hebben. Ondanks het dwingende, restrictieve karakter kan de toepassing van artikel 9 OESO-MV achterwege blijven wanneer een algemene *'saving clause'* is opgenomen in een belastingverdrag.²⁵⁵ Op basis van een dergelijke bepaling wordt een land niet beperkt door een belastingverdrag in het in de heffing betrekken van onderdanen. Echter, in plaats van het opnemen van een algemene saving clause²⁵⁶, is het Nederlands fiscaal verdragsbeleid²⁵⁷ om slechts een specifieke saving clause²⁵⁸ op te nemen in belastingverdragen.²⁵⁹ Wanneer een specifieke saving clause is opgenomen in een belastingverdrag, betekent dit dat in kwalificerende situaties de toepassing van artikel 9 OESO-MV door Nederland opzij kan worden geschoven, ondanks het dwingende, restrictieve karakter van dit artikel.

5.2.2.3 Dubbele niet-heffing

Een belangrijk kenmerk van belastingverdragen is dat deze enkel de heffingsrechten toewijst ten aanzien van inkomens- en vermogensbestanddelen ter voorkoming van dubbele heffing. Dit betekent dat belastingverdragen geen belastingplicht creëren. Wanneer een land de heffingsbevoegdheid toegewezen krijgt en volgens het nationale recht niet kan heffen over dit inkomens- of vermogensbestanddeel, betekent dit dat heffing in beginsel alsnog achterwege blijft. Een mogelijke consequentie van deze systematiek van het OESO-MV is dat dubbele niet-heffing kan ontstaan. In dit kader bestaan drie te onderscheiden situaties. Ten eerste, bij de exclusieve heffingsbevoegdheid van de woonstaat zal dit minder snel het geval zijn vanwege de kwalificatie als verdragsinwoner. Voor de kwalificatie als verdragsinwoner dient ingevolge artikel 4 OESO-MV sprake te zijn van volledige onderworpenheid aan belastingheffing op grond van woonplaats, verblijf, vestigingsplaats of enige andere soortgelijke omstandigheid. Daarentegen, wanneer in de woonstaat geen of beperkte belastingplicht bestaat of sprake is van een subjectieve vrijstelling, is geen sprake van de kwalificatie als verdragsinwoner.²⁶⁰ In deze situaties kan derhalve dubbele niet-heffing ontstaan.

Bij de tweede variant, waarbij de exclusieve heffingsbevoegdheid is toegewezen aan de bronstaat, kan onder omstandigheden dubbele niet-heffing ontstaan.²⁶¹ Dit is het geval wanneer de bronstaat naar nationaal recht geen invulling geeft aan de toegewezen heffingsbevoegdheid en de woonstaat een vrijstelling verleent ter voorkoming van dubbele belasting. Immers, vanwege artikel 23a OESO-MV dient de woonstaat van de belastingplichtige te voorzien in een onvoorwaardelijke vrijstelling, ongeacht of heffing plaatsvindt. Daarentegen staat het staten vrij een zogenoemde *'subject-to-tax clause'* in een belastingverdrag op te nemen, op basis waarvan de heffingsbevoegdheid verschuift naar de andere staat indien de heffingsbevoegde staat op grond van nationaal recht niet heft. Wanneer voorkoming van dubbele belasting door de woonstaat geschiedt door middel van verrekening op grond van artikel 23b OESO-MV, zal dubbele niet-heffing zich in de regel niet voordoen. Immers, als

²⁵⁴ Zie paragraaf 5.3.1.

²⁵⁵ Dit volgt uit artikel 11 van het Multilateraal Instrument (MLI).

²⁵⁶ Nederland heeft een volledig voorbehoud gemaakt op de algemene saving clause van artikel 11 MLI.

Hierdoor werkt artikel 11 MLI niet door naar de belastingverdragen van Nederland welke vallen onder het MLI.

²⁵⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20, 25087*, nr. 256, p. 11.

²⁵⁸ Deze specifieke saving clause ziet op hybride samenwerkingsverbanden, waardoor Nederland heffingsrecht behoudt ten aanzien van in Nederland gevestigde lichamen welke door een ander land als fiscaal transparant worden beschouwd.

²⁵⁹ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR 2021/134*, p. 944.

²⁶⁰ HR 28 februari 2001, nr. 35557, ECLI:NL:HR:2001:AB0296 (*het drielandenpuntarrest*), r.o. 3.7-3.8.

²⁶¹ Onder de veronderstelling dat artikel 5 MLI niet van toepassing is.

bronstaat geen invulling geeft aan de heffingsbevoegdheid, zal de woonstaat bijheffen.²⁶² Ten derde, in de situatie waarbij de heffingsbevoegdheid tussen de woon- en bronstaat wordt verdeeld, kunnen dezelfde conclusies worden getrokken ten aanzien van potentiële dubbele niet-heffing. Op grond van artikel 23a OESO-MV dient de woonstaat te voorzien in een onvoorwaardelijke vrijstelling, wat kan leiden tot dubbele niet-heffing indien in de bronstaat geen belastingplicht bestaat ten aanzien van het inkomens- of vermogensbestanddeel. Dubbele niet-heffing zal zich in de regel niet voordoen bij voorkoming door de woonstaat op grond van artikel 23b OESO-MV, aangezien geen belasting verrekend kan worden.²⁶³

5.2.3 *Het tegengaan van belastingontwijking en -ontduiking*

5.2.3.1 *Inleiding*

Naast het primaire doel van voorkoming van dubbele belasting wordt met behulp van belastingverdragen beoogd om belastingontwijking en -ontduiking tegen te gaan. In de preambule van de 2017-update van het OESO-MV wordt beschreven dat het voorkomen van belastingontwijking en -ontduiking, geldt als een van de hoofddoelen van belastingverdragen. In dit kader wordt 'treaty shopping', waarbij toegang tot belastingverdragen wordt verschaft door derdelanders vanwege de verdragsvoordelen, specifiek benoemd als voorbeeld van ongewenste belastingontwijking.²⁶⁴ De voorkoming van belastingontwijking en -ontduiking is in de laatste jaren in toenemende mate relevanter geworden.

5.2.3.2 *BEPS*

De ontwikkeling van het toenemende belang van bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking komt voort uit het BEPS-project van de OESO. Met het BEPS-project wordt beoogd grondslaguitholling en winstverschuivingen door multinationals tegen te gaan. Het BEPS-project heeft tot vijftien actiepunten geleid met bijbehorende rapporten, welke dienen als soft law.²⁶⁵ Het uiteindelijke effect van deze actiepunten is derhalve afhankelijk van de implementatie in de nationale wetgeving of in de belastingverdragen tussen de landen. Een aantal van deze actiepunten is onder te verdelen in drie categorieën op basis van de mate van bereikte overeenstemming op het niveau van de OESO. Dit betreft minimumstandaarden ('minimum standards'), gemeenschappelijke benaderingen ('common approaches') en richtsnoeren op basis van best practices ('guidance based on best practices'). OESO-lidstaten dienen te voldoen aan de minimumstandaarden, waardoor deze de meest vergaande verplichtingen meebrengen. Deze minimumstandaarden zijn in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd door middel van de bepalingen voor country-by-country-reporting, de nexus approach voor de innovatiebox en informatieuitwisseling over rulings. Overige minimumstandaarden worden door middel van het multilaterale instrument (hierna: MLI) geïmplementeerd. De gemeenschappelijke benaderingen zijn minder vergaand, waarbij geldt dat de OESO-landen overeenstemmen dat deze actiepunten gemeenschappelijk aangepakt moeten worden. Deze gemeenschappelijke aanpak dient ertoe te leiden dat de nationale wetgevingen van landen meer op elkaar afgestemd zijn. Voorbeelden van de Nederlandse implementatie van de gemeenschappelijke benaderingen is de uit de ATAD1 volgende bovenmatige renteaftrekbepaling²⁶⁶ en de uit de ATAD2 volgende bepalingen van hybride mismatches²⁶⁷.

²⁶² Onder de veronderstelling dat geen sprake is van een tax sparing credit.

²⁶³ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 941-942.

²⁶⁴ R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/22, p. 236-237.

²⁶⁵ Zie paragraaf 2.2.4 voor een uitleg van het juridische karakter van soft law.

²⁶⁶ De earningsstrippingmaatregel van artikel 15b Wet VPB 1969.

²⁶⁷ Artikel 12aa tot en met 12ag Wet VPB 1969.

5.2.3.3 BEPS 2.0

BEPS-actiepunten 1 is één van de vijftien actiepunten en ziet op mogelijke oplossingen van fiscale uitdagingen voortkomend uit de digitale economie, welke heeft geleid tot de ontwikkeling van een gemeenschappelijke aanpak ('common approach'). Dit project staat bekend als BEPS 2.0 en bestaat uit twee pijlers: pijler 1 ('Pillar One') en pijler 2 ('Pillar Two'). Met deze pijlers wordt beoogd het internationale winstbelastingstelsel ingrijpend te wijzigen waardoor multinationals een fair share aan belastingen betalen, ongeacht waar zij opereren. Pijler 1 ziet op de toerekening van een gedeelte van de geconsolideerde commerciële winst van kwalificerende multinationals aan afzetjurisdicties.²⁶⁸ Pijler 2 beoogt een minimumniveau van winstbelastingheffing van 15% met behulp van een bijheffing door landen tot dit minimumniveau, indien in een ander land dit minimumniveau van winstbelastingheffing niet wordt behaald.²⁶⁹ Hiermee wordt beoogd dat wanneer in een land waaraan het primaire heffingsrecht is toegewezen, geen of beperkte heffing plaatsvindt, andere betrokken landen mogen bijheffen tot een minimumpercentage van 15%. Hoewel het bereiken van een minimumniveau van winstbelastingheffing op grond van Pijler 2 vooralsnog geen invloed heeft op belastingverdragen, zou dit mogelijkwijs in de toekomst wel een rol kunnen spelen bij de doel en strekking van belastingverdragen.

Pijler 2 bestaat uit twee maatregelen welke in het nationale recht kunnen worden geïmplementeerd en één maatregel die in belastingverdragen kan worden opgenomen. De twee potentiële maatregelen voor implementatie in het nationale recht, betreffen twee samenhangende maatregelen en staan bekend als de *Global anti-Base Erosion* (hierna: GloBE) maatregelen. Vanwege het niet dwingende karakter van GloBE-maatregelen als gemeenschappelijke aanpak, zijn landen niet verplicht de regels te implementeren in het nationale recht. De GloBE-maatregelen bestaan uit de Income Inclusion Rule (hierna: IIR) en de Undertaxed Payment Rule (hierna: UTPR). De IIR-maatregel is een bijtellingsregel, welke inkomsten op het niveau van de moedervenootschap bijtelt indien die inkomsten op het niveau van haar (klein)dochtervenootschap zijn onderworpen aan een effectief tarief van minder dan 15%.²⁷⁰ Indien dit het geval is, is er volgens de GloBE-maatregel een *top-up tax* verschuldigd. De UTPR-maatregel is een flankerende maatregel van de IIR-maatregel en zorgt voor een herallocatie van de berekende top-up tax indien deze top-up tax niet of niet volledig is afgedragen door een moedervenootschap onder de IIR-maatregel.²⁷¹ Inmiddels is er een conceptwetsvoorstel door Nederland ter internetconsultatie aangeboden, welke strekt tot implementatie van het richtlijnvoorstel inzake Pijler 2, welke nauw aansluit bij de GloBE-maatregelen.²⁷² Ten slotte kunnen landen een *Subject to Tax Rule* (hierna: STTR) opnemen in bilaterale belastingverdragen. Op grond van de STTR-maatregel kunnen bronstaten een beperkte bronbelasting heffen over betalingen zoals interest en royalty's die bij de verbonden ontvanger niet is onderworpen aan een belastingtarief van ten minste 9%. Deze beperkte bronheffing betreft ten hoogste het verschil tussen het toepasselijke tarief in de staat van het verbonden lichaam en het minimumtarief.²⁷³ De STTR kan opgenomen worden in belastingverdragen via het MLI.²⁷⁴

²⁶⁸ Aangezien Pijler 1 geen direct verband houdt met de Wet TMTZ, wordt deze niet nader toegelicht.

²⁶⁹ M.F. de Wilde, 'Uitkomsten Inclusive Framework over de herziening van het internationale belastingstelsel', *NtFR* 2021/3793, p. 3.

²⁷⁰ Daarmee is de IIR-maatregel breder dan de CFC-maatregel, aangezien de IIR-maatregel ziet op zowel actieve als passieve inkomsten.

²⁷¹ F.P.G. Pötgens, in: *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Nationale component; GloBE Rules; Income Inclusion Rule & Undertaxed Payment Rule, par. 0.9.4.C.b3-b4 (online, bijgewerkt 24 maart 2022).

²⁷² Wet minimumbelasting 2024 van 24 oktober 2022, www.internetconsultatie.nl.

²⁷³ De verschuldigde bronbelasting in het bronland ingevolge de STTR kan worden verrekend met de verschuldigde belasting op grond van de IIR- en UTPR-maatregelen.

²⁷⁴ F.P.G. Pötgens, in: *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Verdragscomponent; Subject to Tax Rule, par. 0.9.4.C.c (online, bijgewerkt 24 maart 2022).

5.2.4 De Wet TMTZ in verhouding tot belastingverdragen en artikel 9 OESO-MV

5.2.4.1 Inleiding

De Wet TMTZ beoogt verrekenprijsmismatches tegen te gaan als gevolg van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. De consequentie hiervan is dat toepassing van het zakelijkheidsbeginsel in Nederland achterwege wordt gelaten, aangezien het zakelijkheidsbeginsel niet of niet op dezelfde wijze wordt toegepast bij de andere partij. Feitelijk is de Wet TMTZ met name in grensoverschrijdende situaties van toepassing, aangezien in beginsel in een puur binnenlandse situatie geen verschil in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bestaat. Vanwege het grensoverschrijdende karakter van de Wet TMTZ, kan hierbij de vraag worden gesteld hoe deze unilaterale maatregelen zich verhouden tot belastingverdragen en in het bijzonder artikel 9 OESO-MV. Artikel 9 OESO-MV en daarop gebaseerde bepalingen in bilaterale belastingverdragen behandelen immers de toepassing van het arm's-lengthbeginsel.

5.2.4.2 De Wet TMTZ in verhouding tot belastingverdragen

Op grond van de unilaterale maatregelen van de Wet TMTZ beoogt Nederland verrekenprijsmismatches te voorkomen die kunnen leiden tot dubbele niet-heffing, in het kader van het tegengaan van belastingontwijking. Ten gevolge van het BEPS-project is het tegengaan van belastingontwijking en -ontduiking in toenemende mate relevanter geworden. Op basis van de BEPS-actiepunten²⁷⁵ heeft Nederland derhalve met de introductie van de Wet TMTZ in feite nadere invulling gegeven aan BEPS-actiepunt 2 betreffende de hybride mismatches.²⁷⁶ Hoewel de Wet TMTZ niet ziet op hybride mismatches, is het tegengaan van mismatches in het algemeen naar een hoger niveau gebracht aangezien naast kwalificatieverschillen, ook verrekenprijsverschillen worden tegengegaan. Daarnaast is naar aanleiding van het BEPS-project, de voorkoming van belastingontwijking en -ontduiking uitdrukkelijk benoemd in de titel en de preambule van de 2017-update van het OESO-MV.²⁷⁷ Met belastingverdragen wordt derhalve beoogd dubbele heffing te voorkomen en belastingontwijking en -ontduiking tegen te gaan. Gezien de doelstelling van de Wet TMTZ, het voorkomen van dubbele niet-heffing, kan de vraag worden gesteld of de maatregelen van de Wet TMTZ in lijn zijn met doel en strekking van belastingverdragen. Dit betekent dat de Wet TMTZ slechts in overeenstemming is met de doel en strekking van belastingverdragen, voor zover dubbele niet-heffing wordt tegengegaan als gevolg van belastingontwijking of -ontduiking.²⁷⁸ Aangezien de bepalingen van de Wet TMTZ niet zien op de voorkoming van belastingontduiking, is slechts belastingontwijking in dit kader van belang. Daarentegen betogen auteurs zoals Avi-Yonah en Reuven dat belastingverdragen uiting geven aan het 'single tax'-beginsel en het BEPS-project een bevestiging is van dit beginsel.²⁷⁹ Onder het 'single-tax'-beginsel wordt verstaan dat inkomen uit grensoverschrijdende transacties ten minste éénmaal in de heffing betrokken dient te worden, maar niet meer dan éénmaal²⁸⁰. Dit betekent dat inkomen uit grensoverschrijdende transacties ten minste eenmaal in de heffing betrokken dient te worden, maar niet meer dan eenmaal. Pijler 2, wat een gevolg is van het BEPS-project lijkt invulling te geven aan dit beginsel. Ondanks Pijler 2 vooralsnog geen invloed heeft op belastingverdragen, zou dit mogelijk in de toekomst wel aan de orde kunnen

²⁷⁵ Zie paragraaf 5.2.3.2.

²⁷⁶ F.P.G. Pötgens, in: *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Implementatie van BEPS door Nederland, par. 0.9.3 (online, bijgewerkt 24 maart 2022).

²⁷⁷ R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/22, p. 236.

²⁷⁸ Zoals blijkt uit het derde hoofdstuk, waarbij situaties met niet-belastingplichtige lichamen leiden tot toepassing van een bepaling van de Wet TMTZ zonder dat sprake is van belastingontwijking of -ontduiking.

²⁷⁹ Avi-Yonah & S. Reuven, 'Full circle? The Single Tax Principle, BEPS, and the New US Model' (October 13, 2015). 1 *Global Tax'n* 12 (2016), U of Michigan Public Law Research Paper No. 480, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 15-019.

²⁸⁰ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 942.

zijn.²⁸¹ Wanneer Pijler 2 volledig geïmplementeerd is, zou het tegengaan van dubbele niet-heffing mogelijk in de toekomst kunnen dienen als doelstelling van belastingverdragen. De Wet TMTZ zou dan volledig in overeenstemming met doel en strekking van belastingverdragen zijn, aangezien de Wet TMTZ feitelijk vooruitloopt op Pijler 2. Immers, overeenkomstig de IIR-maatregel beoogt de Wet TMTZ dubbele niet-heffing te voorkomen, door bij te heffen over onbelaste winsten van een buitenlandse vennootschap.²⁸² Hierbij geldt bovendien dat het bijheffen over inkomen dat niet in een winstbelasting wordt betrokken, kan leiden tot spanningen met artikel 9 OESO-MV.²⁸³

5.2.4.3 De Wet TMTZ in verhouding tot artikel 9 OESO-MV

Vanwege de unilaterale implementatie in de Nederlandse wetgeving, is de Wet TMTZ van invloed op gesloten belastingverdragen en in het bijzonder op artikel 9 OESO-MV. Immers, de fiscale consequentie van toepassing van de Wet TMTZ kan zijn dat Nederland heft over een gedeelte van de winst waartoe Nederland mogelijk geen heffingsrecht heeft. Ter beoordeling van hoe de bepalingen van de Wet TMTZ zich verhouden tot de verdeling van de heffingsbevoegdheid op grond van artikel 9 OESO-MV, zijn de fiscale consequenties van de Wet TMTZ samengevat weergegeven in tabel 2. Ingevolge tabel 2 kunnen de fiscale consequenties van de Wet TMTZ worden onderverdeeld in twee categorieën. Enerzijds, het belasten van onzakelijke baten en anderzijds, het niet in aanmerking nemen van zakelijke lasten. Artikel 8bb Wet VPB 1969 maakt een inbreuk op het totaalwinstbeginsel door onzakelijke baten te belasten of zakelijke lasten niet in aanmerking te nemen.²⁸⁴ De artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969 maken een inbreuk op het totaalwinstbeginsel door zakelijke kosten, waaronder afschrijvingskosten en afwaarderingen, niet in aanmerking te nemen.

Tabel 2 – Overzicht fiscale consequenties Wet TMTZ

	Fiscale consequenties
Artikel 8bb Wet VPB 1969	Niet toestaan van een neerwaartse winstaanpassing: <ul style="list-style-type: none"> - Hogere lasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel worden niet in aanmerking genomen (kostensfeer) - Lagere baten op grond van het zakelijkheidsbeginsel worden niet in aanmerking genomen (kosten- en vermogenssfeer)
Artikel 8bc Wet VPB 1969	Teboekstelling van verkregen vermogensbestanddelen in afwijking van het zakelijkheidsbeginsel: <ul style="list-style-type: none"> - Vermogensbestanddelen: lagere overeengekomen of opgelegde verrekenprijs (lagere jaarlijkse afschrijvingskosten) - Schulden: hogere overeengekomen of opgelegde verrekenprijs (geen jaarlijkse oprenting of opwaardering)
Artikel 8bd Wet VPB 1969	Teboekstelling van verkregen vermogensbestanddelen in afwijking van het zakelijkheidsbeginsel: <ul style="list-style-type: none"> - Vermogensbestanddelen: lagere waarde die ter zake van de rechtshandeling bij de gelieerde partij in de heffing wordt betrokken (lagere jaarlijkse afschrijvingskosten) - Schulden: hogere waarde die ter zake van de rechtshandeling bij de gelieerde partij in de heffing wordt betrokken (geen jaarlijkse oprenting of opwaardering)

²⁸¹ Zie paragraaf 5.2.3.3.

²⁸² R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 943. Zie in dit kader ook: M.F. de Wilde & C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: 'grondslagherverdeling en 'ik belast wat jij niet doet'?', *NLF-W* 2019/1.

²⁸³ C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 218.

²⁸⁴ Zie paragraaf 2.4.3.1.

Op grond van artikel 9 OESO-MV heeft Nederland uitsluitend het heffingsrecht over zakelijke kosten en opbrengsten. In het geval van onzakelijke baten, betekent dit dat artikel 9 OESO-MV het heffingsrecht over de zakelijke baten toewijst aan Nederland en het heffingsrecht over het onzakelijke gedeelte van de baten aan de andere verdragsluitende staat. Artikel 8bb Wet VPB 1969 daarentegen zorgt ervoor dat onzakelijke baten worden belast worden in Nederland, terwijl op grond van artikel 9 OESO-MV het heffingsrecht wordt toegewezen aan de andere staat. In zoverre is artikel 8bb Wet VPB 1969 naar mijn mening niet in overeenstemming met artikel 9 OESO-MV. Het niet in aanmerking nemen van zakelijke kosten op grond van artikel 8bb, artikel 8bc of artikel 8bd Wet VPB 1969 daarentegen, is niet in strijd met artikel 9 OESO-MV. Immers, Nederland heeft het heffingsrecht over de zakelijke kosten, waardoor het Nederland vrij staat om de zakelijke kosten niet in aanmerking te nemen.²⁸⁵ Bovendien, het uitgangspunt van artikel 9 OESO-MV is dat deze bepaling ziet op een toedeling van de op het arm's-lengthbeginsel vastgestelde winsten. Daarmee wordt Nederland uitsluitend beperkt door artikel 9 OESO-MV om een grotere winst te belasten dan op arm's-lengthbasis is bepaald. Nederland is immers niet verplicht negatieve, zakelijke inkomensbestanddelen ongeclausuleerd in aanmerking te nemen. Aangezien de Wet TMTZ onderdeel is van de winstbepaling, hetgeen wordt ingevuld naar nationaal recht, zijn dergelijke bepalingen die zakelijke kosten in aftrek beperken niet in strijd met artikel 9 OESO-MV. Dit betekent dat indien de mogelijkheid bestaat voor belastingplichtigen om gebruik te maken van dispariteiten tussen twee rechtssystemen, het de Nederlandse wetgever vrij staat om zakelijke fictieve rentelasten niet in aanmerking te nemen, zonder dat sprake is van een verdragsrechtelijke belemmering.²⁸⁶

5.3 Verdragsinterpretatie en de goede verdragstrouw

5.3.1 Inleiding

Vanwege verschillen in de rechtssystemen tussen landen die een belastingverdrag hebben afgesloten, speelt de interpretatie van belastingverdragen een relevante rol. Bij de uitleg van belastingverdragen zijn twee regelingen van belang, het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht en de verdragsbepaling vastgelegd in artikel 3 lid 2 OESO-MV.²⁸⁷ In het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: Verdrag van Wenen) zijn gemaakte internationale afspraken over de toepassing en de uitleg van (belasting-)verdragen. Verdragsuitleg is feitelijk op twee niveaus van belang. Wanneer het verdrag voorziet in een definitie of terminologie en wanneer het verdrag niet voorziet in een definitie of terminologie. Met name bij de tweede categorie speelt het Verdrag van Wenen een relevante rol.²⁸⁸ Als hoofdregel bepaalt artikel 26 Verdrag van Wenen dat verdragen door verdragspartners te goeder trouw dienen te worden uitgelegd.²⁸⁹ De goede verdragstrouw geldt als fundamenteel beginsel binnen het internationale belastingrecht en beoogt ervoor te zorgen dat landen die een belastingverdrag afsluiten zich aan de in het belastingverdrag opgenomen verplichtingen houden. Ten aanzien van de verhouding van belastingverdragen tot het nationale recht geldt dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen landen met een monistisch rechtssysteem en landen met een dualistisch rechtssysteem. Bij landen met een monistisch rechtssysteem, waaronder

²⁸⁵ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 946.

²⁸⁶ C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31, p. 217.

²⁸⁷ Artikel 3 lid 2 OESO-MV betreft een dynamische interpretatiemethode waarbij verdragsbepalingen worden uitgelegd naar de huidige tijd, zodat ontwikkelingen worden meegenomen in de uitleg of interpretatie.

²⁸⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht (Fiscale Studietoets nr. 39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 142-143.

²⁸⁹ De bepaling van artikel 26 Verdrag van Wenen wordt geconcretiseerd in de artikelen 31 tot en met 33 Verdrag van Wenen, waarbij geldt dat de uitleg dient aan te grijpen bij de gewone van betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp van het verdrag. Dit betekent dat nationale wetgeving niet van belang is, enkel het verdrag is beslissend.

Nederland, geldt dat een verdrag prevaleert boven het nationale recht.²⁹⁰ Echter, andere landen hebben een dualistisch rechtssysteem waarbij belastingverdragen en het nationale recht dezelfde juridische rangorde hebben. Dit betekent dat wanneer nieuwe nationale wetgeving wordt geïntroduceerd die afwijkt van de verdragsbepalingen, dit nieuwe nationale recht prevaleert boven het belastingverdrag. Op deze wijze kan met behulp van het invoeren van nationale wetgeving, de verdragstoepassing zodanig worden beïnvloed zodat de heffingsbevoegdheid op basis van deze nieuwe wetgeving wordt toegetrokken naar het land. Dit proces wordt 'treaty override' genoemd, waardoor de onderhandelde verdeling van heffingsrechten opzijgezet kan worden. Dit wordt als onwenselijk beschouwd en is naar Nederlandse opvatting een inbreuk op het in Verdrag van Wenen neergelegde beginsel van de goede verdragstrouw.²⁹¹

5.3.2 Nederlandse jurisprudentie omtrent de goede verdragstrouw

De Hoge Raad heeft een aantal arresten gewezen waarin uitleg is gegeven aan de goede verdragstrouw zoals vastgelegd in artikel 26 Verdrag van Wenen. Cruciaal bij deze arresten was de vraag in hoeverre ficties in nationale wetgeving, welke tot doel hebben om fiscale claims veilig te stellen, op grond van artikel 3 lid 2 OESO-MV doorwerken naar belastingverdragen zonder dat sprake is van strijd met de goede verdragstrouw.²⁹² De pensioenarresten zijn een voorbeeld hiervan, waarbij de heffingsbevoegdheid vanwege opgenomen ficties in de Nederlandse wetgeving aan Nederland toekwam, waar dat anders niet het geval zou zijn.²⁹³ De pensioenarresten zagen enerzijds op de heffing bij geëmigreerde pensioengerechtigden en anderzijds op de heffing bij pensioenvennootschappen met een zetelverplaatsing naar het buitenland, nadat emigratie van de pensioengerechtigde had plaatsgevonden of gelijktijdige emigratie van de pensioengerechtigde en -vennootschap. Vanwege de fictie van artikel 19b Wet Loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) dat door een geëmigreerde pensioengerechtigde niet langer wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden voor de pensioenverplichting, is niet langer sprake van een kwalificerend pensioen. Het gevolg hiervan is dat de fiscale facilitering van de pensioenregeling ongedaan gemaakt wordt en de waarde van het pensioenrecht wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking. De door Nederland gegeven kwalificatie als loon uit vroegere dienstbetrekking is voor de toewijzing van de heffingsbevoegdheid over de pensioeninkomsten van onderscheidend belang. Immers, wanneer het pensioen zou worden gekwalificeerd als loon uit vroegere dienstbetrekking, is de bronstaat (Nederland) heffingsbevoegd op grond van artikel 15 of 16 OESO-MV, terwijl op grond van het pensioenartikel (artikel 18 OESO-MV) de woonstaat heffingsbevoegd is. Derhalve was de kwestie in de onderhavige arresten of de door Nederland gegeven kwalificatie doorwerkt naar de verdragstoepassing. Aangezien de bepaling van artikel 19b Wet LB 1964 is opgenomen nadat het betreffende verdrag is gesloten en dat doorwerking van de fictie naar het verdrag zou betekenen dat de heffingsbevoegdheid verschuift van de woon- naar de bronstaat, oordeelde de Hoge Raad dat Nederland daarmee de verdragstoepassing frustreert. Daarmee wordt de goede verdragstrouw ten opzichte van de verdragspartner geschonden, waardoor geoordeeld werd dat de fictie van artikel 19b Wet LB 1964 geen betekenis heeft voor de verdragstoepassing.²⁹⁴ De goede verdragstrouw laat het derhalve niet toe dat een verdragsbepaling van een gesloten bilateraal belastingverdrag wordt uitgehold of ontgaan als gevolg van de introductie of vervanging van een bepaling in de nationale wetgeving.²⁹⁵

²⁹⁰ Vastgelegd in artikel 93 en 94 van de Grondwet.

²⁹¹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25087, nr. 7, p. 68.

²⁹² R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 948.

²⁹³ HR 13 mei 2005, nr. 39144, ECLI:NL:HR:2005:AR1497; nr. 39610, ECLI:NL:HR:2005:AR1683; nr. 39613, ECLI:NL:HR:2005:AR1738; nr. 40192, ECLI:NL:HR:2005:AR2238 (*de pensioenarresten*).

²⁹⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht (Fiscale Studiereserie nr. 39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 149.

²⁹⁵ Concl. A-G P.J. Wattel, nr. 39144, ECLI:NL:PHR:2005:AR1497, bij HR 13 mei 2005, r.o. 3.5.

Daarnaast staat de goede verdragstrouw er niet direct aan in de weg om inkomsten in de heffing te betrekken op basis van ficties en forfaits met betrekking tot de bepaling van de omvang en wijze van berekening.²⁹⁶ Dit is anders wanneer inkomensbestanddelen waarover Nederland geen of een beperkt heffingsrecht heeft, vanwege deze ficties onder een andere verdragsbepaling vallen waarover Nederland wel heffingsrecht heeft. Dit is in strijd met de goede verdragstrouw aangezien daarmee de werking van een belastingverdrag eenzijdig zou worden gewijzigd.²⁹⁷ Bovendien kan bij emigratie een conserverende aanslag worden opgelegd om fiscale claims veilig te stellen. Hiertoe geldt dat een heffing ter zake van emigratie in strijd kan zijn met de goede verdragstrouw indien als gevolg hiervan een voordeel wordt belast waarvan het heffingsrecht, gezien vanuit zijn werkelijke aard, is toegewezen aan de immigratiestaat.²⁹⁸ Of een voordeel vanuit zijn werkelijke aard gezien (al dan niet potentieel) ter heffing is toegewezen aan de immigratie, dient te worden beoordeeld vanuit enerzijds het verdragsperspectief en anderzijds vanuit nationaalrechtelijk perspectief.²⁹⁹

Uit de Nederlandse jurisprudentie omtrent de goede verdragstrouw blijkt dat het opnemen of vervangen van bepalingen in de nationale wetgeving, in strijd is met de goede verdragstrouw wanneer een verdragsbepaling wordt uitgehold of ontgaan. Dit betekent dat het Nederland in beginsel vrijstaat om inkomen te belasten op grond van ficties of forfaits, zolang dit er niet toe leidt dat het inkomen hierdoor onder een andere verdragsbepaling zou vallen waardoor het heffingsrecht aan Nederland toekomt waar dit anders niet het geval zou zijn. Bovendien zijn ficties waardoor het heffingsrecht overgaat naar Nederland slechts toegestaan indien het kenbaar is dat de verdragspartner heeft aanvaard dat een nationale bepaling leidt tot een andere verdeling van heffingsrechten dan uit het verdrag voortvloeit. Uit de zogeheten *Fictiefloonarresten* volgt dat ondanks het reeds bestaan van een fictie (in casu de gebruikelijk-loonregeling) ten tijde van het sluiten van het belastingverdrag (in casu met Portugal), dit niet ertoe leidt dat de verdragspartner de fictiebepaling daadwerkelijk aanvaard heeft.³⁰⁰ De enkele omstandigheid dat de verdragspartner op de hoogte is van een het bestaan van een nationale fictie is niet voldoende om aan te nemen dat de verdragspartner de doorwerking van deze fictie heeft aanvaard bij toepassing van het belastingverdrag.³⁰¹ Dat de verdragspartner een fictie heeft aanvaard, moet kenbaar worden gemaakt uit de totstandkomingsgeschiedenis van het belastingverdrag. Naar aanleiding van deze arresten is het Nederlands verdragsbeleid om vast te leggen dat fictiebepalingen in de nationale wetgeving doorwerken naar het belastingverdrag.³⁰²

5.3.3 De Wet TMTZ en de goede verdragstrouw

5.3.3.1 Inleiding

De Nederlandse jurisprudentie omtrent de goede verdragstrouw ziet met name op de kwestie in hoeverre ficties in de nationale wetgeving, welke zijn geïmplementeerd ter behoud van fiscale claims, doorwerken naar belastingverdragen. Ondanks bij Wet TMTZ geen sprake lijkt te zijn van ficties, kunnen de gewezen arresten met betrekking tot de goede verdragstrouw alsnog relevant zijn bij de beoordeling van de Wet TMTZ. In dit kader stelt Roumen dat de bepalingen van de Wet TMTZ beschouwd zouden kunnen worden als fictie, gezien de definitie voor een fictie die door de commissie van de Vereniging voor belastingwetenschap wordt gehanteerd.³⁰³ De gehanteerde definitie betreft *“een vorm van wetgevingstechniek waarbij een nevenbegrip onder het hoofdbegrip wordt gebracht*

²⁹⁶ HR 5 september 2003, nr. 37651, ECLI:NL:HR:2003:AE8398 (*de 5-septemberarresten*), r.o. 3.4.1.

²⁹⁷ HR 5 september 2003, nr. 37651, ECLI:NL:HR:2003:AE8398 (*de 5-septemberarresten*), r.o. 3.4.2.

²⁹⁸ HR 20 februari 2009, nr. 07/13267, ECLI:NL:HR:2009:BI8563, r.o. 3.3.2.

²⁹⁹ A.J.M. Arends, in: *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Strijd met goede verdragstrouw, par. 3.8.4.B.b (online, bijgewerkt 1 februari 2022).

³⁰⁰ HR 18 november 2016, nr. 15/04977, ECLI:NL:HR:2016:2497 (*de fictiefloonarresten*).

³⁰¹ HR 18 november 2016, nr. 15/04977, ECLI:NL:HR:2016:2497 (*de fictiefloonarresten*), r.o. 2.3.3.

³⁰² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 25087, nr. 256, p. 25-26.

³⁰³ R.H.M. Roumen, ‘Het conceptwetsvoorstel ‘Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’ in relatie tot belastingverdragen’, *WFR* 2021/134, p. 948.

waartoe het niet behoort, met als doel dat de rechtsregels die voor het hoofdbegrip gelden ook voor het nevenbegrip zullen gelden".³⁰⁴ Aangezien met de bepalingen van de Wet TMTZ een inbreuk wordt gemaakt op het totaalwinstbeginsel door inkomsten die niet behoren tot de totaalwinst onder de totaalwinst te brengen, zouden de bepalingen volgens de auteur gezien kunnen worden als een fictie. Daarentegen, indien geen sprake zou zijn van een fictie, is de toetsing van hoe wetgeving zich verhoudt tot gemaakte afspraken in belastingverdragen alsnog van groot belang. Immers, de goede verdragstrouw betreft een fundamenteel beginsel binnen het internationale belastingrecht en is derhalve niet slechts beperkt tot ficties.

5.3.3.2 Artikel 8bb Wet VPB 1969 in relatie tot de goede verdragstrouw

Artikel 8bb Wet VPB 1969 ziet op het niet in aanmerking nemen van neerwaartse winstaanpassingen door lagere baten of hogere lasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel. In het kader van de beoordeling van de goede verdragstrouw in relatie tot artikel 8bb Wet VPB 1969, worden in tabel 3 kwalificerende situaties beschreven welke onder de reikwijdte van artikel 8bb Wet VPB 1969 vallen.³⁰⁵

Tabel 3 – Overzicht neerwaartse winstaanpassingen bij toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969

Kwalificerende verrekenprijsverschillen	Toepassing zakelijkheidsbeginsel	Toepassing art. 8bb Wet VPB 1969
<p>1) <u>Kostensfeer:</u> Te betalen rente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lening van 100 ontvangen - Overeengekomen rente: 0% - Zakelijke rente: 3% 	<ul style="list-style-type: none"> - Primaire aanpassing: hogere rentelasten in aanmerking nemen (zakelijke rente van 3 in plaats van overeengekomen rente van 0) - Secundaire transactie: verschil in rente (3) betreft een: <ul style="list-style-type: none"> o Informele kapitaalstorting (bevoordeling dochtervennootschap) o Verkapte dividenduitdeling (bevoordeling moedervennootschap) 	<ul style="list-style-type: none"> - Zakelijkheidsbeginsel niet toepassen - Geen primaire en secundaire transactie - Hogere rentelasten niet in aanmerking nemen
<p>2) <u>Kostensfeer:</u> Te ontvangen rente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lening van 100 verstrekt - Overeengekomen rente: 5% - Zakelijke rente: 3% 	<ul style="list-style-type: none"> - Primaire aanpassing: lagere rentebaten in aanmerking nemen (zakelijke rente van 3 in plaats van overeengekomen rente van 5) - Secundaire transactie: verschil in rente (2) betreft een: <ul style="list-style-type: none"> o Informele kapitaalstorting (bevoordeling dochtervennootschap) o Verkapte dividenduitdeling (bevoordeling moedervennootschap) 	<ul style="list-style-type: none"> - Zakelijkheidsbeginsel niet toepassen - Geen primaire en secundaire transactie - Lagere rentebaten niet in aanmerking nemen
<p>3) <u>Vermogenssfeer:</u> Vervreemding vermogensbestanddeel</p> <ul style="list-style-type: none"> - Overeengekomen prijs: 250 - Zakelijke prijs: 200 	<ul style="list-style-type: none"> - Primaire aanpassing: lagere boekwinst (verkoopbaten) in aanmerking nemen (zakelijke prijs van 200 in plaats van overeengekomen prijs van 250) - Secundaire transactie: verschil in prijs (50) betreft een: <ul style="list-style-type: none"> o Informele kapitaalstorting (bevoordeling dochtervennootschap) o Verkapte dividenduitdeling (bevoordeling moedervennootschap) 	<ul style="list-style-type: none"> - Zakelijkheidsbeginsel niet toepassen - Geen primaire en secundaire transactie - Lagere verkoopbaten niet in aanmerking nemen

³⁰⁴ Vereniging voor de belastingwetenschap, *Geschrift 252: Ficties en forfaits in het belastingrecht*, par. 1.2, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

³⁰⁵ Voor de kwalificerende verrekenprijsverschillen worden de in paragraaf 3.2 beschreven situaties van grensoverschrijdende rentebetalingen of verkopen van vermogensbestanddelen, als uitgangspunt genomen.

Kostensfeer

Bij grensoverschrijdende situaties van rentebetalingen spelen het renteartikel van het OESO-MV (artikel 11 OESO-MV) en de daarop gebaseerde artikelen in bilaterale belastingverdragen, een belangrijke rol ter voorkoming van potentiële dubbele belasting.³⁰⁶ In essentie regelt artikel 11 OESO-MV dat de woonstaat van de rentegeïnteresseerde³⁰⁷ een onbeperkt heffingsrecht heeft over deze renteontvangsten. Naast het onbeperkte heffingsrecht van de woonstaat van de rentegeïnteresseerde, heeft de bronstaat³⁰⁸ een beperkt heffingsrecht van ten hoogste tien procent van het brutobedrag van de rentebetaling. Echter, aangezien belastingverdragen geen belastingplicht creëren, betekent dit dat ingevolge het nationaal recht van de bronstaat een bronstaatheffing dient te bestaan. Nederland kent immers als bronstaat in beginsel geen bronstaatheffing op interest.³⁰⁹ Bovendien beschrijft artikel 11 OESO-MV dat de verdelingsregels voor de heffingsbevoegdheid slechts zien op het arm's-lengthgedeelte van de rentebetaling. De consequentie hiervan is dat beide verdragsluitende staten het bovenmatige gedeelte van de rentebetaling in de heffing mogen betrekken conform hun nationale wetgeving. Met deze bepaling kunnen secundaire transacties plaatsvinden, zodat het excessieve, onzakelijke gedeelte van de rentebetaling kan worden geherkwalificeerd.³¹⁰

In de eerste situatie van tabel 3 wordt een lening ontvangen vanuit het buitenland waarover een rente wordt betaald. Dit betekent dat Nederland in deze situatie de bronstaat is en volgens artikel 11 OESO-MV een beperkt heffingsrecht heeft op de rentebetaling naar het buitenland. Echter, aangezien Nederland als bronland volgens het nationale recht geen bronstaatheffing kent, vindt in beginsel geen heffing plaats. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt ertoe dat de hogere zakelijke rentelasten niet in aanmerking worden genomen. Aangezien Nederland een beperkt heffingsrecht heeft over de zakelijke rentelasten, staat het Nederland vrij om de zakelijke rentelasten tot op zekere hoogte niet in aanmerking te nemen. Het niet in aanmerking nemen van hogere lasten op grond van het zakelijkheidsbeginsel, leidt in beginsel tot een hogere fiscale winst in Nederland. Daarmee is de toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 in deze situatie naar mijn mening niet in strijd met de goede verdragstrouw, aangezien de toepassing van artikel 11 OESO-MV niet wordt ontgaan of uitgehold.

In de tweede situatie van tabel 3 wordt een lening verstrekt waardoor rentebetalingen worden ontvangen vanuit het buitenland. Nederland heeft hierbij als woonstaat van de rentegeïnteresseerde een volledig heffingsrecht op de rente-ontvangsten. Aangezien een hoger rentepercentage wordt overeengekomen dan een zakelijk rentepercentage, vindt op grond van het zakelijkheidsbeginsel een secundaire transactie plaats. Dit is in lijn met arm's-lengthbepaling van artikel 11 OESO-MV, op basis waarvan het excessieve, onzakelijke gedeelte van de rentebetaling geherkwalificeerd kan worden. Indien in deze situatie de moeder vennootschap wordt bevoordeeld, betekent dit dat het bovenmatige gedeelte van de rentebetaling wordt geherkwalificeerd naar verkapt dividend waarop artikel 10 OESO-MV van toepassing is.³¹¹ Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt ertoe dat de lagere rentebaten op grond van het zakelijkheidsbeginsel niet in aanmerking worden genomen, waardoor de fiscale winst in Nederland hoger is. Hiermee wordt de toepassing van artikel 11 OESO-MV naar mijn mening niet ontgaan of uitgehold aangezien Nederland het volledige heffingsrecht heeft en als woonland dient te voorzien in potentiële dubbele heffing.

³⁰⁶ Voor het vervolg van deze uitwerking wordt verondersteld dat voldaan wordt aan de verdragsdefinitie van interest en dat de ontvanger van de rentebetalingen de uiteindelijk gerechtigde is.

³⁰⁷ De staat waarvan de ontvanger van de rentebetalingen wordt geacht fiscaal inwoner te zijn.

³⁰⁸ De staat waarvan de betaler van de rentebetalingen wordt geacht fiscaal inwoner te zijn.

³⁰⁹ Daarentegen kent Nederland wel een conditionele bronheffing (de Wet bronbelasting 2021), welke van toepassing is op interest- en royaltybetalingen naar laagbelastende jurisdicties. Voor het vervolg van deze uitwerking wordt aangenomen dat de Wet bronbelasting 2021 niet van toepassing is.

³¹⁰ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 945.

³¹¹ Zie tabel 3.

Vermogenssfeer

In de derde situatie van tabel 3 wordt een vermogensbestanddeel vervreemd aan een gelieerd lichaam in het buitenland tegen een hogere prijs dan de zakelijke prijs. Bij een grensoverschrijdende situatie van de vervreemding van een vermogensbestanddeel spelen het vermogenswinstartikel van het OESO-MV (artikel 13 OESO-MV) en de daarop gebaseerde artikelen in bilaterale belastingverdragen, een belangrijke rol ter voorkoming van potentiële dubbele belasting.³¹² Artikel 13 OESO-MV bepaalt dat uitsluitend de woonstaat van de vervreemder³¹³ het heffingsrecht heeft over deze vervreemdingswinst.³¹⁴ Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt ertoe dat de lagere verkoopbaten op grond van het zakelijkheidsbeginsel niet in aanmerking worden genomen, waardoor de fiscale winst in Nederland hoger is. Nederland geeft daarmee als bronstaat³¹⁵ invulling aan zijn fiscale jurisdictie, waarbij het niet beperkt wordt door artikel 13 OESO-MV.³¹⁶ Van het ontgaan of uithollen van de toepassing van artikel 13 OESO-MV is daarmee naar mijn mening geen sprake waardoor artikel 8bb Wet VPB 1969 niet in strijd is met de goede verdragstrouw.

5.3.3.3 Artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 in relatie tot de goede verdragstrouw

Artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 ziet op de teboekstelling van verkregen vermogensbestanddelen in afwijking van het zakelijkheidsbeginsel.³¹⁷ Ten aanzien van de goede verdragstrouw worden de artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969 in samenhang beoordeeld, aangezien artikel 8bd Wet VPB 1969 een flankerende maatregel is van artikel 8bc Wet VPB 1969.³¹⁸ In tabel 4 is het overzicht weergegeven van een kwalificerende verrekenprijsmismatch bij de verkrijging van een vermogensbestanddeel.

Tabel 4 – Overzicht teboekstellingsbepaling bij toepassing van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969

Kwalificerende verrekenprijsverschillen	Toepassing zakelijkheidsbeginsel	Toepassing art. 8bc/8bd Wet VPB 1969
1) <u>Vermogenssfeer:</u> Verkrijging vermogensbestanddeel - Overeengekomen verrekenprijs (al dan niet via besmette rechtshandeling): 100 - Zakelijke verrekenprijs: 200 (WEV)	- Primaire aanpassing: teboekstelling tegen hogere zakelijke verrekenprijs van 200 in plaats van de verrekenprijs van 100 (hogere jaarlijkse afschrijvingskosten) - Secundaire transactie: verschil (100) betreft een: <ul style="list-style-type: none">○ Informele kapitaalstorting (beoordeling dochtervennootschap)○ Verkapte dividenduitdeling (beoordeling moedervenootschap)	- Zakelijkheidsbeginsel niet toepassen - Geen primaire en secundaire transactie - Teboekstelling tegen overeengekomen of in de heffing betrokken verrekenprijs (lagere jaarlijkse afschrijving)

³¹² Voor het vervolg van deze uitwerking wordt verondersteld dat voldaan wordt aan de verdragsdefinitie van interest en dat de ontvanger van de rentebetalingen de uiteindelijk gerechtigde is.

³¹³ De staat waarvan de vervreemder van het vermogensbestanddeel wordt geacht fiscaal inwoner te zijn.

³¹⁴ Hierbij wordt aangenomen dat geen sprake is van de vervreemding van onroerende zaken, roerende zaken behorend tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting, schepen en luchtvaartuigen of aandelen in een onroerendzaaklichaam.

³¹⁵ De staat waarin de vermogenswinst op het vermogensbestanddeel is ontstaan, in casu Nederland.

³¹⁶ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 949.

³¹⁷ Zie tabel 2.

³¹⁸ Bij deze uitwerking wordt een grensoverschrijdende verkrijging van een vermogensbestanddeel tussen een moeder- en dochtervennootschap als uitgangspunt genomen.

Het vijfde lid van artikel 13 OESO-MV bepaalt dat uitsluitend de woonstaat van de vervreemder het heffingsrecht heeft over de vervreemdingswinst van het vermogensbestanddeel.³¹⁹ In de beschreven situatie in tabel 4 wordt een vermogensbestanddeel verkregen in Nederland vanuit het buitenland waarbij een verrekenverschil bestaat vanwege een verschil in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. Vanwege het verrekenprijsverschil leidt toepassing van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969 tot een teboekstelling van het vermogensbestanddeel tegen de lagere overeengekomen of ter zake van de rechtshandeling in de heffing betrokken verrekenprijs. De consequentie van de teboekstellingsbepaling is dat jaarlijks afschrijvingskosten ten laste van de Nederlands winst kunnen worden gebracht op basis van de deze lagere waarde. Dit leidt tot een hogere fiscale winst in Nederland jaarlijks. Dit betekent dat Nederland een gedeelte van de winst in de heffing betreft welke door de bronstaat³²⁰ niet in de heffing is betrokken. Het in de heffing betrekken van een onbelaste vermogenswinst door Nederland is daarmee niet in overeenstemming met artikel 13 OESO-MV, aangezien het heffingsrecht uitsluitend is toegewezen aan het andere land. Immers creëren belastingverdragen geen belastingplicht maar verdelen deze slechts heffingsbevoegdheden in het kader van voorkoming van dubbele belasting. Het voorkomen van dubbele niet-heffing is slechts in lijn met doel en strekking van belastingverdragen voor zover deze het gevolg is van belastingontwijking of -ontduiking.³²¹ Echter, deze dubbele niet-heffing wordt veroorzaakt aangezien het andere land naar nationaal recht niet heft over dit gedeelte van de vervreemdingswinst. Door het in de heffing betrekken van deze onbelaste vervreemdingswinst vanwege unilaterale toepassing van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969, wordt de bepaling van artikel 13 lid 5 OESO-MV ontgaan of uitgehold. Dit betekent dat toepassing van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969 naar mijn mening mogelijk in strijd is met de goede verdragstrouw.

In aanvulling op het argument van het ontgaan of uithollen van de bepaling van artikel 13 OESO-MV, beschrijft Roumen dat het in de heffing betrekken van onbelaste vermogenswinsten van verkregen vermogensbestanddelen, in feite gezien kan worden als immigratieheffing.³²² Ten aanzien van emigratieheffingen geldt dat deze in strijd kunnen met de goede verdragstrouw indien als gevolg hiervan een voordeel in de heffing wordt betrokken waarvan het heffingsrecht vanuit zijn werkelijke aard bezien, al dan niet potentieel, is toegewezen aan de immigratiestaat.³²³ Aangezien zowel immigratie- als emigratieheffingen de Nederlandse fiscale jurisdictie bepalen, stelt de auteur dat beide heffingen op één lijn kunnen worden gesteld. Analoge toepassing geeft dat immigratieheffingen derhalve in strijd kunnen zijn met de goede verdragstrouw indien als gevolg hiervan een voordeel in de heffing wordt betrokken waarvan het heffingsrecht vanuit zijn werkelijke aard bezien, al dan niet potentieel, is toegewezen aan de emigratiestaat. Daarentegen, in feite kunnen immigratieheffingen beschouwd worden als extraterritoriale heffingen, waarbij geldt dat extraterritoriale heffingen over fictieve vervreemdingswinsten in het geval van een aanmerkelijk belang niet in strijd zijn met de goede verdragstrouw. Dit wordt verklaard aangezien vanuit verdragsperspectief een bij vervreemding, niet in aanmerking genomen vermogensaanwas, op grond van artikel 13 lid 5 OESO-MV in de heffing mag worden betrokken.³²⁴ Bovendien past een dergelijke heffing vanuit nationaalrechtelijk perspectief bij het karakter van het regime van het aanmerkelijk belang, waarbij de ontstane vermogenswinsten in Nederland in de heffing worden betrokken. Wanneer vanuit nationaalrechtelijk perspectief wordt gekeken naar de fiscale consequentie van de artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969, het niet aanpassen van de teboekstellingswaarde naar de hogere zakelijke waarde of waarde in het economische verkeer, staat dit haaks op het karakter van het totaalwinstbeginsel. Immers, op grond van het

³¹⁹ Zie paragraaf 5.3.3.2.

³²⁰ De staat waarin de vermogenswinst op het vermogensbestanddeel is ontstaan, in casu het andere land.

³²¹ Zie paragraaf 5.2.2.3 en 5.2.4.2.

³²² R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 949.

³²³ Zie paragraaf 5.3.2.

³²⁴ Commentaar op artikel 13 betreffende vermogenswinsten van het OESO-MV 2017, punten 2-9, 12 en 29.

totaalwinstbeginsel wordt beoogd de totale winst van een onderneming gedurende de gehele levensduur te belasten binnen de Nederlandse fiscale jurisdictie.³²⁵ De artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969 maken daarmee vanuit nationaalrechtelijk perspectief een inbreuk op het totaalwinstbeginsel en vanuit verdragsrechtelijke perspectief een inbreuk op de goede verdragstrouw, aangezien een dergelijke immigratieheffing vanuit zijn werkelijke aard gezien is toegewezen aan de emigratiestaat.³²⁶

5.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is beschreven hoe de Wet TMTZ zich verhoudt tot belastingverdragen en of de bepalingen van de Wet TMTZ in overeenstemming zijn met de goede verdragstrouw:

“Hoe verhoudt de Wet TMTZ zich tot belastingverdragen en zijn de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ in overeenstemming met de goede verdragstrouw?”

De Wet TMTZ beoogt verrekenprijsverschillen te elimineren welke ontstaan door een verschil in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. Vanwege de unilaterale implementatie van de Wet TMTZ door Nederland, betekent dit dat deze bepalingen met name in grensoverschrijdende situaties van invloed zijn. Dit leidt ertoe dat belastingverdragen worden beïnvloed door de bepalingen van de Wet TMTZ, aangezien belastingverdragen hoofdzakelijk dienen ter voorkoming van dubbele belasting in grensoverschrijdende situaties. Door middel van een verdeling van heffingsbevoegdheden ten aanzien van verschillende inkomens- en vermogensbestanddelen, wordt op deze wijze juridisch dubbele belasting voorkomen. Naar aanleiding van het BEPS-project is het tegengaan van belastingontwijking en -ontduiking is toenemende mate relevanter geworden, waardoor dit in de 2017-update is opgenomen in de titel en preambule van het OESO-MV. Aangezien de Wet TMTZ beoogt dubbele niet-heffing tegen te gaan, betekent dit dat de bepalingen uitsluitend in overeenstemming zijn met doel en strekking van belastingverdragen voor zover deze dubbele niet-heffing het gevolg is van belastingontwijking of -ontduiking. In feite wordt met de bepalingen van de Wet TMTZ vooruitgelopen op Pijler 2, aangezien Nederland bijheft over het inkomen dat elders niet in de heffing wordt betrokken. Daarnaast is de Wet TMTZ in het bijzonder van invloed op artikel 9 OESO-MV, aangezien daarin het arm's-lengthbeginsel is vastgelegd. Daarbij kunnen de fiscale consequenties van de Wet TMTZ worden onderverdeeld twee categorieën, het belasten van onzakelijke baten en het niet in aanmerking nemen van zakelijke lasten. Op grond van artikel 9 OESO-MV wordt het heffingsrecht over zakelijke kosten en opbrengsten toegewezen aan Nederland en wordt het onzakelijke gedeelte toegewezen aan de andere verdragsluitende staat. In zoverre is het belasten van onzakelijke baten op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969 niet in overeenstemming met artikel 9 OESO-MV. Daarentegen is het niet in aanmerking nemen van zakelijke kosten niet in strijd met artikel 9 OESO-MV, aangezien het heffingsrecht over zakelijke kosten volledig aan Nederland toebehoort.

Bij de toepassing en uitleg van belastingverdragen speelt verdragsinterpretatie een belangrijk rol. Ingevolge het Verdrag van Wenen geldt als hoofdregel dat verdragen door verdragspartners te goeder trouw uitgelegd dienen te worden, waarbij deze goede verdragstrouw dient als fundamenteel beginsel binnen het internationale belastingrecht. In enkele gewezen arresten door de Hoge Raad is invulling gegeven aan het beginsel van de goede verdragstrouw. Het implementeren of aanpassen van bepalingen waardoor de toepassing van een verdragsbepaling wordt uitgehouden of ontgaan is in strijd met de goede verdragstrouw. Daarnaast laat de goede verdragstrouw het niet toe wanneer door ficties in nationale wetgeving inkomsten onder andere verdragsbepalingen vallen, welke Nederland minder beperken in heffingsrecht. Bovendien zijn emigratieheffingen in het kader van claimbehoud in strijd met de goede verdragstrouw indien het heffingsrecht over deze voordelen is toegewezen aan de immigratiestaat. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt bij verrekenprijsverschillen in de

³²⁵ R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134, p. 949.

³²⁶ De staat waar de vermogenswinst van het vermogensbestanddeel is ontstaan en daarna wordt vervreemd.

kostensfeer en de vermogenssfeer niet tot uitholling of ontgaan van artikel 11 (renteartikel) respectievelijk artikel 13 OESO-MV (vermogenswinstartikel). Toepassing van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 leidt daarentegen wel tot uitholling of ontgaan van artikel 13 OESO-MV, aangezien Nederland onbelaste vervreemdingswinst in de heffing betreft terwijl het heffingsrecht hiertoe is toegewezen aan de woonstaat van de vervreemder. Bovendien kunnen de bepalingen van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 worden beschouwd als immigratieheffing, welke in strijd is met de goede verdragstrouw aangezien de voordelen door Nederland in de heffing worden betrokken. Het heffingsrecht hiertoe behoort immers aan de emigratiestaat, ofwel de staat waar de onbelaste vermogenswinst is gerealiseerd.

Hoofdstuk 6 – Conclusie

6.1 Introductie

In het kader van het tegengaan van belastingontwijking heeft Nederland unilaterale maatregelen genomen in de vorm van de Wet TMTZ, ter voorkoming van dubbele niet-heffing als gevolg van verrekenprijsverschillen. De vraag is of de ingevoerde wetgeving benodigd en het juiste middel is om deze doelstelling te bereiken. Hoewel de door Nederland genomen unilaterale maatregelen kunnen leiden tot voorkoming van dubbele niet-heffing, kunnen enkele beginselen binnen het EU-recht en het internationale belastingrecht worden beïnvloed door de bepalingen van de Wet TMTZ. Hiertoe kan worden afgevraagd hoe de Wet TMTZ zich verhoudt tot het EU-recht en het internationale belastingrecht. Vorenstaande heeft geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

“Hoe verhoudt de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel zich tot de door de wetgever beoogde doelstellingen, het EU-recht en belastingverdragen, en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten en strijdigheden worden opgelost?”

In paragraaf 6.2 worden de deelvragen in een korte samenvatting nogmaals beantwoord, alvorens in paragraaf 6.3 een antwoord wordt gevormd op de centrale onderzoeksvraag. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele aanbevelingen voor toekomstig onderzoek.

6.2 Samenvatting

6.2.1 Hoofdstuk 2 – Het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 en de Wet TMTZ

“Hoe is het zakelijkheidsbeginsel binnen de Wet VPB 1969 vormgegeven en op welke wijze beogen de bepalingen van de Wet TMTZ verrekenprijsmismatches tegen te gaan?”

De Wet TMTZ is geïntroduceerd in het kader van de voorkoming van dubbele niet-heffing als gevolg van verrekenprijsverschillen. Verrekenprijsverschillen kunnen ontstaan vanwege een verschil in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel. Het Nederlandse zakelijkheidsbeginsel volgt uit het totaalwinstbeginsel. Het totaalwinstbeginsel heeft als uitgangspunt dat verkregen voordelen uit de aandeelhoudersrelatie uit de winst geëlimineerd dienen te worden. Deze voordelen uit de kapitaalsfeer kunnen zich voordoen in de vorm van uitdelingen of kapitaalstortingen, afhankelijk van of deze bevoordeling ‘omhoog’ of ‘omlaag’ plaatsvindt. Daarnaast wordt een onderscheid gemaakt tussen formele en informele bevoordelingen. Dit heeft ertoe geleid dat uitsluitend voordelen welke zijn oorsprong vinden in de bedrijfsuitoefening, onderdeel zijn van de totaalwinst. Daarnaast is het zakelijkheidsbeginsel expliciet vastgelegd in artikel 8b Wet VPB 1969, welke feitelijk als ‘poortwachter’ dient tussen de Wet VPB 1969 en de internationale consensus over verrekenprijzen. Met de implementatie van artikel 8b Wet VPB 1969 conformeert Nederland zich aan het arm’s-lengthbeginsel zoals deze volgens de OESO wordt gedefinieerd. Het verrekenprijsbesluit dient daarbij als intermediair tussen het zakelijkheidsbeginsel en de OESO-richtlijnen, waardoor deze dynamisch geïnterpreteerd wordt en ontwikkelingen meegenomen kunnen worden.

Ongeacht of een corresponderende heffing plaatsvond in het andere land, maakte Nederland geen onderscheid in toepassing van het zakelijkheidsbeginsel waardoor verrekenprijsverschillen konden optreden. Met de introductie van de Wet TMTZ is dit niet langer het geval, aangezien de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel afhankelijk wordt gesteld van een corresponderende heffing bij het gelieerde lichaam waarmee een transactie is aangegaan. Daarmee wordt een inbreuk gemaakt op het traditionele totaalwinstbeginsel, in het kader van de voorkoming van dubbele niet-heffing. De wet beoogt dubbele niet-heffing tegen te gaan doordat enkel neerwaartse winstaanpassingen in aanmerking genomen kunnen worden of vermogensbestanddelen geactiveerd kunnen worden tegen de zakelijke waarde, indien aannemelijk wordt gemaakt dat een corresponderende opwaartse winstaanpassing heeft plaatsgevonden bij het gelieerde lichaam.

6.2.2 *Hoofdstuk 3 – Een analyse van de Wet TMTZ: doeltreffendheid en potentiële knelpunten*
“Voldoet de Wet TMTZ aan de in de nota Zicht op wetgeving beschreven kwaliteitseis
doeltreffendheid en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten worden weggenomen?”

Door het niet in aanmerking nemen van neerwaartse winstaanpassingen op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969, worden verrekenprijsmismatches in de kosten- en vermogenssfeer tegengegaan. Immers, toepassing van het zakelijkheidsbeginsel kan leiden tot het in aanmerking nemen van hogere lasten of lagere baten. Als er geen opwaartse winstaanpassing bij het gelieerde lichaam in de heffing wordt betrokken, leidt het niet in aanmerking nemen van neerwaartse winstaanpassingen ertoe dat dubbele niet-heffing wordt voorkomen. Binnen de vermogenssfeer geldt dit voor de verkrijging van vermogensbestanddelen, waarbij toepassing van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 ertoe leidt dat mogelijke verrekenprijsmismatches worden tegengegaan. Deze verrekenprijsmismatches kunnen zowel ontstaan door de verkrijging van een vermogensbestanddeel tegen een onzakelijke prijsstelling als door een ‘besmette’ rechtshandeling. Aangezien bij het gelieerde lichaam niet dezelfde waarde ter zake van de overdracht van het vermogensbestanddeel in de heffing wordt betrokken, dient het vermogensbestanddeel te boek te worden gesteld tegen de overeengekomen verrekenprijs of de waarde ter zake van de overdracht. Op deze wijze wordt dubbele niet-heffing voorkomen.

Toepassing van de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ leidt naast de voorkoming van dubbele niet-heffing eveneens tot enkele knelpunten. Dit geldt met name voor transacties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen, welke onder de reikwijdte van de Wet TMTZ vallen. Een voorbeeld hiervan is het in de heffing betrekken van niet-genoten waardeaan groei als gevolg van artikel 8bd Wet VPB 1969, welke afkomstig is uit de bezitsperiode van het gelieerde lichaam waarvan het vermogensbestanddeel wordt verkregen. Deze niet-genoten waardeaan groei wordt gerealiseerd op het moment wanneer het vermogensbestanddeel wordt vervreemd. De potentiële onredelijke situaties bij toepassing van de Wet TMTZ zouden weggenomen kunnen worden met de introductie van een tegenbewijsregeling, hetgeen niet aan de orde is. Aangezien artikel 8bd Wet VPB in bepaalde situaties aan zijn doel voorbij schiet, heeft de staatssecretaris besloten dat dit artikel onder voorwaarden geen toepassing vindt in situaties met subjectief vrijgestelde lichamen of lichamen welke niet zijn onderworpen aan een winstbelasting. Daarnaast is het effectieve tarief waartegen een betrekking in de heffing bij het gelieerde lichaam plaatsvindt, niet relevant waardoor tariefmismatches blijven bestaan. Hiertoe zou een compenserende heffing zoals in artikel 10a Wet VPB 1969 mogelijk uitkomst kunnen bieden. In het geval van de vervreemding van aandelen in een deelneming leidt dit mogelijk er toe dat de voordelen zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Dit zou derhalve kunnen leiden tot dubbele niet-heffing vanwege de vrijstelling. Derhalve zou in het kader van de systematiek van de Wet VPB 1969 en de samenloop van artikel 8bc en 8bd Wet VPB 1969 met de deelnemingsvrijstelling, een afschrijvingsbeperking meer passend zijn. Immers, op deze wijze kan dubbele niet-heffing tevens worden voorkomen, zonder dat hierbij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel achterweg blijft en de fiscale waardering wordt aangepast. Aangezien bij een afschrijvingsbeperking geen waardesprong zou plaatsvinden, is dubbele niet-heffing niet langer aan de orde.

6.2.3 *Hoofdstuk 4 – De Wet TMTZ in relatie tot het EU-recht*
“Is de Wet TMTZ verenigbaar met het EU-recht en welke aanbevelingen kunnen hiertoe gedaan
worden indien dit niet het geval is?”

In het kader van de verenigbaarheid met het EU-recht is de Wet TMTZ van toepassing verklaard in zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties, zodat formeel geen sprake is van discriminatie. Echter, aangezien de Wet TMTZ de facto met name van toepassing is in grensoverschrijdende situaties kan alsnog sprake zijn van EU-rechtelijke belemmeringen van verkeersvrijheden.

De bepalingen van de Wet TMTZ leiden tot een nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties ten opzichte van puur binnenlandse situaties, wat een belemmering van de vrijheid van vestiging kan vormen. Op grond van de arresten Eurowings, SIAT en Lexel kan geconcludeerd worden dat in tegenstelling tot het arrest Schempp, sprake is van objectief vergelijkbare situaties. Deze conclusie leidt ertoe dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Dit betreft een verboden belemmering indien deze niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op een van de mogelijke rechtvaardigingsgronden. Deze rechtvaardigingsgronden dienen bovendien proportioneel en noodzakelijk te zijn. Gezien het karakter van de Wet TMTZ geldt het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking vermoedelijk slechts als potentiële rechtvaardigingsgrond. Echter, in het Lexel-arrest is geoordeeld dat deze rechtvaardigingsgrond enkel proportioneel is wanneer uitsluitend volstrekt kunstmatige constructies worden bestreden door de maatregelen, hetgeen niet aan de orde is. Daarnaast dient te worden voldaan aan de proportionaliteitstoets, welke niet wordt doorstaan door de Wet TMTZ aangezien toepassing van de Wet TMTZ ertoe leidt dat kosten op arm's-lengthbasis niet in aanmerking worden genomen. Bovenal, is de rechtvaardigingsgrond van de bestrijding van belastingmisbruik en -ontwijking slechts proportioneel ingevolge de bestaande EU-rechtelijke rechtsmisbruikdoctrines, indien voldaan wordt aan strenge vereisten zoals een mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. Het ontbreken van deze tegenbewijsmogelijkheid binnen de Wet TMTZ leidt ertoe dat deze rechtvaardigingsgrond mogelijk niet proportioneel wordt beschouwd, waardoor sprake is van een verboden belemmering.

6.2.4 Hoofdstuk 5 – De wet TMTZ in relatie tot belastingverdragen

“Hoe verhoudt de Wet TMTZ zich tot belastingverdragen en zijn de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ in overeenstemming met de goede verdragstrouw?”

Vanwege het voornamelijk grensoverschrijdende karakter van de Wet TMTZ, zijn de bepalingen van invloed op belastingverdragen. Immers, Nederland heeft unilaterale maatregelen genomen die potentieel in strijd kunnen zijn met de doel en strekking van bilaterale belastingverdragen en de hierin opgenomen verdeling van heffingsrechten. De bepalingen van de Wet TMTZ zijn slechts in overeenstemming met doel en strekking van belastingverdragen, indien dubbele niet-heffing wordt voorkomen indien deze voortvloeit uit belastingontwijking of -ontduiking. Dit betekent dat slechts belastingontwijking hierbij een rol speelt, aangezien dubbele niet-heffing als gevolg van belastingontduiking niet wordt voorkomen door de bepalingen van de Wet TMTZ. Bovendien leidt toepassing van de Wet TMTZ ertoe dat het zakelijkheidsbeginsel niet wordt toegepast, wat op gespannen voet kan staan met het arm's-lengthbeginsel van artikel 9 OESO-MV vanwege het belasten van onzakelijke baten en het niet in aanmerking nemen van zakelijke kosten. Aangezien het heffingsrecht over het onzakelijke gedeelte van betalingen is toegewezen aan de andere staat, is het belasten van onzakelijke baten niet in overeenstemming met artikel 9 OESO-MV. Het niet in aanmerking nemen van zakelijke kosten wordt niet belemmerd door artikel 9 OESO-MV aangezien, het heffingsrecht over zakelijke kosten toebehoort aan Nederland.

Naast dat de toepassing van de Wet TMTZ in lijn met doel en strekking van belastingverdragen dient te zijn, mag de toepassing van de afzonderlijke bepalingen er niet toe leiden dat heffingsrecht naar Nederland wordt getrokken terwijl dit heffingsrecht is toebedeeld aan een ander land. Bij toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 ten aanzien van de potentiële verrekenprijsverschillen in de kostensfeer, is geen sprake van het uithollen of ontgaan van artikel 11 OESO-MV. Hetzelfde geldt voor artikel 8bb Wet VPB 1969 bij verrekenprijsverschillen in de vermogenssfeer, welke niet in strijd is met de verdeling van heffingsrechten volgens artikel 13 OESO-MV. Daarentegen kan toepassing van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969 wel leiden tot het uithollen of ontgaan van artikel 13 OESO-MV. Immers, op basis van deze artikelen trekt Nederland een gedeelte van de winst in de heffing, terwijl het heffingsrecht hiertoe is toegewezen aan de staat waar de vermogenswinst is ontstaan.

6.3 Conclusie

“Hoe verhoudt de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel zich tot de door de wetgever beoogde doelstellingen, het EU-recht en belastingverdragen, en op welke wijze kunnen potentiële knelpunten en strijdigheden worden opgelost?”

In het kader van het tegengaan van internationale belastingontwijking door verrekenprijverschillen en informeel-kapitaalstructuren, heeft Nederland unilaterale maatregelen genomen in de vorm van de Wet TMTZ. Toepassing van de afzonderlijke bepalingen van de Wet TMTZ leidt ertoe dat dubbele niet-heffing wordt voorkomen, waardoor geconcludeerd kan worden dat de Wet TMTZ bijdraagt aan de realisatie van de door de wetgever gestelde doelstelling. Ondanks toepassing van de Wet TMTZ leidt tot realisatie van de doelstelling, kent de toepassing van de afzonderlijke bepalingen ook enkele knelpunten. Dit ziet met name op transacties met subjectief vrijgestelde of beperkt belastingplichtige lichamen, welke onder de reikwijdte van de Wet TMTZ vallen vanwege het criterium van betrekking in een naar de winst geheven belasting. Aangezien dergelijke lichamen niet belastingplichtig zijn, kan per definitie geen sprake zijn van betrekking in een naar de winst geheven belasting. Toepassing van de Wet TMTZ op binnenlandse transacties met een subjectief vrijgesteld of beperkt belastingplichtig lichaam kan leiden tot onredelijke situaties. Immers kan toepassing van de Wet TMTZ leiden tot het in de heffing betrekking van (niet-)genoten waardeaanroei bij de belastingplichtige welke is ontstaan in de bezitsperiode. Voor kwalificerende situaties speelt dit probleem niet langer vanwege het besluit van de staatssecretaris. Indien sprake is van de vervreemding van de aandelen in een deelneming, is de kwestie aan de orde of de deelnemingsvrijstelling al dan niet van toepassing is. Knelpunten door toepassing van de Wet TMTZ zouden potentieel weggenomen kunnen worden door het opnemen van een tegenbewijsmogelijkheid en een compenserende heffingstoets ter zake van tariefmismatches. Bovendien geldt dat een afschrijvingsbeperking in plaats van een teboekstellingsbepaling meer passend zou zijn voor de artikelen 8bc en 8bd Wet VPB 1969, gezien de systematiek van de Wet VPB 1969 en de samenloop met de deelnemingsvrijstelling. Immers, het van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling op basis van de huidige bepalingen kan ondanks de teboekstellingsbepalingen leiden tot dubbele niet-heffing.

Aangezien de Wet TMTZ met name ziet op grensoverschrijdende situaties en daarmee potentieel de facto discriminerend is, kunnen de bepalingen mogelijk in strijd zijn met het EU-recht vanwege een het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid. Immers, toepassing van de bepalingen leidt tot een nadelige behandeling van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van binnenlandse situaties. Daarbij geldt dat op grond van de arresten Eurowings, SIAT en Lexel geconcludeerd kan worden dat grensoverschrijdende situaties objectief vergelijkbaar zijn met binnenlandse situaties, hetgeen vereist is voor een EU-rechtelijke beoordeling. De belemmering van de vrijheid van vestiging door toepassing van de Wet TMTZ is niet verboden indien hiertoe een kwalificerende rechtvaardigingsgrond bestaat. Hiertoe geldt dat uitsluitend de voorkoming van belastingfraude en -ontwijking kan dienen als rechtvaardigingsgrond, op basis waarvan onder meer een tegenbewijsmogelijkheid wordt vereist. Het opnemen van een tegenbewijsmogelijkheid leidt derhalve tot het wegnemen van potentiële EU-rechtelijke problemen.

Naast het EU-recht, is de Wet TMTZ ook van invloed op het internationale belastingrecht en het fundamentele beginsel van de goede verdragstrouw. Immers, met de unilaterale maatregelen wordt potentieel het heffingsrecht ten aanzien van de betreffende inkomens- of vermogensbestanddelen naar Nederland getrokken, daar waar dit heffingsrecht toebehoort aan het andere land. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 leidt niet tot het ontgaan of uithollen van artikel 11 of 13 OESO-MV, daar waar toepassing van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969 mogelijk de toepassing van artikel 13 OESO-MV ontgaat of uitholt. Een dergelijke strijdigheid met artikel 13 OESO-MV kan niet ongedaan worden gemaakt door het aanpassen van de teboekstellingsbepaling van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969 naar een afschrijvingsbeperking. Immers wordt op deze wijze nog steeds de onbelaste waardeaanroei in

Nederland in de heffing betrokken terwijl het heffingsrecht hiertoe toebehoort aan het andere land. Bovendien is het in de heffing betrekken van onzakelijke baten op grond van artikel 8bb Wet VPB 1969 mogelijk niet in overeenstemming met artikel 9 OESO-MV.

6.4 Mogelijkheden voor nader onderzoek

De onderliggende onderwerpen van dit onderzoek naar de Wet TMTZ over de doeltreffendheid, de verhouding met het EU-recht en het internationale belastingrecht zouden in toekomstig onderzoek nader worden onderzocht kunnen worden wanneer enkele onduidelijkheden uitgekristalliseerd of knelpunten weggenomen worden door wetswijzigingen of rechtspraak. Hierbij valt te denken aan het wegnemen van tariefmismatches indien een compenserende heffingstoets geïntroduceerd zou worden en op welke wijze dit de bepalingen beïnvloed. Daarnaast kunnen mogelijke aanpassingen van artikel 8bd Wet VPB 1969 onderzocht worden vanwege onwenselijke uitkomsten in bepaalde situaties en hoe de Wet TMTZ zich in het algemeen verhoudt tot de deelnemingsvrijstelling. Zo kan bijvoorbeeld nader onderzoek worden gedaan naar de doelmatigheid van de Wet TMTZ, vanwege potentiële onbedoelde negatieve neveneffecten van de toepassing van de Wet TMTZ. Mogelijke aanpassingen van de bepalingen van de Wet TMTZ kunnen bovendien weer van invloed zijn op EU-rechtelijke en internationaal belastingrechtelijke aspecten. Daarnaast zal in de rechtspraak uitgekristalliseerd moeten worden in hoeverre toepassing van de Wet TMTZ leidt tot verboden belemmeringen in EU-rechtelijk opzicht. Immers, indien geoordeeld zal worden dat in tegenstelling tot andere arresten, ten aanzien van de Wet TMTZ geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties, is een EU-rechtelijke beoordeling niet langer aan de orde. Bovendien kan toekomstig onderzoek uitwijzen in hoeverre toepassing van de Wet TMTZ in strijd is met verdragsrechtelijke aspecten. Toepassing van artikel 8bb Wet VPB 1969 lijkt immers niet in overeenstemming te zijn met artikel 9 OESO-MV door het belasten van onzakelijke baten. Daarnaast is het in de heffing betrekken door Nederland van de onbelaste waardeaanwinst van vermogensbestanddelen op grond van artikel 8bc of 8bd Wet VPB 1969, welke afkomstig is uit de bezitsperiode van de vervreemder, mogelijk in strijd met artikel 13 OESO-MV. Rechtspraak of nader onderzoek zou in dit kader mogelijk kunnen uitwijzen in hoeverre de toepassing van deze artikelen daadwerkelijk in strijd is met de goede verdragstrouw.

Literatuuroverzicht

Tijdschriften

P.G.H. Albert, 'De kostenarresten en de renteloze lening', *WFR* 2001/745.

Avi-Yonah & S. Reuven, 'Full circle? The Single Tax Principle, BEPS, and the New US Model' (October 13, 2015). 1 *Global Tax'n* 12 (2016), U of Michigan Public Law Research Paper No. 480, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 15-019.

R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdagsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/22.

J.N. Bouwman, 'Bezuinigingsopties in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2020/2911.

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

R.S.J. Dwarkasing, 'The concept of associated enterprises', *Intertax* 2013/41.

I.J.A. Hegeman & S.A. Stevens, 'Aanpassing van het zakelijkheidsbeginsel per 1 januari 2022', *TvOB* 2022-3.

A.W. Hofman, 'Het belasten van winst in het bouwstenenrapport', *WPNR* 2020/7295.

M.J. van Hulten, 'Lexel AB: marktconformiteit, kunstmatigheid en economische integratie', *WFR* 2021/201.

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

C.A.T. Peters, 'Totaalwinst en mismatches: over hitsigheid en de nieuwe werkelijkheid', *WFR* 2021/226.

C.A.T. Peters, 'Artikel 8bb Wet VPB 1969 in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief: had Trancredi gelijk?', *WFR* 2022/31.

Redactie NTFR, 'NOB-commentaar op mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *NTFR* 2021/3383.

Redactie NTFR, 'Wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *NTFR* 2021/3514.

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Antwoorden staatssecretaris op feitelijke vragen Tweede Kamer', *V-N* 2018/33.2.

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

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Consultatie gestart over conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel'', *V-N* 2021/13.7.

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Pakket Belastingplan 2022. Reactie staatssecretaris op Commentaren NOB en RB', *V-N* 2021/50.3.

R.H.M. Roumen, 'Het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' in relatie tot belastingverdragen', *WFR* 2021/134.

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

A.J.A. Stevens & C.A.T. Peters, 'Het nieuwe verrekenprijzenbesluit', *NFR-B* 2018/44.

J. Versluis, 'Secundaire transacties en de Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *WFR* 2022/216.

M.F. de Wilde & C. Wisman, 'OESO-consultatie digitale economie: 'grondslaghervereiding en 'ik belast wat jij niet doet'', *NLF-W* 2019/1.

M.F. de Wilde, 'Uitkomsten Inclusive Framework over de herziening van het internationale belastingsysteem', *NFR* 2021/3793.

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

Boeken

R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit, H.A. Vollebregt & E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht (Fiscale Studieresie nr. 39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

J. Hindriks & G.D. Myles, *Intermediate Public Economics. Second Edition*, Cambridge, MA: The MIT Press 2013.

Vereniging voor de belastingwetenschap, *Geschrift 252: Ficties en forfaits in het belastingrecht*, par. 1.2, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Studieresie nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Parlementaire stukken en rapporten

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van enkele mismatches die ontstaan bij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel in de vennootschapsbelasting (Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel)

Wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel (*Kamerstukken* 2021/22, 35933).

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

Rapport Commissie-ter Haar 2020

Rapport commissie van belastingheffing van multinationals, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 623.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020 (*Kamerstukken II 2020/21*, 31066, nr. 699).

Overige parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022, nr. 2022-139020 (Stcrt. 2022, 16685).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2023, nr. 2022-322315 (Stcrt. 2023, 2621).

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2019 (*Kamerstukken II 2018/19*, nr. 3746).

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2.

Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 33006, nr. 6.

Kamerstukken II 2017/18, 25087, nr. 188.

Ministerie van Financiën, Wet van 22 december 2021 tot wijziging van de Wet VPB 1969 (*Stb.* 2021, 654).

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 25087, nr. 7.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 25087, nr. 256.

NOB-commentaren

Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 2 april 2021.

NOB-commentaar ter zake van het Wetsvoorstel tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel, Amsterdam, 1 oktober 2021.

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG)

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

HvJ EG 26 oktober 1999, nr. C-294/97, ECLI:EU:C:1999:524 (*Eurowings Luftverkehrs AG*).

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

HvJ EG 13 maart 2007, nr. C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap GLO*).

Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU)

HvJ EU 21 januari 2010, nr. C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26 (*SGI*).

HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (*Société d'Investissement pour l'Agriculture Tropicale SA*).

HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding*).

HvJ EU 31 mei 2018, nr. C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366 (*Hornbach*).

HvJ EU 8 oktober 2020, nr. C-558/19, ECLI:EU:C:2020:806 (*Impresa Pizzarotti*).

HvJ EU 20 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel AB*).

Hoge Raad

HR 2 december 1953, nr. 13 084, ECLI:NL:HR:1953:AY4076.
HR 3 april 1957, nr. 13084, ECLI:NL:HR:1957:AY1604.
HR 12 februari 1958, nr. 13456, ECLI:NL:HR:1958:AY1835 & HR 10 december 1958, nr. 13791, ECLI:NL:HR:1958:AY0969 (*de kostenarresten*).
HR 31 mei 1978, nr. 18230, ECLI:NL:HR:1978:AX2866 (*Zweedse grootmoeder-arrest*).
HR 8 juli 1986, nr. 23440, ECLI:NL:HR:1986:AW7929 & HR 8 juli 1986, nr. 23441 ECLI:NL:HR:1986:AW7924 (*de informele kapitaal-arresten*).
HR 28 februari 2001, nr. 35557, ECLI:NL:HR:2001:AB0296 (*het drielandenpuntarrest*).
HR 5 september 2003, nr. 37651, ECLI:NL:HR:2003:AE8398 (*de 5-septemberarresten*).
HR 17 december 2004, nr. 39080, ECLI:NL:HR:2004:AP6652 (*Ierland-arrest*).
HR 13 mei 2005, nr. 39144, ECLI:NL:HR:2005:AR1497; nr. 39610, ECLI:NL:HR:2005:AR1683; nr. 39613, ECLI:NL:HR:2005:AR1738; nr. 40192, ECLI:NL:HR:2005:AR2238 (*de pensioenarresten*).
HR 20 februari 2009, nr. 07/13267, ECLI:NL:HR:2009:BI8563.
HR 18 november 2016, nr. 15/04977, ECLI:NL:HR:2016:2497 (*de fictiefloonarresten*).

Concl. A-G P.J. Wattel, nr. 39144, ECLI:NL:PHR:2005:AR1497, bij HR 13 mei 2005.

Online bronnen

A.J.M. Arends, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer.
J. de Blicq, R.J. Koopman, M. Rabenort & D.J. Sinke (red.), *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer.
J. de Blicq, R.J. Koopman, M. Rabenort & D.J. Sinke (red.), *Nederlands Internationaal Belastingrecht* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 8), Deventer: Wolters Kluwer.
Reactie Deloitte Belastingadviseurs B.V. bij consultatie van het wetsvoorstel verrekenprijverschillen (Nolten & De Ruiter), <https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijverschillen/reactie/166056/bestand>.
OESO, *Thin Capitalization Report*, 1987.
OESO, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2022
C. van Raad & F.P.G. Pötgens, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.
Wet minimumbelasting 2024 van 24 oktober 2022, www.internetconsultatie.nl.
Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel van 4 maart 2021, www.internetconsultatie.nl