

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

De samenwerkende groep in de Wet bronbelasting 2021, de zoektocht naar zekerheid

*Een onderzoek naar de verhouding van de samenwerkende groep tot de ratio van de
Wet bronbelasting 2021*

Naam student: Sofie de Haas

Studentnummer: 574924

Begeleider: Dr. L.C. van Hulten

Tweede beoordelaar: F.P.H. van Hal MSc.

Datum definitieve versie:

*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

Lijst van gebruikte afkortingen.....	4
Hoofdstuk 1. Inleiding.....	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Opzet en methodologie	7
1.3 Afbakening.....	7
Hoofdstuk 2. De ratio van de Wet BB 2021	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Achtergrond en totstandkoming	9
2.3 Werking van de Wet BB 2021	10
2.3.1 Algemeen	10
2.3.2 Belastingplicht bij een LBJ.....	10
2.3.3 Belastingplicht in misbruiksituaties	11
2.3.4 Belastingplicht bij hybride lichamen	13
2.3.5 Gelieerdheid.....	14
2.4 Doel en strekking van de Wet BB 2021	15
2.5 Tussenconclusie.....	16
Hoofdstuk 3. Definitie van het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969	18
3.1 Inleiding	18
3.2 Artikel 10a Wet VPB 1969.....	18
3.3 Implementatie van het begrip ‘samenwerkende groep’ in artikel 10a Wet VPB 1969 ..	19
3.3.1 Achtergrond van de samenwerkende groep	19
3.3.2 Doel en strekking van de samenwerkende groep.....	19
3.3.3 Elementen van de samenwerkende groep.....	21
3.4 Jurisprudentie betreffende de samenwerkende groep	22
3.5 Tussenconclusie.....	24
Hoofdstuk 4. Verhouding tussen de samenwerkende groep en de Wet BB 2021	25
4.1 Inleiding	25
4.2 Samenwerkende groep in de Wet BB 2021	25
4.2.1 Toepassing van de samenwerkende groep in de Wet BB 2021.....	25
4.2.2 Beperkingen.....	27
4.3 Aanbevelingen aan de wetgever	29
4.4 Tussenconclusie.....	31
Hoofdstuk 5. Conclusie	33
5.1 Inleiding	33

5.2 Bevindingen	33
5.3 Conclusie	35
Literatuur- en jurisprudentielijst.....	37
Wetenschappelijke artikelen.....	37
Boeken.....	38
Rapporten en verslagen	38
Parlementaire stukken	39
Jurisprudentie	39

Lijst van gebruikte afkortingen

ATAD	= Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	= Base Erosion and Profit Shifting
EU	= Europese Unie
HR	= Hoge Raad
HvJ	= Hof van Justitie
LBJ	= Laagbelastende jurisdictie
LP	= Limited Partnership
MNO	= Multinationale onderneming
OESO	= Organisatie voor Economische en Sociale Ontwikkeling
v.i.	= Vaste inrichting
Wet BB 2021	= Wet bronbelasting 2021
Wet DB 1965	= Wet op de dividendbelasting 1965
Wet VPB 1969	= Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Aanleiding

'Internetgigant Google sluist in acht jaar tijd 128 miljard euro naar belastingparadijzen via Nederland', zo luiden in 2021 de krantenkoppen.¹ Vergelijkbare krantenkoppen brachten ook andere grote multinationale ondernemingen (MNO's), waaronder IKEA en Starbucks, onder de aandacht welke jarenlang de vruchten hebben geplukt van de aantrekkelijke constructies die het Nederlandse belastingstelsel te bieden had. Met deze media-aandacht lijkt het begin van het einde van deze fiscale planningspraktijken, die lange tijd grondslaguitholling en winstverschuiving via Nederland mogelijk maakte, te zijn ingetreden.

Nederland staat vierde op de ranglijst van belastingparadijzen en is samen met Luxemburg, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk verantwoordelijk voor meer dan de helft van de belastingontwijking door bedrijven. Dit concludeert het Tax Justice Network, dat zich inzet voor rechtvaardige belastingen.² In een steeds verder geglobaliseerde economie neemt het aantal internationale bedrijfsstructuren en grensoverschrijdende transacties toe. Belastingstelsels van landen waren hier niet op ingesteld en onvoldoende op elkaar afgestemd waardoor belastingontwijking door MNO's werd gefaciliteerd.³

In de strijd tegen belastingontwijking is een gecoördineerde internationale aanpak vereist. Om nationale en internationale belastingstelsels wereldwijd verder in evenwicht te brengen, heeft de Organisatie voor Economische en Sociale Ontwikkelingen (OESO) in 2013 het *'Base Erosion and Profit Shifting'* (BEPS) project gepubliceerd.⁴ Op grond hiervan houden inmiddels meer dan 140 landen en jurisdicties zich bezig met een vijftiental actiepunten in het kader van het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving.

Op 20 december 2021 publiceerde de OESO de *'Pillar Two Model Rules'*, ook wel de *'Global Anti-Base Erosion Rules'* genoemd.⁵ Pillar Two introduceert wereldwijd een minimumbelasting van 15%, welke voorziet in de mogelijkheid tot bijheffing indien een land onvoldoende belasting heft over de winst van multinationale groepen. Naar aanleiding van de afspraken die in het kader van Pillar Two in internationaal verband zijn gemaakt, is in Nederland onlangs de Wet Minimumbelasting 2024 geïmplementeerd.⁶ De OESO beoogt met Pillar Two de prikkel voor winstverschuiving naar laagbelastende jurisdicties (LBJ's) te verminderen en een ondergrens te stellen aan belastingconcurrentie tussen verschillende landen.⁷

¹ Pols, *NOS Nieuws* (online, 13 januari 2021).

² *The State of Tax Justice 2023*, p. 5, 37 en 53.

³ *Kamerstukken I 2015/16*, 25087, K, p. 1.

⁴ OECD 2013.

⁵ OECD 2021.

⁶ *Kamerstukken II 2022/23*, 36369, nr. 2.

⁷ *Kamerstukken II 2022/23*, 36369, nr. 3, p. 2.

Om deze internationale belastingontwijking door winstverschuiving naar LBJ's te beperken worden ook op nationaal niveau nog andere maatregelen getroffen. Zo voerde Nederland de Wet bronbelasting 2021 (Wet BB 2021) in om een einde te maken aan fiscaal gedreven financiële stromen naar LBJ's en het gebruik van Nederland als doorstroomland in belastingbesparende concernstructuren. Hiermee wordt beoogd grondslaguitholling te voorkomen.⁸

De Wet BB 2021 vindt alleen toepassing in gelieerde verhoudingen, waarbij gelieerdheid onder meer wordt vastgesteld aan de hand van de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969. Deze samenwerkende groep werd in 2017 geïntroduceerd in de antiwinstdrainagebepaling van de Wet VPB 1969 als uitbreiding van het verbondenheidscriterium om grondslaguitholling tegen te gaan.⁹ De wetgever heeft dit groepsbegrip echter niet gedefinieerd, wat leidt tot rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen in de Wet BB 2021.¹⁰ Belastingplichtigen zijn momenteel niet zeker of zij tot een samenwerkende groep behoren en daarmee onder de Wet BB 2021 vallen. Derhalve wordt in 'het voorlopige inhoud pakket en wetsvoorstel Belastingplan 2025' voorgesteld een nieuw en eigen groepsbegrip te introduceren voor de Wet BB 2021, ter vervanging van de samenwerkende groep.¹¹ Deze ontwikkeling roept de vraag op hoe de huidige samenwerkende groep zich verhoudt tot de ratio van de Wet BB 2021. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

'Draagt het begrip 'samenwerkende groep' als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 bij aan het bereiken van de doelen van de Wet BB 2021? En zo niet, vereist dit aanvullende wetgeving?'

Doordat de Wet BB 2021 relatief recent is ingevoerd, is er nog maar weinig bekend over de samenwerkende groep in de context van deze wet. Dit onderzoek beoogt helderheid te verkrijgen over de definitie en toepassing van de samenwerkende groep in de context van de Nederlandse bronbelasting. De relevantie van dit onderzoek is daarnaast gelegen in het identificeren van de beperkingen van de huidige regelgeving met betrekking tot de samenwerkende groep binnen de Wet BB 2021. Daarop aansluitend streeft het onderzoek ernaar aanbevelingen te formuleren om te zorgen dat de samenwerkende groep uit artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 bijdraagt aan het realiseren van de doelstellingen van de Wet BB 2021.

⁸ *Kamerstukken II 2017/18, 25 087, nr. 188, p. 3 en 4.*

⁹ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29.*

¹⁰ *Kamerstukken II 2016/27, 34552, nr. 3, p. 30.*

¹¹ *Kamerstukken II 2023/24, 32140, nr. 184, bijlage 1.*

1.2 Opzet en methodologie

Om een antwoord op de hoofdvraag te kunnen formuleren wordt aan de hand van drie deelvragen onderzocht in hoeverre de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 bijdraagt aan het behalen van de doelen van de Wet BB 2021.

Allereerst is het van belang inzicht te krijgen in de Wet BB 2021. Dit leidt tot de eerste deelvraag: *‘Wat is de ratio van de Wet BB 2021?’*. Om daarvan een beeld te krijgen, worden in hoofdstuk 2 de achtergrond, werking en beoogde doelstellingen van de Wet BB 2021 uiteengezet.

Vanwege de afwezigheid van een wettelijke definitie, is het van belang te onderzoeken hoe de samenwerkende groep kan worden gedefinieerd. In hoofdstuk 3 wordt het begrip samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 uitgewerkt. Dit, teneinde inzicht te krijgen in de elementen die van belang zijn bij het bepalen wat als een samenwerkende groep kwalificeert. Daarnaast wordt aan de hand van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie de context en interpretatie van het begrip geanalyseerd. Met deze inzichten wordt vervolgens de tweede deelvraag beantwoord: *‘Hoe kan het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 worden gedefinieerd?’*.

De twee primaire elementen van dit onderzoek, de Wet BB 2021 en de samenwerkende groep, komen samen in hoofdstuk 4. De deelvraag die hier centraal staat is: *‘Hoe verhoudt het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 zich tot de ratio van de Wet BB 2021?’*. Dit hoofdstuk belicht zowel de werking als mogelijke beperkingen van de samenwerkende groep binnen de Wet BB 2021. Op basis hiervan worden in dit hoofdstuk aanbevelingen geformuleerd waardoor de toepassing van de samenwerkende groep aansluit bij de ratio van de wet.

In het afsluitende hoofdstuk van dit onderzoek wordt een samenvatting gegeven van de elementen die in de afzonderlijke hoofdstukken zijn behandeld, waarna tot slot een conclusie wordt geformuleerd.

1.3 Afbakening

Deze scriptie vormt een literatuuronderzoek naar de Wet BB 2021 en de Nederlandse interpretatie van het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. De Wet BB 2021 bevat nationale maatregelen om internationale belastingontwijking te bestrijden. Dit onderzoek wordt derhalve beperkt tot de nationale wetgeving en omvat geen maatregelen die in internationaal verband zijn gemaakt om belastingontwijking te bestrijden.

Aangezien de samenwerkende groep in de context van de bronbelasting een uitbreiding biedt voor de belastingplicht, beperkt hoofdstuk 2 zich tot de werking van de belastingplicht in de Wet BB 2021. Dit hoofdstuk gaat niet verder in op de ontwijkende structuren voorafgaand aan de implementatie van de Wet BB 2021.

Hoofdstuk 3 heeft specifiek betrekking op de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 vanwege de relevantie voor het toepassingsbereik van de belastingplicht in de Wet BB 2021. Dit onderzoek beperkt zich derhalve tot de Nederlandse interpretatie en toepassing van de samenwerkende groep in artikel 10a Wet VPB 1969 en omvat niet de interpretatie en toepassing van het begrip in andere nationale wet- en regelgeving of in internationale context. De samenwerkende groep is tevens de Nederlandse implementatie voor acting together uit de tweede richtlijn van de Europese Unie (EU) antibelastingontwijking (ATAD 2) en het BEPS-project en waardoor enkel kort wordt bekeken of dit verdere invulling geeft aan het begrip als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969.

In hoofdstuk 4 wordt de toepassing van de samenwerkende groep onderzocht aan de hand van de definitie als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 en uiteengezet in hoofdstuk 3. De beperkingen en aanbevelingen van dit onderzoek zijn gericht op de toepassing van de samenwerkende groep voor de bronbelasting in de context van directe betalingen aan een gelieerd lichaam zonder tussenkomst van een tussenschakel of hybride lichaam. Directe gelieerde lichamen vormen het uitgangspunt. Indien de wetgever een andere toepassing beoogd in situaties met een tussengeschakeld of hybride lichaam, moeten deze uitzonderingen expliciet worden aangegeven door de wetgever.

Hoofdstuk 2. De ratio van de Wet BB 2021

2.1 Inleiding

Voor een land als Nederland, met een open economie, is de buitenlandse markt van groot belang. Het Nederlandse belastingstelsel weerspiegelt de internationale oriëntatie van de economie met als doel ondernemers zo min mogelijk te beperken in grensoverschrijdende activiteiten en buitenlandse investeerders aan te trekken.¹²

Het gunstige fiscale vestigingsklimaat wordt gekenmerkt door de zogenoemde 'kroonjuwelen' van het Nederlandse belastingstelsel, zijnde de deelnemingsvrijstelling in de Wet VPB 1969, het uitgebreide belastingverdragennetwerk, de mogelijkheid om (vooraf) afspraken te maken met de Belastingdienst en de afwezigheid van bronbelasting op uitgaande renten en royalty's.¹³

Met de Wet BB 2021 neemt Nederland echter afscheid van een kroonjuweel door de implementatie van een conditionele bronbelasting op rente- en royaltybetalingen binnen concernverband. In dit hoofdstuk staat de Wet BB 2021 centraal. De achtergrond, werking én doel en strekking van de bronbelasting worden uiteengezet om de eerste deelvraag te beantwoorden: *'Wat is de ratio van de Wet BB 2021?'*

2.2 Achtergrond en totstandkoming

Tot 2021 werd Nederland veel gebruikt voor doorstroomactiviteiten dankzij het gunstige fiscale stelsel. Vanwege de afwezigheid van bronbelasting en een uitgebreid belastingverdragennetwerk waren MNO's in staat een lager belastingtarief te betalen in een andere staat. Dit was mogelijk door geldstromen als dividenden, renten en royalty's, afkomstig uit een staat met bronbelasting, om te leiden via Nederland naar een LBJ. Over de uitgaande geldstromen via Nederland werd geen belasting geheven en inkomende geldstromen worden in LBJ's niet tot nauwelijks belast, hetgeen het aantrekkelijk maakte deze inkomens via Nederland te laten stromen. Vanwege de internationale oriëntatie is het Nederlandse belastingstelsel kwetsbaar voor deze belastingontwijkende structuren.¹⁴

Het risico op belastingontwijking wordt vergroot door de toenemende globalisering en veranderingen in bedrijfsstructuren. Met de voortdurende globalisering wordt de band tussen bedrijven en een staat zwakker. Bovendien maakt digitalisering het moeilijker om onderdelen van MNO's aan een specifieke staat en hun belastingstelsel te koppelen.¹⁵ Belastingregels waren hier nog niet op ingesteld en verschillende nationale belastingstelsels zijn onvoldoende

¹² *Kamerstukken II 2017/18*, 25087, nr. 188, p. 2.

¹³ *Kamerstukken II 2016/17*, 25087, nr. 130, p. 3 en Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 174.

¹⁴ *Kamerstukken II 2022/23*, 36273, nr. 3, p. 1.

¹⁵ Lejour 2020, p. 10 en 12.

op elkaar afgestemd. Hierdoor kunnen belastingconstructies worden gevormd die gericht zijn op het ontwijken van belasting. Het aandeel van uitgaande dividend-, rente- en royaltystromen van Nederland naar LBJ's nam zo toe van 5 naar 21 procent in periode 2004-2016.¹⁶ Belastingopbrengsten daalden en mediaberichten leidden tot een groeiende maatschappelijke weerstand tegen belastingontwijking.¹⁷

Het gebruik van internationale ontwijkingsstructuren voor uitstel of afstel van belastingheffing wordt beschouwd als onrechtvaardig en als uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. MNO's ontwijken belastingheffing maar profiteren wel van met belastinggeld gefinancierde voorzieningen. Om dit te bestrijden waren maatregelen om te voorkomen dat Nederland wordt gebruikt voor fiscaal gedreven doorstroomactiviteiten naar LBJ's noodzakelijk.¹⁸ Dit heeft geleid tot de implementatie van de Wet BB 2021.

2.3 Werking van de Wet BB 2021

2.3.1 Algemeen

Bronbelasting is verschuldigd over dividend-, rente- en royaltybetalingen door een in Nederland gevestigd lichaam of een in Nederland gevestigde vaste inrichting (v.i.) aan een gelieerd lichaam in een LBJ of in misbruiksituaties.¹⁹ De bronbelasting wordt geheven bij lichamen en vindt plaats aan de bron. Dit betekent dat het betalende lichaam de verschuldigde bronbelasting inhoudt en afdraagt.²⁰ Voor de belastingplicht wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende situaties waarin een lichaam gerechtigd is tot de voordelen in de vorm van dividenden, renten en royalty's.²¹

2.3.2 Belastingplicht bij een LBJ

Belastingplichtig voor de bronbelasting is het lichaam dat gerechtigd is tot de voordelen en dat is gevestigd in een LBJ.²² Een LBJ is een bij ministeriële regeling aangewezen staat welke lichamen niet of naar een tarief van minder dan 9% onderwerpt aan winstbelasting óf een staat die is opgenomen in de EU-lijst voor niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden.²³ Naar omstandigheden wordt beoordeeld of een lichaam is gevestigd in

¹⁶ J. Hers, J. Witteman & W. Rougoor 2018, p. 17.

¹⁷ *Kamerstukken I* 2015/16, 25087, K, p. 1.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 25087, nr. 188, p. 2 en 8.

¹⁹ Artikel 2.1 Wet BB 2021. Zie tevens paragraaf 2.3.2.

²⁰ Bagci & Brandsma, in: *Cursus Belastingrecht (Bronbelasting)*, BB.0.0.0. (online, actueel t/m 04-01-2024).

²¹ Artikel 2.1, eerste lid, Wet BB 2021.

²² Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a, Wet BB 2021.

²³ Artikel 1.2, eerste lid, onderdeel e, Wet BB 2021.

een LBJ. Daarnaast wordt een lichaam geacht in een LBJ te zijn gevestigd indien dit blijkt uit de fiscale of andere regelgeving van die jurisdictie. Wanneer het lichaam feitelijk is gevestigd in die jurisdictie, naar het recht van die jurisdictie is opgericht of als de statutaire zetel daar is gelegen, wordt het lichaam beschouwd als gevestigd in die LBJ.²⁴

Dividend-, rente- en royaltybetalingen die worden toegerekend aan een v.i. van een lichaam gevestigd in een LBJ worden ook in de heffing betrokken onder artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a, Wet BB 2021, ongeacht waar de v.i. is gelegen. Dit geldt ook als een v.i. in Nederland of in een niet-LBJ is gevestigd. Het in een LBJ gevestigde hoofdhuis is immers gerechtigd tot de voordelen van de v.i.. Voor de Wet BB 2021 wordt de v.i. niet als een zelfstandig onderdeel beschouwd.²⁵ Mijns inziens is het in de heffing betrekken van het hoofdhuis gevestigd in een LBJ derhalve een logisch gevolg van de wet aangezien een in een LBJ gevestigd lichaam gerechtigd tot de voordelen van de v.i. anders buiten de heffing van bronbelasting blijft door simpelweg een v.i. in de structuur te plaatsen. Ingeval de voordelen worden toegerekend aan een v.i. in Nederland, is in beginsel eveneens vennootschapsbelasting verschuldigd over de winst die aan deze v.i. kan worden toegerekend, wat kan resulteren in dubbele belasting.²⁶ Naar mening van de wetgever past het echter bij het karakter van de Wet BB 2021 dat de geheven bronbelasting niet met de verschuldigde vennootschapsbelasting kan worden verrekend.²⁷

Op grond van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel b, Wet BB 2021 wordt een lichaam dat niet is gevestigd in een LBJ alsnog aangemerkt als belastingplichtig indien de betaalde dividenden, renten of royalty's worden toegerekend aan een v.i. van dat lichaam die is gevestigd in een LBJ. Het gaat hierbij om de situatie dat de staat van het hoofdhuis de voordelen toerekent aan de v.i. gevestigd in een LBJ. Zonder deze bepaling zou geen bronbelasting worden geheven bij betalingen toerekenbaar aan een v.i. in een LBJ omdat de voordeelgerechtigde zich niet in een LBJ bevindt.²⁸

2.3.3 Belastingplicht in misbruiksituaties

Bij de bepaling van belastingplicht wordt onderscheid gemaakt tussen lichamen gevestigd in een LBJ en lichamen waarbij sprake is van misbruik. Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wet BB 2021 voorziet in de belastingplicht voor een niet in een LBJ gevestigd lichaam dat gerechtigd is tot de voordelen, indien het hoofddoel of een van de hoofddoelen is om heffing van belasting bij een ander te ontgaan door middel van kunstmatige constructies of transacties. Bronbelasting is zo niet alleen verschuldigd bij directe betalingen aan gelieerde lichamen in

²⁴ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 19.*

²⁵ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 20.*

²⁶ Artikel 17, derde lid, onderdeel a, Wet VPB 1969.

²⁷ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 20.*

²⁸ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 21.*

LBJ's, maar ook als gebruik wordt gemaakt van fiscale planningsconstructies om belasting te ontwijken. Het vermijden van Nederlandse bronbelasting wordt getracht door middel van een betaling aan een tussenschakel, gevestigd in een niet-LBJ, waarna deze betaling wordt doorgegeven aan een achterliggende gerechtigde in een LBJ. Aangezien de betaling vanuit Nederland toekomt aan een lichaam gevestigd in een niet-LBJ, valt zonder deze bepaling de betaling in beginsel niet onder de bronbelasting. Voor toepassing van de antimisbruikbepaling dient een dubbele misbruiktoets te worden aangelegd. Van misbruik is sprake indien: i) de tussenschakel is gerechtigd tot de voordelen met als hoofddoel om heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan, de subjectieve toets, en ii) sprake is van een kunstmatige constructie, de objectieve toets. De Wet VPB 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) kennen een soortgelijke misbruiktoets.²⁹

Voor de Wet BB 2021 wordt bij de beoordeling van de subjectieve toets een doorkijkbenadering gehanteerd waarbij elk tussengeschied lichaam wordt weggedacht, tenzij deze is gevestigd in een LBJ.³⁰ Als dit leidt tot een hogere bronbelastingclaim, wordt het lichaam geacht te zijn tussengeschoven met een ontgaansmotief om de heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan.³¹ De termen '*of er mogelijk sprake is*' en '*is dit een aanwijzing dat*' door de wetgever impliceren dat de wegdenkgedachte fungeert als hulpmiddel om een fiscaal ontgaansmotief vast te stellen zodat ook op grond van feiten en omstandigheden kan worden aangetoond dat aan de subjectieve toets is voldaan.³² Volgens de HR is de voorwaarde '*in beginsel*' vervuld indien de wegdenkgedachte tot een hogere belastingclaim leidt.³³

Volgens de objectieve toets is sprake van kunstmatige constructies of transacties wanneer deze niet zijn opgezet op zakelijke gronden die de economische realiteit weerspiegelen.³⁴ Indien kunstmatige constructies of transacties uitsluitend zijn opgezet om formeel te voldoen aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een belastingvoordeel, is aan de objectieve toets voldaan. Een van de belangrijkste criteria is of daadwerkelijk sprake is van inmenging in het beheer en bestuur van het in Nederland gevestigde lichaam door de tussenschakel.³⁵ Dit wordt aan de hand van feiten en omstandigheden aannemelijk gemaakt op het niveau van de tussenschakel. Bij de beoordeling moet onder andere worden gekeken of de werkzaamheden economische activiteiten betreffen en deze niet slechts een administratief of ondersteunend karakter bezitten. Een van de belangrijkste criteria is of daadwerkelijk sprake is van inmenging

²⁹ Artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 en artikel 4, derde lid, onderdeel c, Wet DB 1965.

³⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 29 en 30.

³¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 25.

³² Zeldenrust, *WFR* 2021/26, par. 4.1.

³³ HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21, r.o. 2.6.2 en 2.6.6.

³⁴ Artikel 2.1, zesde lid, onderdeel b, Wet BB 2021.

in het beheer en bestuur van het in Nederland gevestigde lichaam door de tussenschakel.³⁶ Daarnaast moet worden gekeken naar de financiering van eigen vermogen en de beschikkingmacht van de tussenschakels over de ontvangen dividenden, renten en royalty's.³⁷

Voor de bewijslastverdeling wordt gekeken naar substance-eisen.³⁸ Indien aan alle eisen is voldaan, moet de inspecteur uit de feiten en omstandigheden aannemelijk maken dat toch sprake is van misbruik. Als aan alle substance-eisen is voldaan, wordt verondersteld dat er geen sprake is van een kunstmatige constructie en wordt geacht sprake te zijn van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.³⁹

2.3.4 Belastingplicht bij hybride lichamen

Om belastingontwijking door kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels tegen te gaan, ziet de belastingplicht in de Wet BB 2021 tevens op dividend-, rente- en royaltybetalingen aan hybride lichamen.⁴⁰ Een hybride lichaam is een lichaam dat in verschillende landen verschillend wordt behandeld voor belastingdoeleinden. Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel d, Wet BB 2021 ziet op de situatie waarin een hybride lichaam in een LBJ vanuit Nederlands perspectief als transparant wordt beschouwd en derhalve niet als wordt voordeelgerechtigde aanmerkt. Echter, volgens de fiscale regelgeving van de staat waarin de achterliggende participant is gevestigd, wordt het hybride lichaam wel als gerechtigd tot de voordelen beschouwd. Dit artikel bepaalt dat de achterliggende gerechtigde van het hybride lichaam bronbelasting verschuldigd is over betalingen vanuit Nederland aan het hybride lichaam indien deze is gevestigd in een LBJ.⁴¹ Zonder deze regeling zouden achterliggende gerechtigden in een niet-LBJ buiten de toepassing van de Wet BB 2021 blijven waardoor geldstromen kunnen ontstaan naar een hybride lichaam dat fiscaal nergens is gevestigd óf in een LBJ, zonder heffing van bronbelasting.⁴²

Bovendien is in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel e, Wet BB 2021 een regeling opgenomen die ziet op de situatie waarin een hybride lichaam naar Nederlandse maatstaven voordeelgerechtigd is maar volgens de staat op grond van wiens recht deze voordeelgerechtigde is opgericht, niet zijnde een LBJ, fiscaal transparant is en derhalve niet als gerechtigde tot de uitgekeerde voordelen wordt behandeld. Indien een achterliggende

³⁶ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 44.*

³⁷ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 25.*

³⁸ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 23 en 24.*

³⁹ Artikel 2.1, zesde lid, Wet BB 2021.

⁴⁰ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 28.*

⁴¹ Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel d, Wet BB 2021.

⁴² *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 28.*

gerechtigde van dit hybride lichaam is gevestigd in een LBJ, zou zonder deze regeling de geldstroom naar deze gerechtigde in een LBJ onbelast blijven. Daarom bepaalt artikel 2.1, eerste lid, onderdeel e, Wet BB 2021 dat het hybride lichaam belastingplichtig is voor de bronbelasting in dergelijke gevallen. Omdat naar Nederlandse maatstaven de betalingen toekomen aan één lichaam, zijnde het hybride lichaam, wordt een alles-of-nietsbenadering gehanteerd.⁴³ Het hybride lichaam is volledig belastingplichtig, tenzij iedere gelieerde achterliggende gerechtigde van het hybride lichaam voldoet aan twee voorwaarden. Ten eerste moet iedere achterliggende gerechtigde volgens de fiscale regelgeving van de staat waarin deze gerechtigde is gevestigd, aldaar worden behandeld als gerechtigde tot de voordelen. Ten tweede mag de gerechtigde zonder tussenkomst van het hybride lichaam niet onderhevig zijn aan de hiervoor benoemde bepalingen van artikel 2.1, eerste lid, onderdelen a, b, c en d, Wet BB 2021.⁴⁴

2.3.5 Gelieerdheid

Bronbelasting vindt alleen toepassing bij verschuldigdheid van dividenden, renten en royalty's aan gelieerde lichamen.⁴⁵ Gelieerdheid wordt gekenmerkt door een voordeelgerechtigd lichaam dat een (on)middellijk kwalificerend belang heeft in het betalende lichaam, of vice versa, waarbij het betalende lichaam een (on)middellijk kwalificerend belang heeft in het voordeelgerechtigde lichaam. Tevens wordt gesproken van gelieerdheid indien een derde een (on)middellijk kwalificerend belang heeft in zowel het voordeelgerechtigde als het betalende lichaam.⁴⁶ Verder is sprake van gelieerdheid als een van bovengenoemde partijen behoort tot een samenwerkende groep op grond van artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 en die groep gezamenlijk een kwalificerend belang heeft.⁴⁷

Een kwalificerend belang, gedefinieerd in artikel 1.2, eerste lid, onderdeel d, Wet BB 2021, is een belang waarmee direct of indirect een zodanige invloed kan worden uitgeoefend op de besluitvorming van een ander lichaam dat de activiteiten van het lichaam kunnen worden bepaald. Slechts een belang tussen de voordeelgerechtigde en de inhoudingsplichtige is onvoldoende.⁴⁸ Aan de hand van feiten en omstandigheden wordt bepaald of hieraan is voldaan.⁴⁹ Een belang dat meer dan 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt,

⁴³ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 29.*

⁴⁴ Artikel 2.1, vierde lid, onderdeel a, Wet BB 2021.

⁴⁵ Zie paragraaf 2.4.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 3.*

⁴⁷ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.*

⁴⁸ Hennevelt & El Manouzi 2023, par. 2.2.3.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 16* waarbij wordt verwezen naar HvJ 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205, BNB 2000/242 en HvJ 23 oktober 2007, C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623.

wordt in ieder geval beschouwd als kwalificerend belang. Daarnaast wordt het begrip gelieerdheid uitgelegd aan de hand van de criteria ontwikkeld door Hof van Justitie EU (HvJ EU).⁵⁰ Volgens Kavelaars is de verwijzing van de wetgever naar deze jurisprudentie ‘*weinig zinvol*’ aangezien deze weinig duidelijkheid schept over het begrip belang. Hij vindt het opvallend dat niet naar andere bepalingen in de nationale wetgeving wordt verwezen zoals de belangenbepaling in artikel 10a, vierde lid, Wet VPB 1969.⁵¹ In tegenstelling tot de kwantitatieve invulling van een derde belang in dit artikel, heeft de wetgever voor de Wet BB 2021 gekozen voor een kwalitatieve invulling, namelijk dat de activiteiten verricht door het lichaam kunnen worden bepaald door een ander. De reden voor aansluiting bij de jurisprudentie van HvJ EU in plaats van bij de nationale bepaling is dat een derde belang, zoals van toepassing in de Wet VPB 1969, onvoldoende is om buiten het vrij verkeer van kapitaal te blijven. Indien een criterium wordt gehanteerd waarbij eerder sprake is van gelieerdheid, zou de bronbelasting onder de reikwijdte van vrijheid van kapitaalverkeer vallen waardoor de mogelijkheid om bronbelasting te heffen wordt beperkt door het EU-recht. Dit komt doordat de vrijheid van kapitaalverkeer, anders dan de vrijheid van vestiging, ook van toepassing is op derde landen waardoor het niet is toegestaan om de betalingen aan een lichaam in een LBJ nadeliger te behandelen dan een dergelijke betaling aan een in Nederland gevestigd lichaam.⁵²

2.4 Doel en strekking van de Wet BB 2021

De Wet BB 2021 is geïmplementeerd om belastingontwijking te bestrijden door te voorkomen dat Nederland fungeert als toegangspoort naar LBJ's en om het risico van belastingontwijking door het verschuiven van de Nederlandse belastinggrondslag naar een LBJ te verkleinen.⁵³ Bij het verwezenlijken hiervan heeft de wetgever een balans gezocht tussen het bestrijden van belastingontwijking en het niet onnodig belemmeren van kapitaalstromen ten behoeve van het investeringsklimaat.⁵⁴

Met de invoering van een bronbelasting is beoogd de doorstroom van renten en royalty's naar LBJ's te laten verdwijnen om zo internationale belastingontwijking via Nederland tegen te gaan. Nederland moet daarom minder aantrekkelijk worden voor doorstroomvennootschappen. Om stromen naar LBJ's verder te laten opdrogen zijn vanaf 2024 ook dividenden onderworpen aan bronbelasting waarbij geen budgettaire opbrengst

⁵⁰ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.*

⁵¹ *Kavelaars 2021, par. 4.3.2.*

⁵² *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 4.*

⁵³ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1.*

⁵⁴ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 2.*

wordt beoogd.⁵⁵ Door de belastingheffing wordt belastingontwijking middels fiscale planningsstructuren aangepakt, met als doel grondslaguitholling te voorkomen en te verzekeren dat iedereen een bijdrage levert aan de algemene middelen. Een rechtvaardig belastingstelsel is hierbij een beleidsprioriteit.⁵⁶

Naast het belastingmoreel om te voorkomen dat Nederland als toegangspoort fungeert, speelt ook de internationale reputatie van Nederland een rol. Het effect van doorstroomvennootschappen op de werkgelegenheid en belastingopbrengsten in Nederland is namelijk beperkt, terwijl deze negatieve gevolgen hebben voor de belastinginkomsten van andere landen, wat de reputatie van Nederland schaadt.⁵⁷ Het beeld dat Nederland het internationale bedrijven fiscaal gemakkelijk maakt om belasting te ontwijken, moet worden aangepakt.⁵⁸ De invoering van de bronbelasting is derhalve ook gericht op het streven dat Nederland over vijf jaar niet meer voorkomt in de top vijf van doorstroomlanden.⁵⁹

De bronbelasting is tevens gericht op het verkleinen van het risico van belastingontwijking door het verschuiven van de Nederlandse belastinggrondslag naar een LBJ. Met de Wet BB 2021 wordt het gedragseffect beoogd dat belastingontwijkende structuren worden aangepast, aangezien verondersteld wordt dat structuren die door de bronbelasting worden geraakt, uitsluitend zijn gedreven door fiscale overwegingen. Voor toepassing van de Wet BB 2021 is het motief achter de structurering en reële aanwezigheid in Nederland derhalve niet relevant.⁶⁰

De wetgever heeft bewust gekozen om de bronbelasting uitsluitend te richten op dividend-, rente- en royaltybetalingen naar LBJ's en in misbruiksituaties, om te waarborgen dat kapitaalstromen niet onnodig worden belemmerd. Bronbelasting in niet-gelieerde verhoudingen en naar niet-LBJ's zou immers leiden tot dubbele heffingen, hoge administratieve lasten en een verslechtering van het investeringsklimaat.⁶¹

2.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de achtergrond en de werking van de Wet BB 2021 onderzocht om de deelvraag te beantwoorden: '*Wat is de ratio van de Wet BB 2021?*'.

Nederland heeft met de Wet BB 2021 een conditionele bronbelasting ingevoerd op dividend-, rente- en royaltybetalingen tussen gelieerde lichamen. De ratio van de Wet BB 2021 is

⁵⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, 35779, nr. 6, p. 21.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 25087, nr. 259, p. 1 en 4.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2022/23*, 36273, nr. 3, p. 5.

⁵⁸ *Kamerstukken II 2017/18*, 25087, nr. 188, p. 3.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35302, nr. 50, p. 1.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 3 en *Kamerstukken II 2020/21*, 35779, nr. 6, p. 21.

⁶¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 3.

tweeledig. Enerzijds heeft de wet het doel belastingontwijking te bestrijden om te voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als toegangspoort naar LBJ's door oneigenlijk gebruik van het Nederlandse belastingstelsel. Anderzijds beoogt de wet het verschuiven van de Nederlandse heffingsgrondslag te bestrijden zonder kapitaalstromen onnodig te belemmeren.

Lichamen worden als gelieerd beschouwd indien sprake is van een kwalificerend belang waarmee de activiteiten in een ander lichaam kunnen worden bepaald. Onder de toepassing van de Wet BB 2021 vallen enkel betalingen aan gelieerde lichamen in LBJ's en in misbruiksituaties. Zo wordt een balans gevonden tussen de aanpak van belastingontwijking en het niet belemmeren van internationale kapitaalstromen.

Hoofdstuk 3. Definitie van het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969

3.1 Inleiding

Het begrip ‘samenwerkende groep’ werd in 2017 geïntroduceerd in de Wet VPB 1969. Een samenwerkende groep kan kort gezegd worden omschreven als een groep van verschillende investeerders die gezamenlijk gecoördineerde investeringen doen.⁶² De wetgever heeft bewust gekozen om het begrip geen wettelijke te definiëren.⁶³ Dit hoofdstuk poogt invulling te geven aan het begrip samenwerkende groep door de tweede deelvraag te beantwoorden: ‘*Hoe kan het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 worden gedefinieerd?*’. Om de samenwerkende groep te definiëren voor deze scriptie, wordt eerst kort de achtergrond van artikel 10a Wet VPB 1969 beschreven. Nadat de context van de wettelijke bepaling duidelijk is, zal de nadruk liggen op de redenen voor de invoering van de samenwerkende groep, alsmede de belangrijkste kenmerken.

3.2 Artikel 10a Wet VPB 1969

Het uitgangspunt van de Wet VPB 1969 is dat betaalde rente aftrekbaar is. Artikel 10a van de Wet VPB 1969 dient echter als een antiwinstdrainagebepaling, gericht tegen onzakelijke structuren binnen concernverband waarbij renteaftrek wordt gecreëerd door het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen.⁶⁴ Deze bepaling beperkt de aftrek van renten, kosten en valutaresultaten wanneer sprake is van een schuld aan een verbonden lichaam die verband houdt met een ‘besmette’ rechtshandeling zoals uiteengezet in artikel 10a, eerste lid, onderdeel a tot en met c van de Wet VPB 1969. Met deze bepaling beoogt de wetgever ongewenste uitholling van de Nederlandse grondslag te voorkomen.⁶⁵

De antiwinstdrainagebepaling is van toepassing op verbonden lichamen of natuurlijke personen.⁶⁶ Een verbonden lichaam wordt voor deze bepaling gedefinieerd als een lichaam waarin de belastingplichtige een derde belang heeft, en vice versa of waarin een derde voor ten minste een derde belang heeft in zowel het lichaam als de belastingplichtige.⁶⁷

⁶² *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29.*

⁶³ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30.*

⁶⁴ Van Dam, *commentaar bij artikel 10a – Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – niet aftrekbare rente.*

⁶⁵ *Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 3, p. 9.*

⁶⁶ Artikel 10a, vierde tot en met zevende lid, Wet VPB 1969.

⁶⁷ Artikel 10a, vierde lid, Wet VPB 1969.

3.3 Implementatie van het begrip ‘samenwerkende groep’ in artikel 10a Wet VPB 1969

3.3.1 Achtergrond van de samenwerkende groep

Tot 2017 werd enkel het formele verbondenheids criterium van ten minste een derde belang in een ander lichaam gehanteerd voor de antiwinstdrainagebepaling. Hierdoor konden structuren zo worden vormgegeven dat er geen formele verbondenheid was, waardoor de mogelijkheid bestond om buiten de toepassing van de bepaling te blijven, terwijl in materiële zin wel sprake was van verbondenheid. Voorheen konden verschillende investeerders gecoördineerd investeren in een lichaam waarbij ieder minder dan een derde belang hield. Vanwege het ontbreken van formele verbondenheid bleven dergelijke structuren buiten de toepassing van de antiwinstdrainagebepaling. Dit was onwenselijk volgens de wetgever omdat het kon leiden tot grondslaguitholling en winstverschuiving. Om dergelijke structuren effectiever te bestrijden moest wettelijk worden vastgelegd dat ook sprake is van verbondenheid bij de aanwezigheid van een samenwerkende groep.⁶⁸

Vanaf 1 januari 2017 is in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 opgenomen dat mede als verbonden lichaam wordt aangemerkt: *‘een lichaam dat een belang heeft in de belastingplichtige en dat samen met een of meer andere lichamen die met dat lichaam een samenwerkende groep vormen voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige’*.⁶⁹ Door deze uitbreiding vallen gecoördineerde investeringen die in materiële zin voldoen aan het verbondenheids criterium binnen het bereik van de antiwinstdrainagebepaling.

3.3.2 Doel en strekking van de samenwerkende groep

De introductie van de samenwerkende groep in artikel 10a Wet VPB 1969 is relevant voor het bepalen van het toepassingsbereik van de antimisbruikbepaling.⁷⁰ Artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 bevat echter geen definitie van de samenwerkende groep. De rechtsonzekerheid die hierdoor ontstaat heeft de voorkeur van de wetgever boven het wettelijk vastleggen van een meer materiële toets voor de samenwerkende groep.⁷¹ De wetgever wil zowel huidige als toekomstige grondslaguitholling op effectieve wijze bestrijden.⁷² Indien het begrip samenwerkende groep nauwkeuriger wordt omschreven ontstaat wederom het risico dat de antiwinstdrainagebepaling kan worden ontweken door structuren anders vorm te geven.⁷³ Om een balans te bereiken tussen het verstrekken van duidelijkheid en een dynamische

⁶⁸ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29 en 30.*

⁶⁹ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 29 en 30.*

⁷⁰ Van der Have & van Hulten, *WFR 2020/237*, par. 2.1.

⁷¹ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30.*

⁷² *Kamerstukken I 2016/17, 34552, E, p. 52.*

⁷³ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30.*

wetstoepassing, is er een materiële toets voor de invulling van het begrip 'samenwerkende groep'.⁷⁴

De beoordeling of sprake is van een samenwerkende groep, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het individuele geval.⁷⁵ Door de *'principle based'*-benadering ontstaat een dynamisch systeem dat zich kan aanpassen aan veranderende maatschappelijke opvattingen zodat effectief kan worden ingespeeld op toekomstige onvoorziene ontwikkelingen.⁷⁶ Dit impliceert dat de wet niet gewijzigd hoeft te worden om te stellen dat sprake is van een samenwerkende groep in momenteel nog onbekende situaties.⁷⁷ Elk individueel geval wordt beoordeeld om te bepalen of sprake is van een samenwerkende groep. Hierdoor betekent de aanwezigheid van een samenwerkende groep bij een gecoördineerde investering niet automatisch dat deze lichamen ook een samenwerkende groep vormen bij de gelegenheid van andere investeringen.

De samenwerkende groep in artikel 10a Wet VPB 1969 is daarnaast een nationale implementatie van het internationale begrip *'acting together'* uit de EU-richtlijn ATAD 2 en het BEPS-project om hybridemismatches te bestrijden.⁷⁸ Voor *acting together* geldt dat, indien verschillende investeerders feitelijk samen handelen, hun belangen worden samengevoegd voor de toepassing van de hybridemismatchmaatregelen om belastingontwijking te bestrijden.⁷⁹ De samenwerkende groep en *acting together* komen woordelijk overeen, worden in dezelfde context gebruikt en hebben dezelfde doel en strekking: belangen gezamenlijk beschouwen in bepaalde situaties.⁸⁰ Beide concepten veronderstellen een economische eenheid en een bepaalde mate van coördinatie en afspraken tussen rechtspersonen. Bij de Nederlandse implementatie van ATAD 2 is voor het begrip *'acting together'* derhalve aangesloten bij het reeds bestaande begrip 'samenwerkende groep' uit artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 om consistentie in de wet te waarborgen. Met de ATAD 2-implementatiewet wordt echter geen andere invulling gegeven aan de samenwerkende groep in artikel 10a Wet VPB 1969.⁸¹

⁷⁴ *Kamerstukken I* 2016/17, 34552, E, p. 52.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30.

⁷⁶ *Kamerstukken I* 2016/17, 34552, E, p. 52.

⁷⁷ Brandsma, *WFR* 2017/28.

⁷⁸ Richtlijn (EU) 2017/952 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3, p. 4.

⁷⁹ OECD 2015, aanbeveling 11.3 & 11.1, onderdeel b.

⁸⁰ Van Heijningen, *NLF-W* 2022/6, par. 3.1

⁸¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35241, nr. 7, p. 35.

3.3.3 Elementen van de samenwerkende groep

De wetgever biedt slechts één voorbeeld en enkele aanknopingspunten voor het definiëren van de samenwerkende groep. Het voorbeeld van de wetgever betreft een *'private-equity-overnamestructuur'*, een vorm van een samenwerkende groep die in de praktijk vaak voorkomt. Bij een private-equity-investering verschaffen verschillende investeerders kapitaal aan een fonds bestaande uit een aantal subfondsen. De investeerders nemen deel in het subfonds als participanten. De participanten dragen de zeggenschap betreffende de investering over aan een *'general partner'*. Deze general partner beheert het fonds en selecteert lichamen om in te investeren.⁸² Verschillende subfondsen investeren zo gecoördineerd in een ander lichaam. Indien elk subfonds minder dan een derde belang verkrijgt in de overgenomen onderneming, wordt in formele zin geen verbondenheid vastgesteld. Echter, in materiële zin kan wel sprake zijn van verbondenheid omdat het investerende lichaam deel uitmaakt van een samenwerkende groep. Aan de hand van de feiten en omstandigheden van het individuele geval wordt beoordeeld of sprake is van een samenwerkende groep.⁸³

In ieder geval is sprake van een samenwerkende groep indien: *'de materiële zeggenschap over de -vormgeving van de- investering en het gezamenlijke belang in de overgenomen vennootschap berust bij een coördinerende (rechts)persoon en elke aandeelhouder onder min of meer vergelijkbare voorwaarden en in min of meer dezelfde verhouding eigen vermogen en (risicovolle) leningen verschaft.'*⁸⁴

Voor de beoordeling of sprake is van een samenwerkende groep zijn een aantal factoren van belang. In het algemeen is relevant of de investering in een overgenomen lichaam en de daarbij behorende vormgeving van de financiering, gecoördineerd plaatsvindt. Dit kan vaak worden afgeleid uit het geheel aan overeenkomsten van onderlinge afspraken tussen de participanten over de investering en financiering. Een aanwijzing voor coördinatie is bijvoorbeeld een coördinerende en sturende rol van een general partner die een gezamenlijke investering feitelijk vormgeeft.⁸⁵ Coördinatie betreft ook zeggenschap over het opzetten van de structuur, het bepalen van de overnamestructuur en de strategie van het overgenomen lichaam. Dit kan blijken uit zowel schriftelijke als feitelijke gedragingen. Omdat de zeggenschap van alle participanten in feite bij de general partner ligt, is er in materiële zin sprake van verbondenheid.⁸⁶ De samenwerking wordt benadrukt doordat betrokken participanten hun positie niet kunnen wijzigen of zich eenzijdig kunnen terugtrekken uit de

⁸² *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 56.*

⁸³ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 55.*

⁸⁴ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 56.*

⁸⁵ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3, p. 56.*

⁸⁶ *Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 14, p. 105.*

investering. Indien een dergelijk gecoördineerde investering in totaal een belang van ten minste een derde vertegenwoordigt, zijn de direct investerende lichamen aan te merken als verbonden ten opzichte van het overgenomen lichaam.⁸⁷

3.4 Jurisprudentie betreffende de samenwerkende groep

Tot op heden ontbreekt jurisprudentie over de samenwerkende groep in de Wet BB 2021. Met betrekking tot artikel 10a Wet VPB 1969 kan het arrest in de zaak Sidecar waarbij een samenwerkende groep een rol speelt, mogelijk relevante inzichten verschaffen.⁸⁸ Hoewel het concept van de samenwerkende groep ten tijde van de overname nog niet was geïmplementeerd in de wet, betreft het in wezen dezelfde kwestie. In geschil is of de antiwinstdrainagebepaling van artikel 10a Wet VPB 1969 van toepassing is, ondanks het ontbreken van formele verbondenheid. Het Sidecar-arrest betreft een overname door middel van een complexe private-equity-investering. In beginsel is de antiwinstdrainagebepaling niet van toepassing omdat de structuur zo is vormgegeven dat niet wordt voldaan aan het formele verbondenheidscriterium.

Volgens de HR kan renteaftrek niet worden aanvaard wanneer het aangaan van een schuld bij een niet-verbonden lichaam onderdeel is van een samenstel van rechtshandelingen tussen gelieerde lichamen met het doorslaggevende oogmerk om verbondenheid in de zin van artikel 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 te verijdelen.⁸⁹ In de wetsgeschiedenis werden uitsluitend de direct investerende lichamen gerekend tot de samenwerkende groep.⁹⁰ Echter, in het Sidecar-arrest beschouwt de HR alle betrokken lichamen bij het investeringsfonds als aan de belanghebbende gelieerd bij de gelegenheid van hun samenwerking als investeerders. Deze gelieerdheid wordt bepaald door dezelfde elementen als bij een samenwerkende groep zoals beheer door de general partner en samenwerking tussen investeerders en bestuur.⁹¹ Bij zowel het Sidecar-arrest als bij de samenwerkende groep is dus sprake van een zekere mate van situationele gelieerdheid.⁹² Doordat de HR voor gelieerdheid in het Sidecar-arrest dezelfde voorwaarden hanteert als bij de samenwerkende groep, kan dit mogelijk verduidelijking bieden over de omvang van de samenwerkende groep: de direct én de achterliggende investerende lichamen.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 57.

⁸⁸ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469.

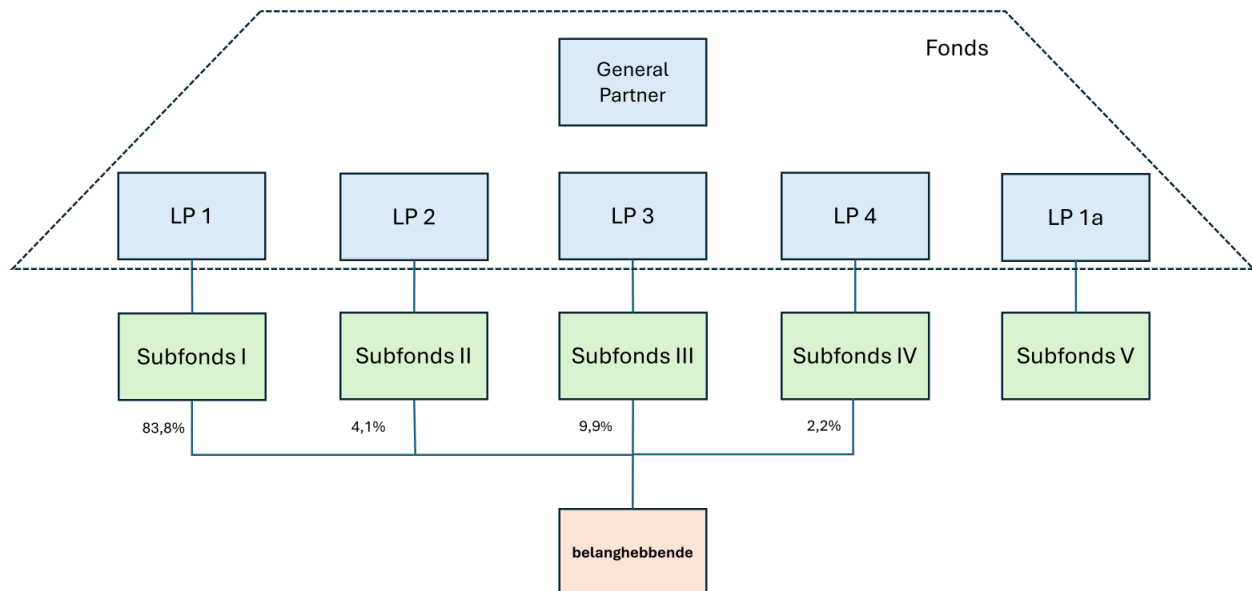
⁸⁹ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469, r.o. 4.3.5.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 56.

⁹¹ Zie par. 3.3.3.

⁹² De Wilde, *NLF-W* 2024/16, par. 2.2.2. en 2.3.2.

In figuur 1 is de structuur van het Sidecar-arrest vereenvoudigd weergegeven. In dit figuur zijn de subfondsen de direct investerende lichamen, en de Limited Partnerships (LP's) de achterliggende investerende lichamen. Een LP bestaat uit een groep van investeerders die deelnemen als participanten in de LP.



Figuur 1. Structuur Sidecar-arrest

In het Sidecar-arrest is verbondenheid van belang voor de toepassing van de antiwinstdrainagebepaling. Op basis van *fraus legis* wordt subfonds V in figuur 1, zonder direct belang in de belanghebbende, verbonden in de zin van artikel 10a Wet VPB 1969 omdat subfonds V middellijk wordt gehouden door dezelfde LP als het wel-verbonden subfonds I.⁹³ Het betreft hier een *'gekunsteld tot stand gebrachte niet-verbondenheid'*, aldus de HR.⁹⁴ Dit is gelegen in de omstandigheid dat de participanten in LP 1 en LP 1a identiek zijn zodat dat de subfondsen I en V dus middellijk worden gehouden door dezelfde LP.⁹⁵ Subfondsen II, III en IV zijn niet met de belanghebbende verbonden ondanks de gelieerdheid. Hoewel de fondsstructuren op identieke wijze zijn geregeld als bij de wel-verbonden lichamen, is hier volgens de HR geen sprake van winstdrainage aangezien het geen uitzonderlijke situatie betreft waarbij de grens van geoorloofde belastingbesparing is overtreden.⁹⁶

Grondslaguitholling door verbonden gelieerde lichamen wordt zo anders behandeld dan in niet-verbonden gelieerde situaties en de grens ligt bij geoorloofde belastingbesparing.⁹⁷ Mijns

⁹³ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469, r.o. 4.4.1.

⁹⁴ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469, r.o. 4.6.4.

⁹⁵ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469, r.o. 4.4.1.

⁹⁶ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469, r.o. 4.6.4.

⁹⁷ De Wilde, *NLF-W* 2024/16, par. 2.3.2.

inziens is dit onderscheid opvallend aangezien deze grens niet wordt overwogen in de context van de samenwerkende groep.⁹⁸

3.5 Tussenconclusie

De wetgever heeft ervoor gekozen de samenwerkende groep niet wettelijk te definiëren. Ondanks het ontbreken van een wettelijk definitie, zijn in dit hoofdstuk verschillende aanknopingspunten voor de samenwerkende groep onderzocht om de tweede deelvraag te beantwoorden: *'Hoe kan het begrip 'samenwerkende groep' als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 worden gedefinieerd?'*.

De samenwerkende groep is geïntroduceerd om de reikwijdte van het verbondenheidscriterium van artikel 10a Wet VPB 1969 uit te breiden. Misbruik door gebruik van structuren die formeel niet voldoen aan het verbondenheidscriterium worden bestreden door de uitbreiding met een materiële toets. De samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 kan kortgezegd worden gedefinieerd als een groep investeerders die gecoördineerd investeren en gezamenlijk ten minste een kwalificerend belang hebben in een ander lichaam.

Lichamen die behoren tot een samenwerkende groep worden beschouwd als verbonden lichaam om grondslaguitholling en winstverschuiving door investeringsstructuren zowel nu als in de toekomst te bestrijden. Met een *'principle based'*-benadering en door elk geval individueel te beoordelen, beoogt de wetgever het begrip 'samenwerkende groep' een dynamische toepassing te geven. Door het begrip niet wettelijk te definiëren kan namelijk worden ingespeeld op veranderende omstandigheden zonder de wet aan te passen. Aan de hand van de feiten en omstandigheden van een individueel geval wordt beoordeeld of sprake is van een samenwerkende groep. Materiële zeggenschap is een belangrijk element wat kan duiden op gecoördineerde investeringen. De zeggenschap over investeringen en de financiële structuur ligt bij een general partner voor de gehele samenwerkende groep en niet bij individuele lichamen. Daarnaast kunnen onderlinge afspraken en overeenkomsten tussen investeerders aanwijzingen zijn voor de conclusie dat sprake is van een samenwerkende groep. Omdat bij een samenwerkende groep in feite de zeggenschap in één hand is, wordt dit hetzelfde behandeld als een investering door één lichaam waarbij wel sprake is van formele verbondenheid.

⁹⁸ Zie par. 4.2.3.

Hoofdstuk 4. Verhouding tussen de samenwerkende groep en de Wet BB 2021

4.1 Inleiding

De wetgever is voornemens een nieuw groepsbegrip te introduceren in de Wet BB 2021 ter vervanging van de huidige samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969. In de vorige hoofdstukken zijn de Wet BB 2021 en de samenwerkende groep onderzocht. In dit hoofdstuk worden deze samengebracht om de deelvraag te beantwoorden: *‘Hoe verhoudt het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 zich tot de ratio van de Wet BB 2021?’*.

De toepassing van de samenwerkende groep in de Wet BB 2021 wordt geanalyseerd om mogelijke beperkingen ervan te identificeren. Naar aanleiding van deze bevindingen worden aanbevelingen gedaan om te zorgen dat de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 bijdraagt aan de doelstellingen van de Wet BB 2021.

4.2 Samenwerkende groep in de Wet BB 2021

4.2.1 Toepassing van de samenwerkende groep in de Wet BB 2021

De wetgever heeft voor de definitie van de samenwerkende groep in de Wet BB 2021 aansluiting gezocht bij artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. Dit impliceert dat de uitleg van het begrip in de antiwinstdrainagebepaling eveneens geldt voor de toepassing in de context van de bronbelasting. Aan de hand van feiten en omstandigheden van het individuele geval wordt beoordeeld of sprake is van een samenwerkende groep.⁹⁹ Hierbij gaat het om gecoördineerde investeringen door lichamen die deel uitmaken van een samenwerkende groep, die – in het kader van de bronbelasting – gezamenlijk leiden tot een kwalificerend belang, terwijl een of meer van die lichamen individueel geen kwalificerend belang hebben.¹⁰⁰ De relevante coördinatie is gericht op de onderlinge afstemming van het aandelenbelang in een lichaam.¹⁰¹ Het ontwijken van bronbelasting – wegens gebrek aan formele gelieerdheid – wordt voorkomen door de belangen van de samenwerkende groep gezamenlijk te beschouwen.¹⁰² In het kader van de bronbelasting biedt het concept van de samenwerkende groep een uitbreiding op de definitie van gelieerdheid. Hierdoor kan de Wet BB 2021 ook van toepassing zijn wanneer een lichaam zelf geen kwalificerend belang heeft.

Voor toepassing van de Wet BB 2021 wordt een lichaam als gelieerd aan de voordeelgerechtigde beschouwd indien de voordeelgerechtigde (on)middellijk een belang

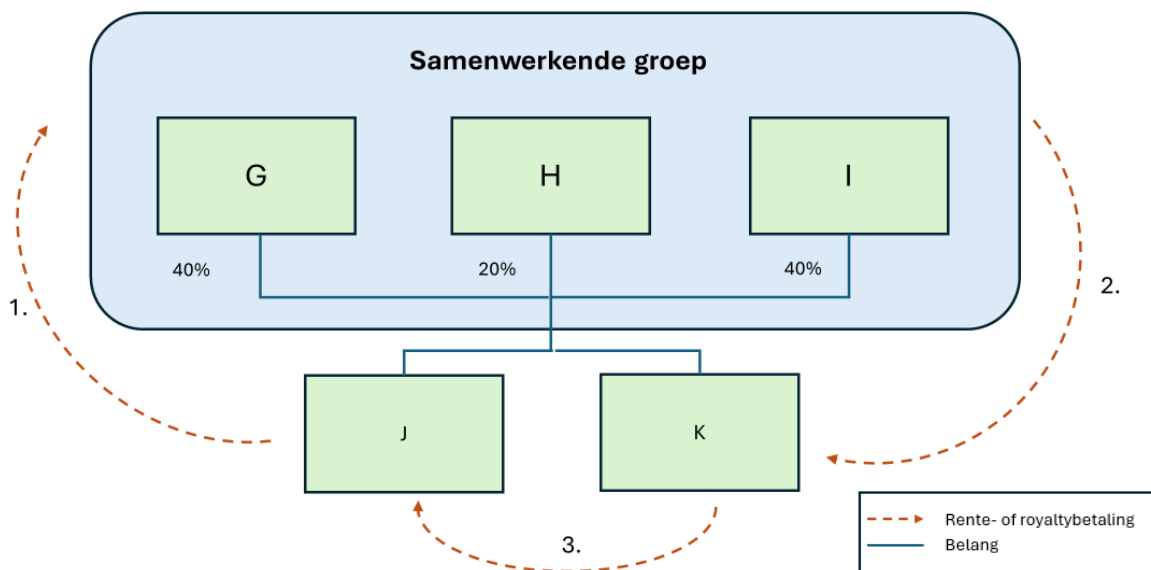
⁹⁹ Zie par. 3.3.3.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 16.

¹⁰¹ Bagci & Brandsma, in: *Cursus Belastingrecht (Bronbelasting)*, BB.1.0.1.C.b (online, actueel t/m 04-01-2024).

¹⁰² *Kamerstukken II 2020/21*, 35779, nr. 6, p. 9.

heeft in de inhoudingsplichtige, en samen met andere lichamen die behoren tot een samenwerkende groep een kwalificerend belang heeft in de inhoudingsplichtige. Het omgekeerde geldt eveneens, wanneer de inhoudingsplichtige een belang heeft in de voordeeligerechtigde en samen met andere lichamen die tot een samenwerkende groep behoren een kwalificerend belang heeft in de voordeeligerechtigde. Bovendien wordt een inhoudingsplichtige als gelieerd aan de voordeeligerechtigde beschouwd indien lichamen die behoren tot een samenwerkende groep gezamenlijk een kwalificerend belang hebben in zowel de inhoudingsplichtige als voordeeligerechtigde.¹⁰³ Deze gelieerde situaties worden aan de hand van een voorbeeld van de wetgever geïllustreerd in figuur 2.¹⁰⁴



Figuur 2. Voorbeeld kwalificerend belang samenwerkende groep

De lichamen G, H en I vormen een samenwerkende groep en hebben gezamenlijk een kwalificerend belang in J en K.¹⁰⁵ Indien J renten of royalty's is verschuldigd aan G, H, of I (geldstroom 1), is J een gelieerd lichaam aan de voordeeligerechtigde G, H of I, terwijl de lichamen G, H en I individueel geen kwalificerend belang hebben in J. Omgekeerd geldt hetzelfde. Als het lichaam G, H of I van de samenwerkende groep renten of royalty's is verschuldigd aan K (geldstroom 2), dan is het lichaam G, H of I gelieerd aan het voordeeligerechtigde lichaam K. Ten slotte, in de situatie dat K renten of royalty's is verschuldigd aan J (geldstroom 3), is K ook gelieerd aan de voordeeligerechtigde J aangezien

¹⁰³ Artikel 1.2, eerste lid, onderdeel c, Wet BB 2021.

¹⁰⁴ Voorbeeld gebaseerd op *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 17.*

¹⁰⁵ Zie par. 2.3.3.

de samenwerkende groep G, H en I gezamenlijk een kwalificerend belang heeft in K en J.¹⁰⁶ Dit voorbeeld van de wetgever betreft enkel renten en royalty's omdat de Wet BB 2021 destijds nog niet van toepassing was op dividenden. Desondanks geldt dezelfde toepassing bij dividenden in het kader van de geldstromen 1 en 3.¹⁰⁷

Indien een betaling toekomt aan een lichaam dat behoort tot een samenwerkende groep, is bronbelasting alleen van toepassing wanneer dit lichaam is gevestigd in een LBJ.¹⁰⁸ Hierop is echter een uitzondering wanneer de betaling aan een lichaam van de samenwerkende groep valt onder toepassing van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c of e, Wet BB 2021.¹⁰⁹

Als een hybride lichaam in een niet-LBJ onder toepassing van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel e, Wet BB 2021 valt, wordt de gehele betaling aan dat hybride lichaam onderworpen aan bronbelasting als een achterliggend gerechtigd lichaam in een LBJ behoort tot een samenwerkende groep. Dit is het gevolg van de alles-of-niets benadering waardoor bronbelasting ook van toepassing is op de betalingen aan lichamen in een niet-lbj van de samenwerkende groep.¹¹⁰ Bij misbruiksituaties onder artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wet BB 2021 wordt eveneens de gehele betaling onderworpen aan bronbelasting wanneer sprake is van een tussenliggend niet-hybride lichaam en een lichaam gevestigd in een LBJ dat behoort tot een samenwerkende groep.¹¹¹ Naar Nederlandse maatstaven is namelijk sprake van een betaling aan één lichaam, zijnde het tussenliggende lichaam, waardoor de gehele betaling aan het tussenliggende lichaam onder de bronbelasting valt bij misbruiksituaties. Onder toepassing van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c en e, Wet BB 2021, worden door de samenwerkende groep ook de betalingen aan lichamen in een niet-LBJ die behoren tot samenwerkende groep onder het bereik van de bronbelasting gebracht.

4.2.2 Beperkingen

In de wetsgeschiedenis van de Wet BB 2021 wordt voor de uitleg van de samenwerkende groep verwezen naar de toelichting van artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969.¹¹² De vraag is of de toepassing van de samenwerkende groep bijdraagt aan de doelstellingen van de bronbelasting.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 17.*

¹⁰⁷ Artikel 3.4a, eerste lid, Wet BB 2021.

¹⁰⁸ Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel a en b, Wet BB 2021.

¹⁰⁹ Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c en e, Wet BB 2021.

¹¹⁰ Artikel 2.1, vierde lid, onderdeel a, Wet BB 2021 en zie tevens par. 2.3.4.

¹¹¹ Zie par. 2.3.3.

¹¹² *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 16.*

De Wet BB 2021 is geschreven als concernregeling welke uitsluitend ziet op gelieerde verhoudingen. Voor de Wet BB 2021 is doorslaggevende zeggenschap vereist om een kwalificerend belang te hebben en buiten de vrijheid van kapitaalverkeer te blijven.¹¹³ Echter, door de samenwerkende groep kan de Wet BB 2021 ook van toepassing zijn zonder dat sprake is van doorslaggevende zeggenschap.¹¹⁴ Het is namelijk de vraag of ten aanzien van de individuele lichamen van een samenwerkende groep kan worden gesteld dat sprake is van een zodanige invloed zoals bedoeld in de jurisprudentie van het HvJ EU.¹¹⁵ Hierdoor is het mogelijk dat de vrijheid van kapitaalverkeer toch van toepassing is, wat een kwetsbaarheid oplevert voor de Wet BB 2021.¹¹⁶

Daarnaast is het doel van de Wet BB 2021 dat Nederland minder aantrekkelijk wordt voor doorstroomstructuren naar LBJ's en om het risico van belastingontwijking door verschuiving van de grondslag naar LBJ's te verkleinen.¹¹⁷ Met de komst van de bronbelasting zouden de dividend-, rente- en royaltystromen naar LBJ's nagenoeg moeten verdwijnen.¹¹⁸ Uit de jaarlijkse monitoringsbrief blijkt echter dat deze geldstromen niet geheel tot nihil zijn afgenomen zoals is begroot. Eén van de oorzaken die hiervoor wordt genoemd is de hoge administratieve kosten voor herstructurering waardoor de bronbelasting voor lief wordt genomen.¹¹⁹ In het verlengde daarvan kan worden gedacht aan directe betalingen aan lichamen van een samenwerkende groep waarbij slechts een beperkt deel van de samenwerkende groep is gelegen in een LBJ.¹²⁰ Enkel wanneer de betaling aan een lichaam van de samenwerkende groep een tussengeschakelde niet-hybride of hybride lichaam omvat, vallen alle betalingen aan lichamen die behoren tot een samenwerkende groep onder toepassing van de bronbelasting.¹²¹ Indien het een directe betaling betreft aan een lichaam van een samenwerkende groep, valt de betaling enkel onder de bronbelasting indien het lichaam is gelegen in een LBJ. Bij een desbetreffend beperkt deel van de samenwerkende groep dat valt onder toepassing van de Wet BB 2021 zijn de administratieve kosten om de hele groep te herstructureren relatief hoog. Hierdoor wordt deze doorstroom naar LBJ's niet effectief beïnvloed door de bronbelasting.

Bovendien wordt de samenwerkende groep geacht te zijn opgezet met het doel om niet te voldoen aan een kwalificerend belang en daarmee bronbelasting te ontwijken, ook als dit niet het geval is. Voor toepassing van de Wet BB 2021 is het motief achter de structurering namelijk

¹¹³ Zie par. 2.3.3.

¹¹⁴ Tubbergen & Hermans, *WFR* 2021/222, par. 3.

¹¹⁵ Zie par. 2.3.3.

¹¹⁶ Bagci e.a., *WFR* 2019/207, par. 2.

¹¹⁷ Zie par. 2.4.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 25087, nr. 259, p. 4.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2023/24, 25087, nr. 320, p. 4.

¹²⁰ *Vakstudie Nieuws* 2022/31.3, par. 2.

¹²¹ Zie par. 4.2.1

niet relevant. Er wordt verondersteld dat structuren die geraakt worden door de bronbelasting uitsluitend zijn ingegeven door fiscale overwegingen.¹²² Dit hoeft echter bij samenwerkende groepen niet het geval te zijn. Desondanks geeft de Wet BB 2021 geen tegenbewijsmogelijkheid aan de belastingplichtige, wanneer de inspecteur een samenwerkende groep vaststelt. Hierdoor kunnen kapitaalstromen onnodig worden belemmerd aangezien lichamen onder de bronbelasting vallen zonder dat sprake is van een kwalificerend belang of belastingontwijking. Het ontbreken van een wettelijke definitie van de samenwerkende groep zorgt ook voor deze problemen in de Wet BB 2021. Door het niet definiëren van de samenwerkende groep heeft de wetgever de mogelijkheid om zelf grenzen te creëren voor de toepassing van de bronbelasting. Dit leidt niet alleen rechtsonzekerheid maar beperkt ook de mogelijkheid voor belastingplichtigen om tegenbewijs te leveren.

4.3 Aanbevelingen aan de wetgever

In het kader van de beperkingen voor de toepassing van de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969 in de bronbelasting kunnen enkele aanbevelingen worden geformuleerd waardoor deze samenwerkende groep beter bijdraagt aan de doelstellingen van de Wet BB 2021.

De wetgever zou meer duidelijkheid moeten bieden rondom de definitie van de samenwerkende groep in de context van de bronbelasting zodat de rechtsonzekerheid in de Wet BB 2021 kan worden verminderd. Dit zorgt voor een afbakening van het toepassingsbereik waardoor de bronbelasting effectiever kan worden geheven. Om verduidelijking te bieden is het noodzakelijk dat de wetgever meer richtinggevende beleidsstukken verstrekt. Dit kan door middel van een besluit of uitgewerkte voorbeelden welke ingaan op de criteria en situaties met een samenwerkende groep in de Wet BB 2021. Daarnaast kan de rechtsonzekerheid worden verminderd door een 'checklist' voor belastingplichtigen te introduceren. Door een niet-limitatieve lijst met potentiële aanknopingspunten voor een samenwerkende groep op te stellen, kunnen belastingplichtigen beter inschatten of mogelijk sprake is van een samenwerkende groep.

Daarnaast moet de samenwerkende groep bijdragen aan de doelstellingen van de bronbelasting, die wordt geheven op betalingen aan gelieerde lichamen gevestigd in LBJ's en in misbruiksituaties om belastingontwijking via Nederland te bestrijden.¹²³ De vraag is echter of een lichaam van een samenwerkende groep zonder een kwalificerend belang in een LBJ, als gelieerd kan worden beschouwd voor de toepassing van de Wet BB 2021. Naar mijn inzicht

¹²² Zie par. 2.4.

¹²³ Zie par. 2.4.

is het aan te bevelen om een misbruiktoets, rekening houdend met geoorloofde belastingbesparing, te integreren in de beoordeling van het kwalificerende belang van een samenwerkende groep.¹²⁴ Door een misbruiktoets op het niveau van de samenwerkende groep te implementeren, wordt onderscheid gemaakt tussen samenwerkende groepen mét en zonder een kwalificerend belang, waarbij geoorloofde belastingbesparing de grens vormt.¹²⁵ Hierdoor wordt de balans gevonden tussen het bestrijden van belastingontwijking en het niet onnodig belemmeren van kapitaalstromen. Dit zou bijdragen aan een effectievere bestrijding van belastingontwijking, terwijl bonafide belastingbesparingen buiten de toepassing van de bronbelasting blijven.

Om dit te bereiken is aanvullende wetgeving nodig. Op basis van feiten en omstandigheden wordt vastgesteld of sprake is van een kwalificerend belang, dat mede kan ontstaan door het samentellen van belangen van lichamen binnen de samenwerkende groep.¹²⁶ De beoordeling van een kwalificerend belang van samenwerkende groepen moet echter in samenhang worden gezien met een misbruiktoets. Dit kan mijns inziens concreet worden ingevuld met de reeds bekende subjectieve en objectieve toets in de Wet BB 2021 om misbruik vast te stellen.¹²⁷ Door deze tevens te hanteren in het kader van een samenwerkende groep, kan worden bepaald of de samenwerkende groep als doel heeft belasting te ontwijken en of deze groep is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Indien geen sprake is van een desbetreffend kwalificerend belang, dienen deze lichamen buiten de toepassing van de Wet BB 2021 te blijven om onnodige belemmeringen van kapitaalstromen te voorkomen. In het verlengde hiervan kan een tegenbewijsregeling worden opgenomen in de bronbelasting om misbruik op effectieve wijze aan te pakken. Indien een kwalificerend belang wordt vastgesteld voor de samenwerkende groep is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat er wel sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen en de voordelen niet worden ontvangen met het doel om belasting bij een ander te ontgaan.

Als deze aanbevelingen worden opgevolgd, fungeert de samenwerkende groep in de Wet BB 2021 als antimisbruikbepaling. Door de samenwerkende groep voor de toepassing van de bronbelasting te beoordelen in samenhang met een misbruiktoets en tegenbewijsregeling, blijven lichamen zonder kwalificerend belang en waarbij geen sprake is van belastingontwijking buiten de reikwijdte van de Wet BB 2021. Dit is naar mijn mening nodig om ervoor te zorgen dat

¹²⁴ Zie par. 4.2.1.

¹²⁵ Zie par. 3.4.

¹²⁶ Zie par. 4.2.1.

¹²⁷ Zie par. 2.3.3.

de samenwerkende groep effectief bijdraagt aan het realiseren van de doelstelling van de wetgever met de bronbelasting, namelijk het tegengaan van belastingontwijking.

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag onderzocht: *‘Hoe verhoudt de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 zich tot de ratio van de Wet BB 2021?’*. Gelieerdheid vormt het uitgangspunt voor de bronbelasting, waardoor de samenwerkende groep essentieel is voor het toepassingsbereik van deze wet. Voor de samenwerkende groep in de bronbelasting heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de uitleg van het begrip binnen de antiwinstdrainagebepaling in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. Zowel de antiwinstdrainagebepaling als de Wet BB 2021 zijn geïmplementeerd om belastingontwijking in gelieerde verhoudingen te bestrijden. Met de samenwerkende groep wordt beoogd verbondenheid in materiële zin te herkennen en daarmee belastingontwijking te voorkomen. Uit de analyse van de toepassing van de samenwerkende groep in de Wet BB 2021 blijkt echter dat het begrip beperkt aansluit bij de ratio.

Eén van de kernbeperkingen van de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 in de Wet BB 2021 is de afwezigheid van een duidelijke definitie. Hoewel het ontbreken van een wettelijk definitie kan worden gezien als dynamische toepassing van het begrip, doet dit afbreuk aan de ratio van de Wet BB 2021. De rechtsonzekerheid omtrent de samenwerkende groep beperkt de effectiviteit van de bronbelasting in het bestrijden van belastingontwijking. Belastingplichtigen zijn vaak onwetend of zij onder toepassing van de Wet BB 2021 vallen waardoor de bronbelasting niet effectief alle samenwerkende groepen raakt. De afwezigheid van een definitie voor de samenwerkende groep zorgt daarnaast ervoor dat belastingplichtigen niet in staat worden gesteld aannemelijk te maken dat er geen sprake is van een kwalificerend belang van de samenwerkende groep. Aangezien door de samenwerkende groep ook niet-belastingontwijkende lichamen zonder een kwalificerend belang worden onderworpen aan de bronbelasting, leidt het begrip ertoe dat kapitaalstromen onnodig worden belemmerd. In dit kader zijn aanbevelingen geformuleerd die bijdragen aan het verminderen van de rechtsonzekerheid in de bronbelasting en die de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 in lijn te brengen met de doelen van de Wet BB 2021.

Om de rechtsonzekerheid te verminderen, moet de wetgever de definitie van de samenwerkende groep in de context van de bronbelasting verduidelijken. Dit kan worden bereikt door aanknopingspunten te bieden voor een samenwerkende groep door middel van voorbeelden, beleidsstukken of een checklist. Daarnaast kan bij de beoordeling van een

kwalificerend belang van de samenwerkende groep een misbruiktoets worden aangelegd. Op deze manier worden lichamen zonder een kwalificerend belang die behoren tot een samenwerkende groep enkel als gelieerd beschouwd voor de bronbelasting indien de grens van geoorloofde belastingbesparing wordt overtreden.

Hoofdstuk 5. Conclusie

5.1 Inleiding

In de Wet BB 2021 wordt voor de definitie van het begrip gelieerd lichaam onder meer verwezen naar de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet VPB 1969. In de strijd tegen belastingontwijking heeft de wetgever gekozen om de definitie van de samenwerkende groep uit de antiwinstdrainagebepaling ook te laten gelden in de context van de Wet BB 2021. Het begrip ‘samenwerkende groep’ is echter niet wettelijk gedefinieerd. Door de rechtsonzekerheid omtrent het begrip, is de wetgever voornemens een nieuw vervangend begrip voor de samenwerkende groep te introduceren in de Wet BB 2021. In deze scriptie stond onderzoek naar de samenwerkende groep en de Wet BB 2021 centraal, de hoofdvraag luidt:

‘Draagt het begrip ‘samenwerkende groep’ als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 bij aan het bereiken van de doelen van de Wet BB 2021? En zo niet, vereist dit aanvullende wetgeving?’

Door de Wet BB 2021 en de samenwerkende groep te analyseren, is onderzocht hoe de samenwerkende groep zich verhoudt tot de doelstellingen van de Wet BB 2021. Het doel is om de beperkingen van de huidige toepassing van de samenwerkende groep binnen de Wet BB 2021 te identificeren en aanbevelingen te formuleren zodat de samenwerkende groep bijdraagt aan het realiseren van de doelen van de bronbelasting. In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken nogmaals toegelicht, waarna een antwoord op de hoofdvraag wordt gegeven.

5.2 Bevindingen

De Wet BB 2021 introduceert een conditionele bronbelasting op dividend-, rente- en royaltybetalingen aan gelieerde lichamen gevestigd in LBJ's en in misbruiksituaties om belastingontwijking via Nederland te bestrijden. De toepassing van de bronbelasting is beperkt tot gelieerde verhoudingen, waarbij gelieerdheid wordt vastgesteld wanneer een lichaam een kwalificerend belang heeft vanwege doorslaggevende zeggenschap in een ander lichaam. Het doel van de Wet BB 2021 is om te voorkomen dat Nederland fungeert als toegangspoort naar LBJ's en om het risico op grondslagverschuiving te beperken. Met de bronbelasting wordt beoogd Nederland minder aantrekkelijk te maken voor doorstroomvennootschappen om zo belastingontwijking aan te pakken. Door de wetgever is bij de implementatie van de Wet BB 2021 verondersteld dat enkel structuren door de heffing van bronbelasting worden geraakt waarbij fiscale overwegingen ten grondslag liggen. Voor de heffing van bronbelasting is een balans gezocht tussen het tegengaan van belastingontwijking en het niet onnodig belemmeren

van kapitaalstromen om het investeringsklimaat te beschermen. Derhalve wordt bronbelasting niet geheven bij geldstromen naar niet-LBJ's en in niet-gelieerde verhoudingen om te voorkomen dat kapitaalstromen onnodig worden belemmerd door dubbele heffing en hoge administratieve lasten.

Onder gelieerde lichamen in de Wet BB 2021 valt tevens de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969. Hiermee wordt beoogd belastingontwijking door gecoördineerde investeringsstructuren tegen te gaan. Om zowel huidige als toekomstige belastingontwijking effectief te bestrijden, heeft de wetgever gekozen voor een dynamische toepassing door het begrip niet wettelijk te definiëren. Aan de hand van feiten en omstandigheden wordt beoordeeld of sprake is van een samenwerkende groep. De samenwerkende groep ziet op gecoördineerde investeringen door lichamen die gezamenlijk leiden tot een kwalificerend belang terwijl de lichamen afzonderlijk geen kwalificerend belang hebben. Hierbij is materiële zeggenschap een belangrijk element dat kan duiden op een samenwerkende groep. Volgens de wetgever is in ieder geval sprake van een samenwerkende groep onder artikel 10a Wet VPB 1969 indien de materiële zeggenschap over de investering en het gezamenlijke belang in het overgenomen lichaam bij een coördinerende (rechts)persoon ligt én elke aandeelhouder onder vergelijkbare voorwaarden en verhoudingen eigen vermogen en leningen verstrekt. De omvang van de samenwerkende groep wordt mogelijk verduidelijkt in de jurisprudentie. De HR hanteert een situationele gelieerdheid bij de gelegenheid van investering waardoor zowel de directe als de achterliggende investerende lichamen tot de samenwerkende groep behoren. Bovendien introduceert de HR een concept dat mogelijk van toepassing is op de verbondenheid van de groep met de belanghebbenden. Of de groep als verbonden wordt beschouwd, kan afhangen van het antwoord op de vraag of het gaat om geoorloofde belastingbesparing of kunstmatige niet-gelieerdheid.

De samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 vindt ook toepassing in de context van de Wet BB 2021. Voor de bronbelasting wordt een lichaam als gelieerd beschouwd als deze samen met andere lichamen in een samenwerkende groep gezamenlijk een kwalificerend belang heeft in een ander lichaam. Het betreft hier de onderlinge afstemming van aandelenbelangen zodat gezamenlijk sprake is van een kwalificerend belang. In essentie zorgt de samenwerkende groep voor een uitbreiding van de definitie van gelieerdheid om belastingontwijking tegen te gaan. Hierdoor kan bronbelasting worden geheven in situaties van materiële gelieerdheid zonder een formeel kwalificerend belang.

5.3 Conclusie

De hoofdvraag, bestaande uit twee subvragen, kan aan de hand van bovenstaande bevindingen worden beantwoord.

De eerste subvraag betreft de bijdrage van de samenwerkende groep om de doelen van de Wet BB 2021 te realiseren. Op basis van de analyse van de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB in verhouding tot de Wet BB 2021, kan worden geconcludeerd dat de huidige definitie en toepassing van de samenwerkende groep beperkt bijdraagt aan het bereiken van de doelen van de bronbelasting.

De Wet BB 2021 heeft namelijk als primair doel belastingontwijking te bestrijden en beoogt dit te bereiken door de doorstroom naar LBJ's tegen te gaan en het risico op grondslagverschuiving te beperken. Daarnaast moet bronbelasting kapitaalstromen niet onnodig te belemmeren. De wetgeving ziet derhalve enkel op gelieerde situaties. Hoewel de samenwerkende groep een ruimere toepassing van de Wet BB 2021 biedt doordat het belastingontwijkende structuren door niet-gelieerdheid aanpakt die anders buiten het bereik zouden blijven, zijn er beperkingen en onduidelijkheden die de effectiviteit van de bronbelasting in het bestrijden van belastingontwijking ondermijnen.

De onduidelijkheid rondom de definitie van de samenwerkende groep leidt tot rechtsonzekerheid bij belastingplichtigen voor de bronbelasting. Deze onduidelijkheid bemoeilijkt tevens het leveren van tegenbewijs, waardoor mogelijk ook niet-gelieerde lichamen en niet-belastingontwijkende structuren onder de bronbelasting vallen. Dit strookt met het doel van de wet. Daarnaast blijven groepsstructuren met beperkte belangen in LBJ's onaangepast vanwege de relatief hoge administratieve kosten voor herstructurering. Lichamen zonder een kwalificerend belang worden door de samenwerkende onderworpen aan bronbelasting, zelfs wanneer geen fiscale overwegingen ten grondslag liggen. Het brede toepassingsbereik van de samenwerkende groep en daarmee gelieerdheid in de Wet BB 2021, ondermijnt daardoor de intentie om kapitaalstromen niet onnodig te belemmeren.

Gezien de beperkte bijdrage van de samenwerkende groep dient het tweede deel van de hoofdvraag bevestigend te worden beantwoord. In dit kader zijn in hoofdstuk 4 aanbevelingen geformuleerd die, mijns inziens, ervoor zorgen dat de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 effectiever bijdraagt aan de doelstellingen van de Wet BB 2021. Samenvattend kunnen deze aanbevelingen worden onderverdeeld in twee belangrijke aandachtspunten.

Ten eerste is het noodzakelijk dat de wetgever duidelijk biedt omtrent de samenwerkende groep in de context van de Wet BB 2021 door aanknopingspunten te bieden om een samenwerkende groep te identificeren. Dit kan worden bereikt door richtinggevende

beleidsstukken en uitgewerkte voorbeelden te verschaffen. Daarnaast zou een lijst met kenmerken voor een samenwerkende groep in de Wet BB 2021 bijdragen aan het verminderen van de rechtsonzekerheid. Het bieden van deze aanknopingspunten stelt belastingplichtigen beter in staat te bepalen of zij worden beschouwd als gelieerd lichaam dat behoort tot een samenwerkende groep onder de toepassing van de Wet BB 2021.

Ten tweede moet in de beoordeling van het kwalificerende belang van een samenwerkende groep een misbruiktoets worden geïntegreerd, indachtig geoorloofde belastingbesparing, voor de toepassing van de Wet BB 2021. De misbruiktoets maakt onderscheid tussen samenwerkende groepen met en zonder kwalificerend belang, waarbij geoorloofde belastingbesparing de grens vormt. Door in het verlengde hiervan een tegenbewijsregeling op te nemen zijn belastingplichtige tevens in staat aan te tonen dat er geen sprake is van een samenwerkende groep met een kwalificerend belang, gebaseerd op de economische realiteit en belastingontwijking. Op deze manier fungeert de samenwerkende groep als effectieve antimisbruikbepaling waardoor belastingontwijking effectief wordt bestreden zonder kapitaalstromen onnodig te belemmeren.

De aanbevelingen van dit onderzoek zijn beperkt tot aanvullende wetgeving voor de toepassing van de samenwerkende groep als bedoeld in artikel 10a Wet VPB 1969 binnen de context van de Wet BB 2021. De wetgever is echter voornemens een nieuw groepsbegrip te introduceren voor de bronbelasting om de rechtsonzekerheid te verminderen. De Wet BB 2021 bevat een groepsbegrip om kunstmatige niet-gelieerdheid door het ontbreken van een formeel kwalificerend belang te voorkomen, zodat lichamen niet buiten de toepassing van de concernregeling vallen door misbruik. Het groepsbegrip zorgt dat belastingplichtigen die materieel gelieerd zijn ook fiscaal als zodanig worden behandeld om belastingontwijking via kunstmatige structuren tegen te gaan. Het groepsbegrip uit de antiwinstdrainagebepaling krijgt echter geen andere invulling in de bronbelasting waardoor dit onderzoek enkel is gericht op de toepassing van de samenwerkende groep. Indien het nieuwe groepsbegrip een andere invulling krijgt, kan dit ook leiden tot een andere toepassing in de bronbelasting. De conclusie van dit onderzoek zou derhalve meer gewicht hebben indien bekend was of de wetgever met het nieuwe groepsbegrip dezelfde invulling en toepassing beoogt als bij de huidige samenwerkende groep. Dit onderzoek kan echter wel aandachtspunten bieden waarmee de wetgever rekening kan houden bij de toepassing en formulering van een nieuw groepsbegrip dat bijdraagt aan de doelstellingen van de bronbelasting. Nader onderzoek kan zich richten op hoe een nieuw groepsbegrip kan worden geformuleerd in het kader van de bronbelasting en het toepassingsbereik van een eigen groepsbegrip.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Wetenschappelijke artikelen

Bagci e.a., WFR 2019/207

R. Bagci, R.P.C.W.W. Brandsma, P. Ruige & H.R. Zuidhof, 'Enige wetenswaardigheden van een belasting zonder opbrengst: Wet bronbelasting 2021', *WFR* 2019/207, p. 1252-1258.

Brandsma, WFR 2017/28

R. Brandsma, 'Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt', *WFR* 2017/28, p. 152-153.

Van Dam, commentaar bij artikel 10a – Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – niet aftrekbare rente

R. van Dam, *commentaar bij artikel 10a – Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 – niet aftrekbare rente*, NDFR (online, bijgewerkt 27 augustus 2023).

Van der Have & van Hulten, WFR 2020/237

J.C. van der Have & L.C. van Hulten, 'De samenwerkende groep in de context van hybride mismatches', *WFR* 2020/237, p. 1613-1619.

Van Heijningen, NLF-W 2022/6

L. van Heijningen, 'Samenwerkende groep en acting together bij fondsen: duiding, analyse en afbakening', *NLF-W* 2022/6 (online, 13 maart 2022).

Tubbergen & Hermans, WFR 2021/222

L.B.J. Tubbergen & W.W.J. Hermans, 'Verslag van de 51^e Fiscale Conferentie 'Bronbelastingen'', *WFR* 2021/222, p. 1601-1607.

Vakstudie Nieuws 2022/31.3

'Kabinet constateert dat belastingontwijking via Nederland is afgenomen', *Vakstudie Nieuws* 2022/31.3, p. 14-27.

Vleggeert & Vording, NJB 2018/139

J. Vleggeert & H. Vording, 'Is Nederland een belastingparadijs?', *NJB* 2018/139, p. 174-180.

De Wilde, NLF-W 2024/16

M.F. de Wilde, 'Zwanenzang of Phoenix, het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 2024 in de zaak Sidecar', *NLF-W* 2024/16 (online, 14 mei 2024).

Zeldenrust, WFR 2021/26

R. Zeldenrust, 'Een uniforme uitleg van drie antimisbruikbepalingen', *WFR* 2021/26, p. 155-163.

Overige artikelen

Pols, NOS Nieuws (online, 13 januari 2021)

G. Pols, 'Belastingontwijking Google leverde Nederland ruim 25 miljoen euro op', *NOS Nieuws* (online, 13 januari 2021).

Boeken

Bagci & Brandsma, in: *Cursus Belastingrecht (Bronbelasting)*

R. Bagci & R.P.C.W.M. Brandsma, 'BB.0.0.0. Karakter Wet BB 2021: een heffing bij de bron', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Potgens (red.), *Cursus Belastingrecht (Bronbelasting)*, Wolters Kluwer (online, actueel t/m 4 januari 2024).

Hennevelt & El Manouzi 2023

M.T.M. Hennevelt & M. el Manouzi, *Wet bronbelasting 2021. Inclusief de aanvullende bronbelasting op dividenden (Fiscaal Actueel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Kavelaars 2021

P. Kavelaars, *Bronstaatheffingen en vermogensinkomsten (Fiscale Monografieën nr. 167)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Rapporten en verslagen

Hers, Witteman & Rougoor 2018

J. Hers, J. Witteman & W. Rougoor, *Balansen, inkomsten en uitgaven van bfi's*, Amsterdam: SEO Economische Onderzoek 2018.

Lejour 2020

A. Lejour, *De Last van Onbelaste Winsten: Belastingontwijking in en door Nederland*, Tilburg University 2020.

OECD 2013

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing 2013.

OECD 2015

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing 2015.

OECD 2021

OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing 2021.

The State of Tax Justice 2023

The State of Tax Justice 2023, Tax Justice Network 2023.

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 2015/16, 25087, K

Kamerstukken I 2016/17, 34552, E

Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 3

Kamerstukken II 2016/17, 25087, nr. 130

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 14

Kamerstukken II 2017/18, 25087, nr. 188

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3

Kamerstukken II 2019/20, 25087, nr. 259

Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7

Kamerstukken II 2019/20, 35302, nr. 50

Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3

Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6

Kamerstukken II 2020/21, 35779, nr. 6

Kamerstukken II 2022/23, 36273, nr. 3

Kamerstukken II 2022/23, 36369, nr. 2

Kamerstukken II 2022/23, 36369, nr. 3

Kamerstukken II 2023/24, 25087, nr. 320

Kamerstukken II 2023/24, 32140, nr. 184

Jurisprudentie

HvJ EU 26 februari 2019 ECLI:EU:C:2019:135

HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21

Parket bij de HR 31 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:102 (concl. A-G P.J. Wattel)

HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469 (Sidecar-arrest)