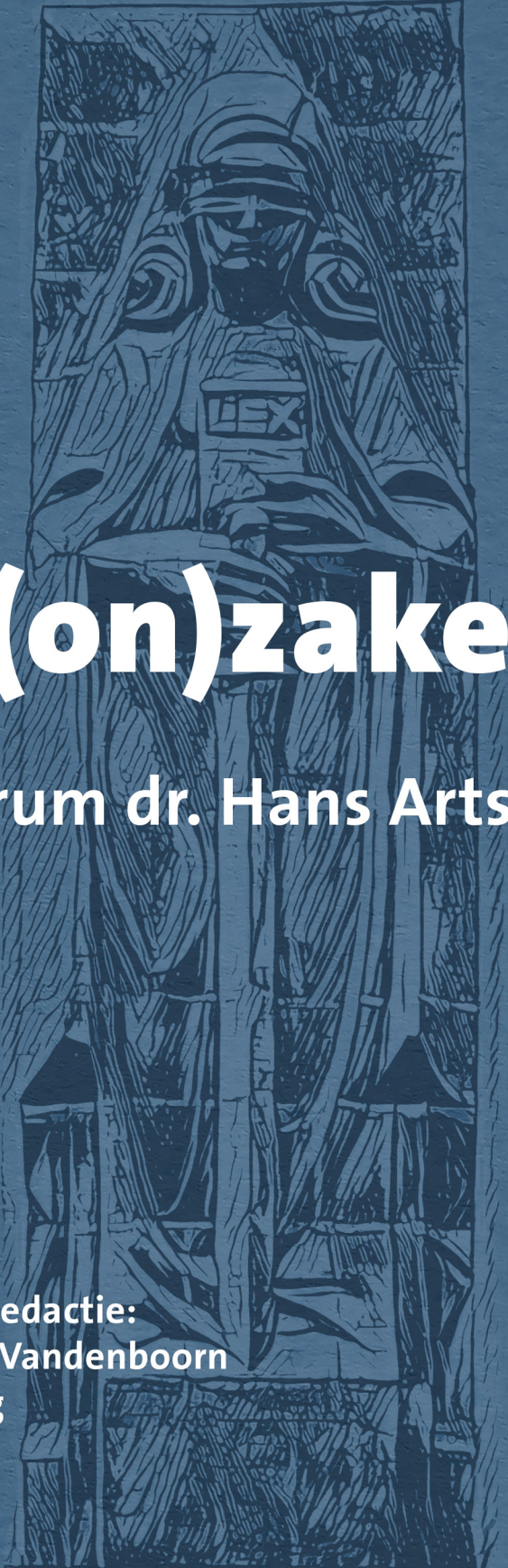




Even (on)zakelijk

Liber Amicorum dr. Hans Arts

Samenstelling door/Redactie:
Prof.dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn
Mr.dr. J.J.A.M. Korving

Maastricht
University
Press

Even (on)zakelijk

Liber Amicorum voor
dr. Hans Arts

Even (on)zakelijk

Liber Amicorum voor
dr. Hans Arts

Samengesteld door:
Prof.dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn
Mr.dr. J.J.A.M. Korving

Even (on)zakelijk – Liber Amicorum dr. Hans Arts

© 2024 De auteurs.

Gepubliceerd door: Maastricht University Press | Maastricht

Versie: 2024-01

ISBN: 9789403771144

DOI: 10.26481/mup.2402



Dit boek is ook Open Access gepubliceerd op umlib.nl/mup.2402 onder de voorwaarden van de Creative Commons Naamsvermelding 4.0 Licentie (CC BY 4.0).

De Open Access versie van dit werk wordt gefinancierd door Maastricht University Press en is beschikbaar op hun platform.

Download of lees online: umlib.nl/mup.2402



Print & distributie: bookmundo

INHOUD

VOORWOORD	9
EEN NIEUW HOOFDSTUK <i>Kevin van Abswoude</i>	13
UITNODIGING TOT HET DOEN VAN AANGIFTE BUITEN DE AANSLAGTERMIJN IS MOGELIJK, MAAR HET ENKEL NIET RETOURNEREN VAN EEN DERGELIJKE AANGIFTE LEIDT NIET TOT KWADE TROUW <i>Heleen Bisschoff-Moonen & Nadine Gorissen</i>	19
33 JAAR FISCALE PENSIOENONTWIKKELINGEN <i>Anouk Bollen-Vandenboorn</i>	31
DAS KAPITAL <i>Roland Brandsma</i>	51
DE HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING IN NEDERLAND EN DUITSLAND GESPIEGELD AAN HET LEVEN VAN HANS ARTS – EEN BESCHOUWING <i>Almut Breuer</i>	71
GAAT DE LEER VAN DE DEFINITIEVE VERLIEZEN MET HET ARREST W AG DEFINITIEF VERLOREN? <i>Harm van den Broek</i>	85
THE FIGHT AGAINST ABUSE OF RIGHTS AND DOUBLE NON-TAXATION AFTER “MOLINOS DEL RIO” <i>Esperanza Buitrago Diaz</i>	105
OVER SCHRIJVEN, LITERATUUR EN DE ACADEMIE <i>Ad van Doesum & Frank Nellen</i>	145
SOME THOUGHTS ABOUT THE PAST AND FUTURE OF INTERNATIONAL TAX LAW <i>Kasper Dziurdź</i>	153
CATCH-22 IN BOX 3 <i>Peter Essers</i>	165

OVER HET ZAKELIJKHEIDSBEGINSEL, EEN ARREST EN EEN KENNISGROEPSTANDPUNT <i>Edwin Heithuis</i>	183
DE KONING VAN ARTIKEL 81 RO EN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING NEEMT AFSCHIED <i>Hans van den Hurk</i>	197
RENTEAFTREKBEPALINGEN IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING: IS ER RUIMTE VOOR EEN OPEN NORM ANNO 2024? <i>Sieb Kingma</i>	215
ODE AAN EEN MENTOR <i>Johan Koolen</i>	233
“VOOR DE EER RELEVANTE TEKST”: MET OF ZONDER FISCALE IMPLICATIES? <i>Jasper Korving</i>	237
TOEPASSING OVERGANGSRECHT WET IB 2001 EN HET BESLUIT PENSIOENEN INTERNATIONALE ORGANISATIES: DOOR DE BOMEN HET FISCALE BOS ZIEN... <i>Sander Kramer</i>	257
AFSCHEID NEMEN VAN EEN/DE FISCALE MAAT <i>Raymond Luja</i>	273
HET FICTIEF REGULIER VOORDEEL IS IN STRIJD MET ART. 1 EP EVRM <i>Gerard Meussen</i>	279
DE ZWANENZANG VAN (DE COMPENSERENDE HEFFING VAN) ART. 10A WET VPB 1969? <i>Theo Poolen</i>	291
ZO KEN JE HEM NIET! <i>Arjan Thomassen</i>	315
HUWELIJKSVERMOGENSRECHT EN HET DAARMEE SAMENHANGENDE INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT <i>Kerstin van de Ven</i>	317

AFTREKBARE KOSTEN EN BELASTINGVRIJE VERGOEDINGEN IN
VOGELVLUCHT

– EEN KLEINE TRIBUUT AAN DE KONING VAN DE BNB-NUMMERS

Marjon Weerepas

329

VOORWOORD

Dit boek wordt aangeboden aan dr. Hans Arts in het kader van zijn pensionering. Hans stond, na een korte Leidse periode, in 1991 mede aan de wieg van de capaciteitsgroep Belastingrecht van destijds de Rijksuniversiteit Limburg, nu de Universiteit Maastricht. Als specialist op het gebied van de Nederlandse vennootschapsbelasting promoveerde hij in 1997 op het proefschrift ‘Kapitaalstorting voor de vennootschapsbelasting’. Later werd Hans een van de meest kritische volgers van het leerstuk van de onzakelijke lening.

Hans laat Maastricht goed gefundeerd achter. De vakken waarbij Hans als blokcoördinator was betrokken zijn alle goed gestructureerd en kennen gedegen blokboeken en tutorinstructies. Vooral de laatste zijn beroemd onder medetutoren. Als je in een blok van Hans betrokken bent, weet je dat er een duidelijke en uniforme uitleg voorhanden zal zijn om de onderwijsgroepen voor te bereiden en door te werken.

In de periode dat Hans betrokken was bij de capaciteitsgroep heeft hij verschillende programmawijzigingen meegemaakt. Hoewel hij die altijd kritisch benaderde, deed hij dit wel altijd op constructieve wijze. Hij deed dit vanuit diverse rollen, waaronder die van lid van de facultaire Examencommissie en voorzitter van de Opleidingscommissie Fiscaal Recht. Ook bij de meest recente wijzigingen van de fiscale master- en bacheloropleidingen was hij betrokken. En als het eerste jaar niet het didactisch gewenste resultaat opleverde werd ook niet geschroomd om op eigen initiatief (maar altijd in overleg) nadere aanpassingen te maken. Ook voor het Postacademisch Onderwijs Belastingwetenschap (PAOB), jarenlang het samenwerkingsverband tussen de fiscale afdelingen van de Nederlandse universiteiten, zette Hans zich jarenlang namens de Maastrichtse universiteit in.

Op het gebied van onderzoek kan het niet bevreemden dat de overgrote meerderheid van bijdragen die Hans aan de wetenschappelijke literatuur heeft toegevoegd betrekking heeft op de vennootschapsbelasting. Hoewel zijn voorliefde voor de vennootschapsbelasting in brede zin is gebleven, heeft Hans zich ook in veel andere fiscale onderwerpen verdiept. Hierbij

kan worden gedacht aan de Nederlandse heffing van dividendbelasting onder een belastingverdrag en aan de civiel-en fiscaalrechtelijke gevolgen voor een ondernemer van samenwonen, huwen en scheiden. En dan hebben we het nog niet over het, minder academisch, bijpraten van lezers op het gebied van de erf- en schenkbelasting, het Europese belastingrecht, de btw, de assurantiereserve en de vraag of hooibergen een duurzame woonruimte in Nederland vormen.

Los van de fiscale vaktechniek, die bij Hans in meer dan goede handen was, was Hans vooral een zeer gewaardeerde collega. Hans was duidelijk, maar altijd innemend en vriendelijk. En dat werd en wordt door collega's ontzettend gewaardeerd. De aanwezigheid van Hans binnen de capgroep zal worden gemist.

Hans is een unieke collega. En dat blijkt ook uit dit liber amicorum. Daar waar libers vaak zijn voorbehouden aan hoogleraren die met emeritaat gaan, rechtvaardigt Hans' unieke positie ook een liber: Als docent van het eerste uur, vurig pleitbezorger van het PGO, gewaardeerde en uiterst proactieve collega en – in feite – als doorwerkende pensionado omdat de capgroep hem vroeg er nog ruim een jaar aan te plakken nu hij nog niet gemist kon worden.

Wij hebben getracht een gevarieerd liber samen te stellen. De bijdragen komen van huidige en voormalige collega's van de capgroep Belastingrecht en andere academische vrienden die Hans' professionele levenspad hebben gekruist. Die bijdragen zijn soms inhoudelijk en soms persoonlijk van aard, maar ook regelmatig een combinatie van beide. Wij danken iedereen voor hun bijdrage aan deze afscheidsbundel.

Maastricht, december 2024

Anouk Bollen-Vandenboorn

Hoogleraar Grensoverschrijdend fiscaal pensioenrecht

Jasper Korving

Universitair docent Europees en internationaal belastingrecht

EEN NIEUW HOOFDSTUK

Kevin van Abswoude LL.M. M.Sc.

Samenvatting:

Sinds 1991 is Hans Arts een zeer sociale, uiterst intelligente en buitengewoon vakkundige collega en docent binnen de capgroep Belastingrecht. Hierbinnen fungeert Hans al 33 jaar als founding father. Op professioneel vlak blinkt Hans uit door middel van zijn veelzijdigheid en interdisciplinaire visie. Op persoonlijk niveau is Hans met zijn uitgesproken persoonlijkheid altijd een zeer betrouwbare en behulpzame collega. Daarnaast vormt Hans sinds jaar en dag het historische archief van de capgroep Belastingrecht. Helaas is nu de tijd aangebroken om zelf in dat archief te stappen. Toch zal Hans nimmer vergeten worden en zal hij blijven voortbestaan in de talrijke anekdotes die hij zelf ooit zo mooi voordroeg.

Kernwoorden:

Pensioen, loyaliteit, interdisciplinair, behulpzaam, archief, vennootschapsbelasting, veelzijdigheid, founding father, passie, anekdotes.

Vele bijdragen in dit *Liber Amicorum* omschrijven Hans Arts als een zeer sociale en uiterst intelligente collega. Mijn herinneringen aan Hans beginnen echter net iets anders. Alvorens Hans een (inderdaad zeer sociale en uiterst intelligente) collega te mogen noemen, had ik namelijk het genoegen om als student de colleges van ‘meneer Arts’ over de vennootschapsbelasting bij te mogen wonen. ‘Bijwonen’ betekende in het voorjaar van 2020 echter het afspelen van vooraf opgenomen colleges binnen de comfortzone van je eigen studentenkamer. In het turbulente begin van de coronapandemie bood meneer Arts de studenten enige mate van houvast met zijn vlijmscherpe colleges over renteaftrekbepeningen en onzakelijke leningen binnen de vennootschapsbelasting. De kennis en kunde waarmee meneer Arts ook digitaal de studenten aan zijn lippen wist

te laten hangen was ongekend. Zijn digitale presentatievaardigheden zijn zeer waarschijnlijk de reden dat ik, en vele medestudenten met mij, het bachelorblok Vennootschapsbelasting en het masterblok Fiscaal Concernrecht succesvol hebben kunnen afronden. Ondanks de fysieke afstand tot de collegebanken in ruimte en tijd wist meneer Arts iedereen op het puntje van zijn stoel te laten zitten, wat een absoluut wonder genoemd mag worden gezien in het licht van de spanningsboog van de studenten heden ten dage. Naast een zeer sociale en uiterst intelligente collega, is Hans Arts ook een buitengewoon vakkundige docent.

Mijn eerste persoonlijke ontmoeting met Hans heeft vervolgens twee jaar op zich laten wachten. Op mijn eerste werkdag aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (hierna: de 'Faculteit') nam de voorzitter van onze capaciteitsgroep (hierna: 'capgroep'), Prof. Dr. Raymond Luja, mij mee op een rondleiding om alle collega's binnen de capgroep Belastingrecht te ontmoeten. Deze rondleiding veranderde in een speurtocht gezien het gebrek aan aanwezige medewerkers midden in de zomervakantie. Het feit dat wij een hardwerkende, doch bijna pensioengerechtigde, Hans tussen de papieren op zijn vertrouwde kamer aantreffen, getuigt van de passie die Hans voor zijn vak heeft. Ondanks de stapel thesissen die op hem wachtte, maakte Hans toch even tijd vrij om een praatje te maken. Hiermee had Hans de gave om nieuwkomers direct een warm en welkom gevoel te geven binnen de capgroep.

Sinds die eerste echte ontmoeting ken ik Hans nu ruwweg twee jaar. Gedurende deze periode ben ik Hans op (bijna) iedere bijeenkomst van de capgroep tegengekomen. Van academische aangelegenheden zoals symposia, seminars en congressen tot informele activiteiten zoals de capgroepweekeinden en het eindejaarsdiner bij de Pizzabakkers. Hans was niet alleen altijd en overal van de partij, maar hij liet zich ook nadrukkelijk gelden. Tijdens iedere capgroepvergadering liet Hans zich uitgesproken uit over zaken die in zijn ogen verbeterd konden worden binnen de capgroep en de Faculteit, ondanks zijn naderende pensioen. De passie waarmee Hans tot en met zijn laatste vergadering zijn blik op de toekomst richtte illustreert de verbondenheid van Hans met onze capgroep.

Deze loyaliteit van Hans gaat inmiddels al ruim 33 jaar terug. Gekscherend grapte Hans geregeld tegen mij dat hij al werkzaam was bij onze Faculteit ruim voordat ik überhaupt geboren was. Sinds 1991, amper tien jaar na de oprichting, doceert Hans al belastingrecht aan onze Faculteit. Dit komt overeen met het eerste jaar dat de bachelor Fiscaal Recht gegeven wordt aan de Universiteit van Maastricht. Zijn decennialange dienstbaarheid maakt Hans niet alleen een van de *founding fathers*, maar ook tot een onmisbare schakel in de geschiedenis van onze capgroep. Hans stond aan de wieg van de fiscale studies die heden ten dage, met zijn pensioen in zicht, zijn opgebloeid tot de pareltjes van onze Faculteit.

Hans beperkte zich echter niet louter tot het belastingrecht. Naast de fiscaliteit heeft Hans ook een voorliefde voor het Nederlandse recht. Hans heeft immers ook rechtsgeleerdheid gestudeerd aan de Universiteit van Leiden. Door deze achtergrond kon Hans meermaals fiscale ontwikkelingen herleiden tot het Nederlandse civiele recht, waar mijn economische begrip ophield. Ik kan mij nog een interessante conversatie herinneren na afloop van een fiscaal symposium in de grotten van Château Neercanne waarbij Hans een fiscale rechtsregel, via de Franse *code civil*, tot diep in de Romeinse tijd kon herleiden. Zijn brede palet aan rechtsdisciplines maakt Hans uniek.

Deze interdisciplinaire visie past Hans ook toe binnen de fiscaliteit. Zijn specialisatie binnen de vennootschapsbelasting weerhoudt Hans niet om ook andere belastingen te bestuderen. De inkomstenbelasting, dividendbelasting en zelfs de btw zijn Hans niet vreemd. Ik ben meermaals met Hans in gesprek geraakt over de vennootschapsbelasting en wanneer mijn kennis dan ophield, verschoof ik zijn aandacht subtiel richting de btw. Hans ging altijd moeiteloos in de conversatie mee. Naast een specialist op het gebied van de vennootschapsbelasting, mag Hans zich met recht ook een fiscale generalist noemen.

Deze veelzijdigheid komt ook tot uiting in de imposante publicatielijst die Hans in de afgelopen 25 jaar heeft opgebouwd. Tussen 1997 en 2022 heeft Hans 166 artikelen, 39 noten, acht boekhoofdstukken, twee boeken, twee congresartikelen, één paper en één proefschrift geschreven. De inhoud van zijn bijdragen varieert van de vennootschapsbelasting, dividendbelasting, verrekenprijzen, eigenwoningregeling, overdrachts-

belasting tot en met de 30%-regeling. Met zowel Nederlandse als Engelstalige academische literatuur heeft Hans bijgedragen aan de ontwikkeling van de nationale en internationale fiscaliteit.

Naast zijn uitmuntende fiscale expertise, is Hans tevens een zeer behulpzame collega. Voor hulp kun je altijd bij Hans terecht. Of je nou problemen ondervindt bij het loskrijgen van stille studenten binnen de werkgroepen of de begeleiding van thesisstudenten, bij Hans vind je altijd een luisterend oor en goed advies. Dit heb ik zowel in de hoedanigheid van student als collega ervaren. Met zijn ervaring heeft Hans de afgelopen 33 jaar zijn stempel gedrukt op de gehele capgroep door bij te dragen aan de persoonlijke ontwikkeling van alle collega's.

Wat mij echter misschien nog wel het meeste van Hans bij zal blijven, zijn de verhalen die hij de afgelopen twee jaar met mij gedeeld heeft. Zijn vermogen om de geschiedenis tot leven te brengen door middel van anekdotes en herinneringen maakt hem tot het historische archief van onze capgroep. Door 33 jaar op één faculteit te werken maakt een mens wel wat mee. Hans heeft letterlijk al alles meegemaakt. Ik hoefde maar een naam van een oud-collega op te werpen die ik ergens in de krochten van het archief tegenkwam en dat was voor Hans voer voor een mooie anekdote. Over de afgelopen 33 jaar heeft Hans alle collega's binnen de capgroep ontmoet en hij kende iedereen persoonlijk. Dat laat ook zien hoe betrokken Hans altijd met zijn collega's is geweest. Hans is hiermee het historische archief van onze capgroep.

Nu is helaas de tijd aangebroken om zelf in dat archief te stappen. Evenals de mooie verhalen die jij kon vertellen over je oud-collega's, zullen wij nu ook de anekdotes over jou laten voortbestaan. Hierin zullen wij het hebben over een aardige man die aan de wieg stond van de Maastrichtse fiscale studies. Een man die met bloed, zweet en tranen heeft bijgedragen aan het doen opbloeien van deze studies, met de toevoeging van een Nederlands- en Engelstalige master met ieder drie verschillende specialisaties als resultaat. Een man die plezier en werk perfect wist te balanceren en altijd klaar stond voor zijn collega's.

Hans, de tijd is nu aangebroken om het laatste hoofdstuk van je carrière bij onze capgroep af te ronden. Tegelijkertijd sla je een nieuw boek open met

lege pagina's om nieuwe avonturen en uitdagingen aan te gaan. Jouw nalatenschap zal terugkeren in de verhalen die over jou verteld zullen worden en voortleven in de impact die jij hebt gehad op generaties studenten en collega's. Hans, ik wil je bedanken voor je onschatbare bijdrage aan onze capgroep en wens jou en je vrouw een welverdiend pensioen vol vreugde en vervulling toe. Moge de komende hoofdstukken van je leven net zo rijk en boeiend zijn als de verhalen die je met ons hebt gedeeld.

UITNODIGING TOT HET DOEN VAN AANGIFTE BUITEN DE AANSLAGTERMIJN IS MOGELIJK, MAAR HET ENKEL NIET RETOURNEREN VAN EEN DERGELIJKE AANGIFTE LEIDT NIET TOT KWADE TROUW

Mr. Heleen Bisschoff-Moonen¹ en mr.dr. Nadine Gorissen²

Samenvatting:

Hans Arts is een zeer gewaardeerde collega. Ter gelegenheid van zijn pensionering schrijven wij deze bijdrage. In zijn loopbaan heeft Hans altijd interesse gehad in veel onderdelen van het belastingrecht, waaronder ook het formele belastingrecht. Wij hebben voor deze bijdrage dan ook gekozen voor een nadere bespreking van een aantal aspecten van het formele belastingrecht uit het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873. We focussen daarbij op het feit dat het ook buiten de aanslagtermijn mogelijk is om een (potentiële) belastingplichtige uit te nodigen tot het doen van aangifte. Wanneer de belastingplichtige deze aangifte vervolgens echter niet retourneert, hoeft dit nog geen reden te zijn om kwade trouw te veronderstellen.

Kernwoorden:

Uitnodiging tot het doen van aangifte; navorderingsbevoegdheid; kwade trouw; aanslagtermijn

¹ Heleen Bisschoff-Moonen is werkzaam als docent formeel belastingrecht binnen de capaciteitsgroep Belastingrecht van Maastricht University en als directeur Particulieren bij de Belastingdienst.

² Nadine Gorissen is werkzaam als senior docent formeel belastingrecht binnen de capaciteitsgroep Belastingrecht van Maastricht University.

1. Inleiding

In deze bijdrage ter gelegenheid van het pensioen van mr. dr. Hans Arts, senior docent Belastingrecht aan Maastricht University, besteden wij aandacht aan enkele belangrijke aspecten uit het formele belastingrecht die in het arrest HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 naar voren zijn gekomen.

Wij hebben als docenten op het gebied van het formele belastingrecht het genoegen gehad vele jaren met Hans te mogen samenwerken bij de capaciteitsgroep Belastingrecht van Maastricht University. De samenwerking met Hans was altijd zeer prettig. Hij deelde zijn ruime expertise op het gebied van het belastingrecht, maar ook zijn jarenlange ervaring in het onderwijs. Bij Hans kon je altijd terecht voor een vakinhoudelijke vraag, voor een discussie over onderwerpen rondom onderwijskundige ontwikkelingen alsook voor een gezellig praatje, omdat Hans steeds oprechte belangstelling in zijn collega's en hun werkgebieden toonde. Hans heeft gedurende zijn hele loopbaan een niet aflatende interesse gehad in de vele aspecten van het belastingrecht, waaronder ook het formele belastingrecht. Bij seminars op het gebied van het formele belastingrecht alsook bij de formele privatissima was hij van de partij en nam hij actief deel aan de discussies. De gelegenheid van de pensionering van Hans willen wij dan ook graag gebruiken om Hans te bedanken voor zijn collegialiteit en de prettige samenwerking. Het is voor ons meteen de aanleiding om een bijdrage te schrijven waarbij wij op een aantal aspecten van het formele belastingrecht nader in gaan.

Wij behandelen hiertoe eerst de zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 in paragraaf 2. Dit arrest kan worden gezien als een soort capita selecta van onderwerpen met betrekking tot het formele belastingrecht. Zo gaat het in het arrest enerzijds om de uitnodiging tot het doen van aangifte en anderzijds om de mogelijkheid tot navorderen. Daarbij komt ook de aanslagtermijn aan bod. Wij gaan na de bespreking van het arrest van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 in op (de uitnodiging tot) het doen van aangifte buiten de aanslagtermijn in paragraaf 3. Vervolgens gaan wij in paragraaf 4 over tot de bespreking van de voorwaarden tot navordering uit art. 16, lid 1 Algemene Wet inzake

Rijksbelastingen (hierna: AWR), waarbij wij aan de hand van jurisprudentie behandelen wanneer sprake is van handelen te kwader trouw en wat daarbij het toetsmoment is. Tevens bespreken we waarom in casu niet aan het ‘nieuw feitvereiste’ voldaan is, hetgeen weliswaar in cassatie niet bestreden is, maar interessant is in het licht van het niet (tijdig) aanleveren van de op de zaak betrekking hebbende stukken. Wij zullen deze bijdrage afsluiten met een conclusie in paragraaf 5.

2. De bespreking van de zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873

In het arrest van 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 is de casus als volgt: De inspecteur heeft belanghebbende in 2014 bericht dat hij zich op het standpunt stelt dat belanghebbende in elk geval vanaf begin 2002 in Nederland woonachtig is. Belanghebbende wordt tegelijkertijd uitgenodigd om (binnenlandse) aangiften inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen (hierna: IB/PVV) te doen voor de jaren 2002 tot en met 2013. De termijn voor het opleggen van aanslagen IB/PVV voor de jaren 2002 tot en met 2010 was echter al verstreken toen de inspecteur de uitnodiging tot het doen van aangifte verstuurd. Belanghebbende is in casu van mening dat hij in de betreffende jaren niet in Nederland woonde en diens gevolg niet binnenlands belastingplichtig was en ook niet verplicht was om aangifte te doen over de jaren 2002 tot en met 2013. De inspecteur is vervolgens overgegaan tot oplegging van navorderingsaanslagen IB/PVV over de jaren 2002 tot en met 2010 en tot het opleggen van aanslagen IB/PVV over de jaren 2011 tot en met 2013. Alle aanslagen hebben als dagtekening 31 december 2014.³

Door het Hof is eerder geoordeeld dat belanghebbende voor de jaren 2002 tot en met 2010 rechtmatig was uitgenodigd tot het doen van aangifte, omdat noch een wettelijke regel noch de wettelijke systematiek eraan in de weg staat om na het einde van de aanslagtermijn een uitnodiging tot het doen van aangifte te versturen. Volgens het Hof is echter geen sprake van een nieuw feit waardoor niet voldaan is aan deze voorwaarde van art. 16,

³ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, uitgangspunten in cassatie 2.2 t/m 2.4.

lid 1, eerste volzin AWR. Daarmee is navordering niet gerechtvaardigd, tenzij sprake is van een belastingplichtige te kwader trouw. Van kwade trouw is volgens het Hof in casu wel sprake. Doordat de belanghebbende de aangiften IB/PVV niet gedaan heeft en volstond met de stelling dat hij niet in Nederland woonde, heeft hij zich willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans van het doen van een onjuiste aangifte en heeft hij deze kans tevens aanvaard.⁴ Het Hof oordeelt daarmee in afwijking van het oordeel van de Rechtbank dat het niet-retourneren van de aangiftebiljetten ook leidt tot kwade trouw indien die gedraging na afloop van de aanslagtermijn heeft plaatsgevonden. Het Hof is van oordeel dat zowel de tekst van art. 16 AWR als de parlementaire geschiedenis geen aanleiding geven om kwade trouw te beperken tot gedragingen binnen de aanslagtermijn.⁵

In cassatie ziet één van de middelen op de vraag of het versturen van een uitnodiging tot het doen van aangifte na het einde van de aanslagtermijn mogelijk is. Nu uit de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van art. 6 AWR niet volgt dat uitnodigen tot het doen van aangifte enkel mogelijk is binnen de aanslagtermijn, kan niet anders dan worden geoordeeld dat uitnodigen tot het doen van aangifte ook kan plaatsvinden buiten de aanslagtermijn. Dit gezien de behoefte aan informatie die bij de inspecteur kan bestaan voor het opleggen van een navorderingsaanslag in de situatie dat geen aangifte is gedaan en ook geen aanslag is vastgesteld. Het feit dat ook de weg van art. 47 AWR bewandeld had kunnen worden om de inspecteur van informatie te voorzien, doet hieraan niets af.⁶

Een volgend middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat het niet-retourneren van de aangiftebiljetten ook leidt tot kwade trouw indien die gedraging na afloop van de aanslagtermijn heeft plaatsgevonden. In het

⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, nr. 18/00414 t/m 18/00422, ECLI:NL:GHSHE:2020/2790, gronden 4.19.3.

⁵ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, uitgangspunten in cassatie 2.5.

⁶ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, beoordeling van de middelen 3.1.2. Zie tevens ECLI:NL:PHR:2022:79, Conclusie A-G Niessen die concludeert dat een uitnodiging na verstrijken van de aanslagtermijn mogelijk is, NTFR 2022/878.

middel wordt aangesloten bij het oordeel van de Rechtbank, namelijk dat gedragingen na afloop van de aanslagtermijn uit art. 11, lid 3 AWR geen kwade trouw kunnen opleveren.

De Hoge Raad oordeelt dat kwade trouw slechts aanwezig is indien de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk onjuiste inlichtingen verstrekt heeft of opzettelijk de juiste inlichtingen aan de inspecteur heeft onthouden. Van onthouden kan echter alleen sprake zijn als er een wettelijke verplichting was om inlichtingen te verstrekken. Deze wettelijke verplichting bestaat als in de uitnodiging tot het doen van aangifte werd verlangd die inlichtingen door middel van de aangifte te verstrekken en indien onder verwijzing naar art. 47 AWR de inlichtingen zijn gevraagd. Daarnaast moet teruggegrepen worden op de voorwaarden van art. 16, lid 1, eerste volzin AWR. Om te kunnen beoordelen of de inspecteur op grond van de tweede volzin met betrekking tot kwade trouw, bevoegd is de te weinig geheven belasting na te vorderen, is het volgens de Hoge Raad namelijk doorslaggevend of de belastingplichtige de ontoereikende heffing door zijn handelen te kwader trouw heeft veroorzaakt. Consequentie hiervan is dat kwade trouw alleen aangenomen kan worden als het ziet op gedragingen van een belastingplichtige die hebben plaatsgevonden vóór het vaststellen van de aanslag, of indien de aanslagvaststelling binnen de aanslagtermijn van art. 11, lid 3 achterwege is gebleven, vóór het verstrijken van die aanslagtermijn. Nu het Hof zijn oordeel over de kwade trouw van belanghebbende louter gebaseerd heeft op de omstandigheid dat belanghebbende de uitgereikte aangiftebiljetten niet heeft ingeleverd en deze biljetten aan belanghebbende zijn uitgereikt na het verstrijken van de aanslagtermijn, kan niet worden gezegd dat belanghebbende door die aangiftebiljetten niet in te leveren, heeft veroorzaakt dat aanslagen achterwege zijn gebleven. Het middel slaagt daarom en de Hofuitspraak kan niet in stand blijven. Overigens kunnen ook de andere omstandigheden, zoals de omstandigheid waarin belanghebbende voorwende niet in Nederland te wonen en dat hij gebruik maakte van

buitenlandse rechtsvormen, niet tot kwade trouw leiden en daardoor ook niet tot de mogelijkheid van navordering.⁷

Het eindoordeel in deze zaak luidt dan ook dat de navorderingsaanslagen vernietigd moeten worden. De aanslagen voor de jaren 2011 tot en met 2013 blijven wel in stand.⁸

3. Het doen van aangifte buiten de aanslagtermijn

Het aangifteproces start doorgaans⁹ met het sturen van een uitnodiging tot het doen van aangifte door de inspecteur. Degene die volgens de inspecteur vermoedelijk belastingplichtig is, wordt op grond van art. 6, lid 1 AWR uitgenodigd tot het doen van aangifte. Deze uitnodiging heeft conform art. 8 AWR een verplichtend karakter, omdat uit art. 8 AWR volgt dat degene die is uitgenodigd tot het doen van aangifte, gehouden is om ook daadwerkelijk aangifte te doen. Dit houdt in dat belanghebbende verplicht is om ook een na de aanslagtermijn uitgereikte aangifte in te dienen. Echter, als de aangiften na de aanslagtermijn zijn uitgereikt, kan niet aan belanghebbende worden tegengeworpen dat geen of een te lage aanslag is vastgesteld.¹⁰ Het doen van aangifte is van belang, omdat door middel van de aangifte aan de fiscus de gegevens worden verstrekt die van belang zijn voor het opleggen van een juiste (navorderings)aanslag. Uit het arrest van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 blijkt dat het de inspecteur vrij staat na afloop van de aanslagtermijn belanghebbende nog uit te nodigen om aangifte te doen. Art. 6 AWR en de totstandkomingsgeschiedenis tonen niet aan dat uitnodigen alleen binnen de aanslagtermijn kan. De bevoegdheid tot uitnodigen tot het doen van aangifte uit art. 6 AWR is daarmee geen tijd gelimiteerde bevoegdheid. Bij de fiscus kan immers nog een

⁷ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, beoordeling van de middelen 3.3.2 t/m 3.3.4 en 3.4.

⁸ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, slotsom 4.2.2.

⁹ De mogelijkheid tot het doen van spontane aangifte, ingevoerd in 2020, alsmede de mogelijkheid dat de belastingplichtige zelf verzoekt om uitgenodigd te worden, worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

¹⁰ In een situatie, zonder dat sprake is van een discussie over de belastingplicht zoals in deze casus, zou dan wel een verwijt gemaakt kunnen worden voor het niet verzoeken om te worden uitgenodigd.

informatiebehoefte bestaan. Uit HR 27 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA2004 volgt echter dat als een belastingplichtige het aangiftebiljet oningevuld terugstuurt en daarbij uitdrukkelijk en gemotiveerd aangeeft dat en waarom hij van mening is dat hij niet belastingplichtig is, hem geen verwijt kan worden gemaakt dat hij nalatig is geweest met betrekking tot het doen van aangifte, ook niet als zijn standpunt door de rechter onjuist wordt gevonden.¹¹ In de in deze bijdrage centraal staande zaak van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 lijkt echter geen sprake van het uitdrukkelijk en gemotiveerd aangeven, maar een enkele mededeling dat hij niet in Nederland woont. Belanghebbende heeft namelijk per brief aan de inspecteur betwist dat hij in de jaren 2002 tot en met 2013 in Nederland woonachtig was en zich in die brief op het standpunt gesteld dat hij daarom niet binnenlands belastingplichtig was en dat hij niet verplicht is om aangifte te doen.¹²

In de zaak van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 is de uitnodiging tot het doen van aangifte verstuurd na afloop van de aanslagtermijn. De termijn voor het opleggen van een aanslag is vastgelegd in art. 11, lid 3 AWR. De bevoegdheid tot het vaststellen van de aanslag vervalt door het verloop van drie jaar na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan. De belastingschuld wordt conform art. 11, lid 4 AWR geacht te ontstaan op het tijdstip waarop het tijdvak waarover de belasting wordt geheven, eindigt. De verplichting tot het doen van aangifte kan echter ook worden gebruikt met het oog op het vaststellen van de navorderingsaanslag, zoals in casu het geval was.

4. De bevoegdheid tot navordering op grond van nieuw feit of te kwader trouw

De bevoegdheid tot navorderen is vastgelegd in art. 16 AWR. Voor deze bijdrage ligt de focus op art. 16, lid 1 AWR en zal art. 16, lid 2 AWR buiten beschouwing blijven. De eerste volzin van art. 16, lid 1 luidt:

¹¹ HR 27 januari 1996, nr. 31209, ECLI:NL:HR:1996:AA2004, BNB 1996/273, r.o. 3.2.

¹² HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, uitgangspunten in cassatie 2.3.

”Indien enig feit grond oplevert voor het vermoeden dat een aanslag ten onrechte achterwege is gelaten of tot een te laag bedrag is vastgesteld, dan wel dat een in de belastingwet voorziene vermindering, ontheffing, teruggaaf of heffingskorting ten onrechte of tot een te hoog bedrag is verleend, kan de inspecteur de te weinig geheven belasting dan wel de ten onrechte of tot een te hoog bedrag verleende heffingskorting navorderen.”

In de tweede volzin van lid 1 van art. 16 AWR wordt verwoord dat navordering niet bedoeld is om ambtelijke verzuimen te herstellen, want een feit dat de inspecteur bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, kan geen grond voor navordering opleveren. Op de eis van een nieuw feit wordt echter in lid 1 wel een uitzondering gemaakt in geval de belastingplichtige te kwader trouw is.

In het arrest van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 werd overigens naar navordering te kwader trouw gekeken, nadat eerder door het Hof geoordeeld was dat navordering op grond van het zogenoemde ‘nieuw feitvereiste’ niet aan de orde was, omdat ervan moet worden uitgegaan dat de navordering is gebaseerd op feiten die de inspecteur bekend waren of redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn. Een enkel woord besteden wij nog aan het (in cassatie onbestreden) oordeel van het Hof dat geen sprake is van een nieuw feit en dat de inspecteur niet voortvarend heeft gehandeld. Door de fiscus zijn namelijk niet direct alle op de zaak betrekking hebbende stukken ruimhartig overgelegd, zoals benoemd in art. 8:42 van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna Awb). Het betreft stukken die onder meer zien op woonplaatsonderzoeken. Op grond van art. 8:31 Awb heeft de bestuursrechter de bevoegdheid in geval van schending van de verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken te overleggen, daaruit de gevolgtrekking te maken die hem geraden voorkomt. Aan schending van art. 8:42 Awb verbindt het Hof in casu dan ook enerzijds de consequentie dat het nieuwe feit ontbreekt, omdat niet kan worden vastgesteld dat geen ambtelijk verzuim is begaan en anderzijds de consequentie dat de inspecteur voor de toepassing van de verlengde navorderingstermijn uit art. 16, lid 4 AWR niet voortvarend heeft

gehandeld.¹³ Nu geoordeeld is dat geen nieuw feit aan de orde was, blijft voor navordering op grond van art. 16, lid 1 AWR alleen nog de kwade trouw optie over.

Voor kwade trouw is bepalend of de belastingplichtige de ontoereikende heffing door zijn gedrag te kwader trouw heeft veroorzaakt. Happé heeft in zijn annotatie onder HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2158, BNB 1997/383 beschreven dat de vaststelling van kwade trouw in twee stappen gaat. De eerste stap ziet op het causale verband tussen de gedraging van de belastingplichtige en het niet of tot een te laag bedrag vaststellen van de aanslag. Bij deze eerste stap onderscheidt Happé nog twee deelvragen. De eerste vraag is of er een voldoende causale relatie is tussen het niet verzoeken om een aangiftebiljet en het niet opleggen van een aanslag. Als het antwoord hierop bevestigend is, luidt de tweede deelvraag bij de eerste stap of het niet opleggen van de aanslag aan de belastingplichtige kan worden toegerekend. Indien hiervan geen sprake is, wordt aan stap twee niet meer toegekomen. Als echter het causale verband er is en in voldoende mate aan de belastingplichtige kan worden toegerekend, komt de tweede stap aan de orde die ziet op de vraag naar de kwade trouw van de belastingplichtige terzake.¹⁴ In HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2160 oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat sprake is kwade trouw als opzettelijk juiste gegevens aan de inspecteur worden onthouden of opzettelijk onjuiste gegevens aan de inspecteur worden verstrekt.¹⁵ Happé geeft in zijn annotatie bij dit arrest aan dat de Hoge Raad daarmee stap twee in relatie tot het begrip kwade trouw verder verduidelijkt heeft, omdat blijkt dat vereist is dat de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk de juiste inlichtingen heeft onthouden of opzettelijk onjuiste inlichtingen heeft verstrekt, waarbij aan opzet grenzende grove

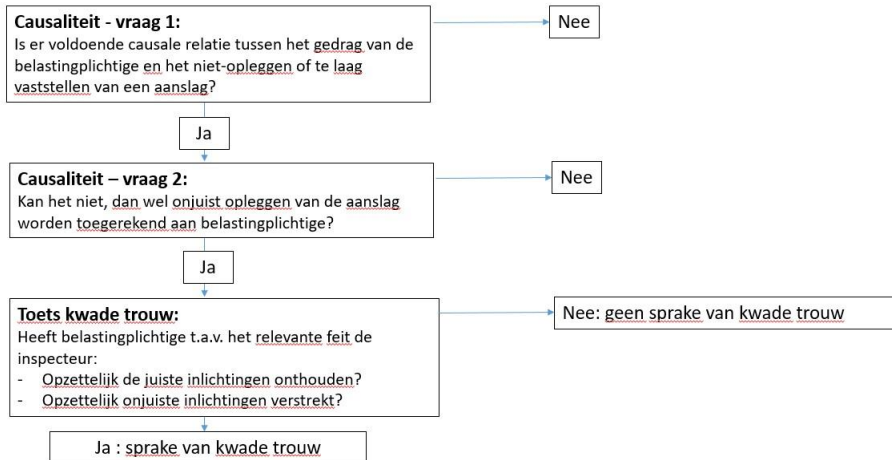
¹³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2353, NTFR 2020/2790 onder 4.5 t/m 4.6.3. In cassatie blijft onbestreden het feit dat de Inspecteur voor de jaren 2002 t/m 2010 niet beschikt over een nieuw feit. Zie HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, Uitgangspunten in cassatie 2.5.3. Voor wat betreft de toepassing van de verlengde navorderingstermijn in relatie tot LGO zie ECLI:NL:PHR:2022:79, Conclusie A-G Niessen, NTFR 2022/878.

¹⁴ R.H. Happé, noot onder HR 11 juli 1997, nr. 32236, ECLI:NL:HR:1997:AA2158, BNB 1997/383 en R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299 ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

¹⁵ HR 11 juni 1997, nr. 32299, ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384, r.o. 3.4 en R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299 ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

onachtzaamheid dus niet voldoende is.¹⁶ Schematisch kan bovenstaand als volgt worden weergegeven:

VASTSTELLING KWADE TROUW



Bronnen: R.H. Happé, noot onder HR 11 juli 1997, nr. 32236, ECLI:NL:HR:1997:AA2158, BNB 1997/383 en R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299 ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

Het Hof¹⁷ had voor de invulling van het begrip kwade trouw het arrest gevolgd van de HR van 14 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6204. Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake is van kwade trouw als de belastingplichtige zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat te weinig belasting zou worden gegeven, waarbij voorwaardelijk opzet ook voldoende is om kwade trouw aan te nemen.¹⁸ Tevens moet de belastingplichtige deze aanmerkelijke kans bewust hebben aanvaard.¹⁹

¹⁶ R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299, ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

¹⁷ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2353, NTFR 2020/2790 onder 4.18 en 4.19.3.

¹⁸ HR 14 juni 2000, nr. 35 263, ECLI:NL:HR:2000:AA6204, BNB 2000/299 en FED2001/34, r.o. 3.2.

¹⁹ HR 29 februari 2008, nr. 43247, ECLI:NL:HR:2008:BC5346, BNB 2008/156 en FED 2008/71, r.o. 3.5.3. Zie tevens E.C.G. Okhuizen en L.J.A. Pieterse (red.), Hoofdzaken formeel belastingrecht, Zesde Druk, Boom juridisch, Den Haag, 2022, p. 94-95.

Uit de Credit-Suisse arresten van HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 en ECLI:NL:HR:2017:639 blijkt vervolgens dat van het opzettelijk juiste gegevens aan de inspecteur onthouden slechts sprake is als op belastingplichtige de wettelijke verplichting rustte om de gegevens te verstrekken. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake indien in de uitnodiging tot het doen van aangifte van de betrokkene werd verlangd die gegevens bij zijn aangifte te vermelden en indien de inspecteur die gegevens van de belastingplichtige heeft gevraagd conform 47 AWR. Het achterwege laten van onverplichte informatieverstrekking kan niet leiden tot het verwijt van kwade trouw.²⁰

Terug naar de in deze bijdrage centraal staande zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873. In deze zaak geldt dat het feit dat belastingplichtige geen aangiften heeft ingediend, naar het oordeel van de Hoge Raad niet kan leiden tot vaststelling van kwade trouw, omdat de aangiftebiljetten zijn uitgereikt na het verstrijken van de aanslagtermijn. Met andere woorden: voor de aanwezigheid van kwade trouw moet het gedrag te kwader trouw de oorzaak zijn van de ontoereikende heffing, zoals verwoord in art. 16, lid 1, eerste volzin AWR. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het niet of onjuist doen van aangifte waarvoor de uitnodiging buiten de aanslagtermijn is verstuurd, op zichzelf niet kan leiden tot kwade trouw van belanghebbende. Navordering door middel van kwade trouw kan aldus alleen betrekking hebben op gedragingen die hebben plaatsgevonden vóór het verstrijken van de aanslagtermijn. Wat betreft het toetsmoment van kwade trouw geldt dus dat het verstrekken van onjuiste informatie of het onthouden van informatie vóór de vaststelling van de aanslag of voordat de aanslagtermijn is verstreken heeft moeten plaatsvinden.

5. Conclusie

In de zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 speelden verschillende aspecten uit het formele belastingrecht. De zogenoemde capita selecta die wij uit dit arrest gedestilleerd hebben, zien op de verplichting tot het doen

²⁰ HR 21 april 2017, nr. 15/05357 en 15/05278, ECLI:NL:HR:2017:638 en ECLI:NL:HR:2017:639, BNB 2017/162 (Credit-Suisse), r.o. 3.1.3.

van aangifte en de mogelijkheid tot navordering, meer specifiek het toetsmoment voor kwade trouw.

In het arrest is geoordeeld dat het ook buiten de aanslagtermijn van art. 11 AWR mogelijk is om de belastingplichtige uit te nodigen tot het doen van aangifte. Art. 6 AWR is immers in tijd niet gelimiteerd. Het feit dat de belastingplichtige een dergelijke aangifte niet doet, is echter geen reden om kwade trouw te veronderstellen. Als de inspecteur zich namelijk op kwade trouw wil beroepen dan moet het niet, of te laag, vaststellen van de aanslag in causaal verband staan tot de gedraging te kwader trouw. Als dit, zoals in casu, niet het geval is en ook niet aan de voorwaarden van een nieuw feit voldaan is, bestaat geen mogelijkheid tot navorderen op grond van art. 16, lid 1 AWR.

Beste Hans, wij wensen jou, samen met jouw dierbaren, het allerbeste voor de toekomst. Geniet van je pensionering!

33 JAAR FISCALE PENSIOENONTWIKKELINGEN

Prof.dr. Anouk Bollen-Vandenboorn

Samenvatting:

Het pensioendomein is onderhevig aan vele maatschappelijke ontwikkelingen en beweegt daar in mee. De fiscale wetgeving is daarin volgend en naar mate de tijd verstrijkt ook steeds meer sturend. In deze bijdrage is ervoor gekozen om de fiscaal-maatschappelijke ontwikkelingen van het pensioen te volgen gedurende de periode van 33 jaar, gelijk aan de duur van het dienstverband van Hans Arts aan de Universiteit Maastricht; te beginnen in 1991 en afrondend in 2024, het jaar waarin hij met pensioen gaat.

Kernwoorden:

Pensioen, maatschappelijke opvattingen, omkeerregel, pensioenambitie, uitkeringsovereenkomsten, premieovereenkomsten, fiscale pensioenkader

1. Inleiding

Hoewel de *core business* van Hans de vennootschapsbelasting is en hij bekend staat om de onzakelijke lening, heeft hij altijd interesses gehad in andere juridische domeinen. Zo ook in het pensioendomein. Als trouwe deelnemer nam Hans ieder jaar deel aan het ‘Pensioenseminar – Outside In’ dat jaarlijks georganiseerd wordt aan Universiteit Maastricht. Na 33 jaar verbonden te zijn geweest aan de capaciteitsgroep Belastingrecht van de Rechtenfaculteit staat nu het pensioen van Hans zelf voor de deur. 33 Jaar is een hele periode waarin zich vele ontwikkelingen hebben voorgedaan. Dit heeft mij ertoe gebracht die 33 jaar aan fiscale pensioenontwikkelingen in beeld te brengen, van 1991 tot waar we nu staan. Uitgangspunt is het fiscale begrip ‘pensioen naar maatschappelijke opvattingen’, ooit begonnen als het derde lid van art. 11 Wet op de

loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) en inmiddels stevig geworteld en vertakt in Hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Wat het fiscale pensioen naar maatschappelijke opvattingen is, kent inmiddels vele varianten. De verbinding met de maatschappij laat zien hoe dynamisch het pensioendomein is. Deze bijdrage kan daardoor alleen maar gezien worden als een tussentijdse weergave anno 2024, waarbij we aan de vooravond staan van weer een nieuwe pensioenfase. Zo geldt dat ook voor jou, Hans. Ook jij staat nu aan de vooravond van een nieuwe fase, jouw eigen pensioenfase.

2. Pensioen naar maatschappelijke opvattingen in 1991

Anno 1991 kende de Wet LB 1964 slechts één artikel waarin de fiscale normeringen en fiscale faciliteiten voor pensioen waren opgenomen. Deze bepaling kent zijn oorsprong in de Wet op de loonbelasting 1960.¹ Volgens art. 11, lid 3 Wet LB 1964 diende onder een pensioenregeling te worden verstaan: (a) een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel heeft de verzorging van werknemers en gewezen werknemers bij invaliditeit en ouderdom en de verzorging van hun echtgenoten en van hun minderjarige kinderen en pleegkinderen, een en ander door middel van pensioen dat niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen, mede in verband met diensttijd en genoten beloning, redelijk moet worden geacht; en (b) een regeling die door Onze Minister als zodanig is aangewezen. Indien sprake was van een dergelijke pensioenregeling behoorden op grond van art. 11, lid 1, onderdeel c (oorspronkelijk onderdeel a) Wet LB 1964 de aanspraken ingevolge een pensioenregeling die verkregen werden van de werkgever niet tot het loon en was het mogelijk om op grond van art. 11, lid 1, onderdeel j (oorspronkelijk onderdeel g), sub 1 Wet LB 1964 de werknemersbijdragen voor de pensioenregeling in aftrek te brengen. Sinds 1991 zijn er vele wijzigingen doorgevoerd, echter de vrijstelling voor de pensioenaanspraken en de aftrek van de werknemersbijdragen zijn in de wetgeving overeind gebleven.

¹ Wet van 16 december 1964, houdende vervanging van het Besluit op de Loonbelasting 1940 door een nieuwe wettelijke regeling (Wet op de loonbelasting 1960), Stb. 1964, 514.

De hoofdregel in de Wet LB 1964 bepaalt dat loon al hetgeen is dat uit een (vroegere) dienstbetrekking wordt genoten.² Pensioen valt hier ook onder, dat wil zeggen dat het gaat om loon in natura. De pensioenpremie die door de werkgever wordt betaald, financiert immers een recht op toekomstige pensioenuitkeringen. De wetgever heeft echter de hoofdregel omgekeerd, waardoor we in dit verband spreken over de ‘omkeerregel’. Niet de premie of aanspraak is belast, maar de pensioenuitkering.

De omkeerregel is gebaseerd op de inkomensuitsteltheorie. Deze theorie komt voort uit het ‘pay tax as you earn it’-beginsel van Adam Smith in *The Wealth of Nations* uit 1776.³ De inkomensbeleving van de werknemer is een van de belangrijkste uitgangspunten voor een rechtvaardige belastingheffing. Voor de inkomstenbelasting, en in dit verband ook de loonbelasting, wordt het inkomen dat een belastingplichtige kan besteden en waarmee hij vermogen kan opbouwen, gezien als draagkracht verschaffend inkomen. Om die reden horen bijdragen voor en aanspraken op pensioen niet tot het belastbare inkomen. Dit inkomen kan immers niet verteerd worden, omdat het geblokkeerd is weggezet bij pensioenuitvoerders en pas na afsluiting van de arbeidzame periode als pensioeninkomen genoten kan worden. In dit verband wordt ook wel gesproken van uitgesteld loon. Tevens beschikt de werknemer tijdens de opbouwfase strikt genomen niet over liquide middelen om de belastingheffing te betalen, mocht de opbouwfase wel belast zijn. Bovendien zou je als werknemer gedurende je hele arbeidzame leven belasting betalen over de pensioenaanspraken, terwijl het onbekend is hoeveel pensioenuitkeringen ooit ontvangen zullen worden vanaf de pensioeningangsdatum. Essentieel is de verzorgingsdoelstelling van de pensioenaanspraken. Deze doelstelling kenmerkt het karakter van dit toekomstig inkomen. Dit betekent dat vanaf het pensioeningangsmoment het pensioeninkomen voor besteding beschikbaar komt, vanaf dan daadwerkelijk genoten wordt en daarmee ook de middelen vrijkomen om de belastingheffing te betalen. Hiermee wordt aangesloten bij het

² Art. 10, lid 1 Wet LB 1964.

³ C.W.M. van Ballegooijen, *Het fiscale loonbegrip*, diss. Amsterdam UvA, Kluwer, Deventer 1989, p. 101.

daadwerkelijke genietingsmoment en het maatschappelijke inkomensbegrip.

In de periode 1991 tot het moment van invoering van het Witteveenkader in 1999⁴ was art. 11, lid 3 Wet LB 1964 van toepassing op het pensioen van de werknemer en de directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga). De vraag was natuurlijk wanneer een pensioenregeling naar maatschappelijke opvattingen als aanvaardbaar kon worden beschouwd. Het derde lid van art. 11 Wet LB 1964 gaf daarvoor een aantal aanknopingspunten:

- Een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend;
- Ten doel heeft de verzorging van (gewezen) werknemers;
- Bij invaliditeit en ouderdom; en,
- De verzorging van hun echtgenoten en van hun minderjarige kinderen en pleegkinderen;
- Een en ander door middel van pensioen dat niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen;
- Mede in verband met diensttijd en genoten beloning;
- Redelijk moet worden geacht.

In de pensioenregeling wordt verwezen naar een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend tot doel heeft bepaalde inkomensvoorzieningen te regelen. In beginsel wil de wetgever geen onzuivere elementen in een pensioenregeling toestaan, maar geeft een kleine afwijkingsmogelijkheid. Dat wil zeggen dat minimaal 90% van de regeling gericht moet zijn op het treffen van een inkomensvoorziening voor een specifieke kring van gerechtigden. Er wordt in dit verband gesproken over een restbegunstiging. Anno 2024 is de wettekst zodanig vormgegeven dat alleen de bestaande mogelijkheden van restbegunstiging gehandhaafd blijven, zonder dat een verruiming nog mogelijk is.

Typisch is dat de pensioenregeling niet gevangen kan worden in één definitie, maar wel nader gedefinieerd kan worden door een aantal kenmerken.

⁴ Zie paragraaf 3 voor uiteenzetting Witteveenkader.

Het dient te gaan om een duurzame inkomensvoorziening; een persoonsgebonden karakter; een beloningskarakter; een verzorgingskarakter; bestemmingsgebonden en bestemmingsgericht.

Met de duurzame inkomensvoorziening wordt bedoeld dat de voorziening een opbouw karakter heeft met het oog op een levenslange uitkering. Dit is anders bij de AOW die gekenmerkt wordt door het omslagstelsel, waarbij de huidige premiebetalers de AOW-uitkeringen financieren van de huidige AOW-gerechtigden. Bij de inkomensvoorzieningen worden de premies daadwerkelijk op naam van de werknemer / deelnemer geregistreerd en is sprake van een kapitaaldekking. Daarmee komen we ook bij het kenmerk dat de inkomensvoorziening enkel verbonden kan zijn aan de persoon van de verzekerde. Deze verzekerde is de werknemer die in dienstbetrekking is en die met zijn werkgever een pensioenovereenkomst is overeengekomen. Vanuit de pensioenovereenkomst bezien, spreken we in dit geval over de deelnemer. De persoon van de verzekerde is relevant om de drie pensioensoorten te kunnen opbouwen en tot uitkering te laten komen. Het gaat hierbij om het ouderdomspensioen, het nabestaandenpensioen en het arbeidsongeschiktheidspensioen. Wanneer de deelnemer (verzekerde) de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, in 1991 was dat 65 jaar, komt het ouderdomspensioen tot uitkering. Wanneer de deelnemer (verzekerde) komt te overlijden, is dat het verzekerde moment om het nabestaandenpensioen tot uitkering te laten komen en wanneer de deelnemer (verzekerde) arbeidsongeschikt raakt is dat het verzekerde moment om het arbeidsongeschiktheidspensioen te laten uitkeren. Hiermee kan ook de bestemmingsgerichtheid nader geduid worden, aangezien alleen de expliciete kring van gerechtigden voor deze inkomensvoorzieningen in aanmerking kunnen komen. Het ouderdoms- en arbeidsongeschiktheidspensioen kan uitsluitend ten goede komen van de deelnemer zelf. In de loop der tijd zijn er diverse varianten op het ouderdomspensioen verschenen en ook weer verdwenen, zoals we hierna nog zullen zien. Denk aan een prepensioen, overbruggingspensioen en deelnemingsjarenpensioen. Het nabestaandenpensioen kan verdeeld worden in een partnerpensioen en een wezenpensioen. Wanneer de deelnemer (verzekerde) komt te overlijden, krijgt de (gewezen) partner een partnerpensioen en uitsluitend (pleeg)kinderen kunnen in aanmerking komen voor een (half)wezenpensioen. Een pensioenregeling wordt

vervolgens gekenmerkt door zijn beloningskarakter. Met de werkgever wordt het pensioen immers als arbeidsvoorwaarde afgesproken. Het gaat hierbij niet om een specifieke werkzaamheid die verricht moet worden om met pensioen beloond te worden, maar om het geheel van de werkzaamheden die verricht worden in de loop van de tijd. Wanneer naar het moment gekeken wordt waarop de pensioenuitkeringen ontvangen worden, is dit vanaf de pensioengerechtigde leeftijd. Op dat moment wordt de dienstbetrekking beëindigd alsook de loonbetalingen. Daarvoor in de plaats komen de pensioenuitkeringen. We spreken in dit verband over de bestemmingsgebondenheid van de voorziening, aangezien het om de vervanging van het arbeidsinkomen gaat. Vanwege het feit dat de pensioenuitkeringen periodiek uitbetaald worden en niet eenmalig als een 'lump sum', wordt daarmee het verzorgingskarakter aangeduid. In tegenstelling tot heel veel andere landen geldt in Nederland nog altijd de norm dat een eenmalige uitbetaling van het volledige pensioenkapitaal de verzorgingsdoelstelling van pensioen ondermijnt.

Om het pensioen op te bouwen werd in de jaren negentig van de vorige eeuw met name gebruik gemaakt van de eindloonregeling en de middelloonregeling. In die periode gold de eindloonregeling als norm. Gaandeweg ontstonden gemitigeerde eindloonregelingen en kwamen de middelloonregelingen op. Dit betreffen de typische uitkeringsovereenkomsten oftewel de 'Defined Benefit'-regelingen. Kenmerkend voor deze pensioenregelingen is dat een toezegging wordt gedaan ten aanzien van de hoogte van de pensioenuitkering zodra de pensioengerechtigde leeftijd wordt bereikt. Het langlevens-, rendements- en beleggingsrisico ligt volledig bij de werkgever in combinatie met de pensioenuitvoerder. Dit in tegenstelling tot een beschikbare premieregeling oftewel 'Defined Contribution'-regeling, waarbij enkel een toezegging wordt gedaan over de hoogte van de pensioenpremie. In zuivere beschikbare premieregelingen komen de risico's zowel in de opbouw- als uitkeringsfase volledig voor de deelnemer/pensioengerechtigde. In de periode 1991-1999 is er echter nauwelijks sprake van een beschikbare premieregeling. De pensioenambitie in deze tijd was 70% van het eindloon met een opbouwperiode van 40 jaar.

3. Witteveenkader vanaf 1999: Introductie Hoofdstuk IIB Wet LB 1965

In de jaren negentig van de 20^e eeuw gaan de ontwikkelingen snel, waarbij pensioenregelingen meer zijn gaan aansluiten bij maatschappelijke ontwikkelingen zoals een verdergaande flexibilisering van arbeid en een steeds grotere mate van individualisering. Het is ook de periode waarin gezocht wordt naar mogelijkheden om werknemers zo lang mogelijk aan het arbeidsproces te laten deelnemen en aan de onderneming te binden, terwijl juist ook gekeken wordt naar opties voor vervroegde pensionering. Het gevestigde maatschappelijke patroon waarin meestal de man gedurende ten minste veertig jaar werkt, waarna hij op 65-jarige leeftijd met pensioen gaat, begint behoorlijk te vervagen. Het nieuwe beeld is dat van tweeverdieners, al dan niet gebruikmakend van deeltijdwerk, met of zonder ouderschapsverlof of ander verlof. Deze veranderingen werken door op de vormgeving van het pensioen. De praktijk laat een steeds breder scala aan pensioenregelingen zien met keuzemogelijkheden voor de werknemers.⁵ Deze ontwikkelingen heeft het kabinet doen besluiten een werkgroep in te stellen met de opdracht aan te geven hoe pensioen fiscaal behandeld moet worden passend bij de maatschappelijke ontwikkeling. Deze werkgroep ‘Fiscale behandeling pensioenen’, ook wel naar zijn voorzitter de Commissie Witteveen genoemd, komt in september 1995 met een rapport met 29 aanbevelingen die de grondslag vormen voor het nieuwe fiscale kader in de Wet LB 1964.⁶ De definitie van art. 11, lid 3 Wet LB 1964 verdwijnt en wordt vervangen door het nieuwe hoofdstuk IIB Wet LB 1964, hetgeen in de praktijk bekend staat als het ‘Witteveenkader’.

Het ambitieniveau binnen het Witteveenkader is een pensioen van 70% van het eindloon met inbegrip van een evenredig deel van de AOW-uitkeringen en een opbouwperiode van 35 jaar. De fiscale ruimte voor pensioenen wordt voor het eerst formeel begrensd met een maximaal opbouwpercentage van 2% per jaar voor een eindloonregeling. De

⁵ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 1.

⁶ Rapport Fiscale behandeling pensioenen, *Kamerstukken II 1994-1995*, 24 328, nr. 1.

wetgever tekent hierbij aan dat het om een ruime norm gaat die uitgaat boven het tot dan toe in veel gevallen gebruikelijke niveau van 1,75%.⁷

In het nieuwe hoofdstuk IIB zijn de verschillende pensioenvormen gedetailleerd uitgewerkt, met uitzondering van het arbeidsongeschiktheidspensioen. Met betrekking tot deze laatste is niet gebleken dat er behoefte is aan een nadere uitwerking.⁸ Ten aanzien van de opbouwsystematiek en definiëring van de pensioenrechten wordt onderscheid gemaakt tussen de loongerelateerde regelingen, zoals de eindloon- en middelloonregeling en de premiegerelateerde regelingen, zoals de beschikbare premieregeling. Voor de opbouw van een ouderdomspensioen in een eindloonstelsel betekent dit dat per jaar niet meer dan 2% van het pensioengevend salaris opgebouwd kan worden. Indien datzelfde ouderdomspensioen opgebouwd zou worden in een middelloonstelsel mag het opbouwpercentage niet meer dan 2,25% bedragen. Ten aanzien van de beschikbare premieregeling heeft de wetgever gekozen voor een aantal uitgangspunten waarmee als het ware de omrekening van een eindloonsysteem naar een beschikbaar premiesysteem gemaakt kan worden. Er moet immers getoetst kunnen worden of een beschikbare premieregeling in termen van een fiscaal aanvaardbare pensioenaanspraak acceptabel is. De beschikbare premieregeling moet het pensioen tijdsevenredig opbouwen en er qua resultaat op gericht zijn dat na 35 jaar een pensioen bereikt kan worden dat niet meer bedraagt dan 70% van het eindloon. In praktische zin is dit verwerkt in staffels die door de praktijk toegepast worden.⁹

Om ruimte te geven aan flexibilisering in dit Witteveen kader wordt in de fiscale wetgeving geen onderscheid gemaakt in een pensioensysteem voor en na 65 jaar. In de wetgeving werkt de wetgever met een pensioenrichtleeftijd van 60 jaar. Deze pensioenrichtleeftijd wordt gehanteerd als uitgangspunt voor de berekening bij de opbouw van het pensioenkapitaal. De werknemer is niet verplicht op de pensioenleeftijd

⁷ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 8.

⁸ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 21.

⁹ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 7.

met pensioen te gaan, maar kan ervoor kiezen eerder of later (doch uiterlijk met 70 jaar) met pensioen te gaan. Voor die situaties dient er dan een actuariële herrekening plaats te vinden. Behalve de flexibiliteit met betrekking tot de pensioeningangsdatum wordt ook ruimte gegeven om met deeltijdpensioen te gaan. Voor het gedeelte dat de werknemer stopt met werken, zal het pensioen dan ingaan. Ervan uitgaande dat er maatschappelijk geen behoefte is aan een pensioen dat hoger ligt dan het laatstgenoten salaris, wordt het fiscale pensioenkader gemaximeerd op 100% van het pensioengevend loon.¹⁰ Een andere flexibiliseringsmogelijkheid die geïntroduceerd wordt, is de hoog-laag-variatie binnen een marge van 100:75. De achtergrond hiervan is dat een gepensioneerd in de eerste jaren na pensionering over het algemeen meer mogelijkheden wil hebben om consumptieve uitgaven te doen dan op latere leeftijd.¹¹

Aangezien in die tijd een grote groep werknemers de arbeidsmarkt voor het bereiken van de 65-jarige leeftijd verliet om met pensioen te gaan, maar daardoor nog geen AOW kon genieten, heeft de wetgever dit opgelost door de introductie van het overbruggingspensioen. Met dit overbruggingspensioen wordt voorkomen dat het totale netto pensioen voor de 65-jarige leeftijd lager is dan daarna.¹² In die tijd waren omslaggefinancierde VUT-regelingen ook gangbaar om in inkomen te voorzien vanwege de vervroegde pensionering. De wetgever kiest er bij de introductie van het Witteveenkader voor om via een overgangsregeling VUT-regelingen om te laten zetten naar kapitaalgedekte prepensioenregelingen. Een dergelijke prepensioenregeling voorzagt in een pensioen van maximaal 85% van het eindloon op naam van de deelnemer. Als voorwaarde gold wel dat deze niet kon samenlopen met een overbruggingspensioen.¹³

¹⁰ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 9.

¹¹ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 10.

¹² Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 14.

¹³ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 16 en 34.

Een met het overbruggingspensioen vergelijkbare regeling werd ook geïntroduceerd voor het nabestaandenpensioen onder de naam nabestaandenoverbruggingspensioen. Dit nabestaandenoverbruggingspensioen compenseert het (mogelijk) ontbreken van een Anw-uitkering in het geval van overlijden. De norm ten aanzien van wat maatschappelijk aanvaardbaar is met betrekking tot het nabestaandenpensioen wordt in het Witteveenkader vastgesteld op maximaal 50% van het bereikbare eindloon.¹⁴

Last but not least is in het Witteveenkader een aparte bepaling (art. 18h (oud) Wet LB 1964) opgenomen voor de niet-collectieve pensioenregelingen. Hierbij dient in het bijzonder gedacht te worden aan de pensioenopbouw van de dga. Bij andere werknemers komen arbeidsvoorwaarden, waaronder pensioenregelingen, in het algemeen tot stand door onderhandelingen van sociale partners met in zekere mate tegengestelde belangen. Bij een dga is de persoon van werknemer en werkgever als het ware één. Om misbruik te voorkomen, maar wel faciliteiten toe te kennen, kan een dga fiscaal evenveel pensioenruimte benutten als in de praktijk gangbaar is voor collectieve regelingen. Consequentie daarvan is dat het gebruikelijke opbouwpercentage van 2,33% dat tot de introductie van het Witteveenkader door de dga gehanteerd kon worden, vanaf 1999 teruggebracht werd tot maximaal 2%. Met deze wettelijke aanpassingen bereikte de wetgever dat individuele regelingen in de toekomst ten opzichte van collectieve regelingen trendvolgend werden en niet meer trendbepalend.¹⁵

4. Geen vervroegd pensioen meer vanaf 2006 met Wet VPL

Hoewel bij de introductie van het Witteveenkader nog volop rekening werd gehouden met de situatie hoe oudedagsvoorzieningen ook kunnen voorzien in inkomen vóór het bereiken van de 65-jarige pensioenleeftijd, lijkt het tij al relatief snel te keren. Demografische en maatschappelijke

¹⁴ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 15.

¹⁵ Wet fiscale behandeling van pensioenen, *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr. 3, p. 16, 20.

ontwikkelingen zijn de aanleiding om met maatregelen te komen in de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (hierna: Wet VPL).¹⁶ Data laten zien dat de verhouding tussen 65-plussers en 65-minners (ook wel grijze druk genoemd) verdubbelt tot 43% in 2040. Niet alleen het aantal ouderen neemt toe, maar ze worden ook steeds ouder. Daarnaast is de gemiddelde leeftijd waarop werknemers met een VUT- of (pre-)pensioenregeling de arbeidsmarkt verlaten steeds lager geworden en de gemiddelde toetredingsleeftijd tot de arbeidsmarkt daarentegen juist fors hoger.¹⁷ Met andere woorden de combinatie van vervroegde pensionering, een gemiddeld hogere toetredingsleeftijd en een toegenomen levensverwachting betekent dat gedurende een kortere periode op de arbeidsmarkt voor een langere uitkeringsperiode¹⁸ vermogen moet worden opgebouwd. Noodzaak tot ingrijpen dus. De Wet VPL bevat met ingang van 2006 daarom maatregelen met als doel het afschaffen van de fiscale facilitering van VUT- en prepensioenregelingen. Daarnaast wordt de levensloopregeling geïntroduceerd. Op de arbeidsmarkt speelt zich namelijk ook een andere ontwikkeling af, welke veroorzaakt wordt door een veranderende levensloop van mensen. Opleiding, werk, gezin en zorgtaken kennen een grotere diversiteit dan in het verleden en zijn ook minder voorspelbaar geworden. De behoefte neemt daardoor toe om bepaalde taken en activiteiten meer over de levensloop te spreiden en het ‘spitsuur’ van het leven te ontlasten. Om het vinden van een juist evenwicht tussen verschillende taken mogelijk te maken en ervoor te zorgen dat tijd en inkomen in evenwicht zijn met de persoonlijke levensfase, heeft het kabinet de levensloopregeling geïntroduceerd.¹⁹

¹⁶ Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling, Stb. 2005, 115.

¹⁷ Anno 2003 is de exitleeftijd op de arbeidsmarkt ongeveer 62 jaar. Zie Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling, *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 760, nr. 3, p. 5.

¹⁸ De gemiddelde uitkeringsduur wast gestegen van 14 jaar naar 20 jaar.

¹⁹ Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling, *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 760, nr. 3, p. 14.

De Wet VPL introduceert dus een aantal rigoureuze maatregelen om sturing op de arbeidsmarkt te geven. Het begint ermee dat geen fiscale faciliteiten meer gegeven worden voor het opbouwen van prepensioen, overbruggingspensioen en andere vergelijkbare regelingen die eerder stoppen met werken mogelijk maakten. Consequentie is dat de aanspraken belast zullen worden. Voor het opbouwen van ouderdomspensioen betekent dit dat de fiscale faciliteiten van de omkeerregel alleen nog maar toegekend worden wanneer het ouderdomspensioen niet eerder ingaat dan bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd en niet meer bedraagt dan 100% van het laatstgenoten pensioengevend loon. De pensioenrichtleeftijd wordt van 60 jaar verhoogd naar 65 jaar. Tevens wordt een eindheffing ten laste van de werkgever geïntroduceerd indien hij alsnog voorziet in een regeling die ziet op vervroegde pensionering (RVU-heffing). In dat geval worden werkgeversbijdragen als eindheffingsbestanddeel in de loonbelasting betrokken tegen een tarief van 52%. Met deze maatregelen zorgt de wetgever voor een sterk fiscaal ontmoedigend beleid.

Deze maatregelen zijn nodig om voldoende arbeidspotentieel en financieel draagvlak te blijven behouden voor collectieve voorzieningen. Ouderen zullen langer moeten doorwerken om te voorkomen dat de kosten en financiële last van de vergrijzing bij de jongere generaties worden neergelegd. Dat zou een onevenredig zwaar beroep op de solidariteit van jongeren met ouderen zijn.²⁰

5. Versoberingen in 2014 en 2015: Pensioenleeftijd omhoog, opbouwruimte omlaag

Nederland wordt gekenmerkt door zijn verzorgingsstaat met een stelsel van voorzieningen. Dit stelsel berust op solidariteit tussen werkenden en niet-werkenden, tussen jongere en oudere generaties en tussen wie mogelijkheden heeft en wie beperkingen kent. Anno 2012 is duidelijk dat de betaalbaarheid van dit stelsel op de lange termijn steeds meer onder druk komt te staan door maatschappelijke ontwikkelingen zoals vergrijzing en ontgroening. De forse daling van de bevolkingsgroei betekent

²⁰ Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling, *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 760, nr. 3, p. 5.

automatisch een kleinere beroepsbevolking, terwijl het aantal 65-plussers naar verhouding snel groeit. Nederland is zowel nationaal als internationaal gewezen op de noodzaak tot het nemen van maatregelen, waaronder de verhoging van de AOW- en pensioenleeftijd.²¹ Alleen door langer doorwerken kan het draagvlak voor de financiële houdbaarheid verstevigd worden. Daarnaast dient ook rekening gehouden te worden met de stijgende levensverwachting. Sinds de invoering van de AOW zijn gepensioneerden gemiddeld vijf jaar langer blijven leven, terwijl er nooit een verhoging van de AOW-leeftijd heeft plaatsgevonden.²² Dat betekende dat de uitkeringsduur automatisch langer werd terwijl er geen maatregelen werden genomen ten aanzien van de financiering van die extra periode. De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd vloeit dan ook voort uit het Stabiliteitsprogramma Nederland 2012 en de daarin gemaakte afspraken om zowel de AOW-leeftijd als de pensioenrichtleeftijd van de aanvullende pensioenen te verhogen.

Met ingang van 2014 is in het Witteveenkader de pensioenrichtleeftijd verhoogd naar 67 jaar. Vervolgens wordt deze pensioenrichtleeftijd gekoppeld aan de levensverwachting. Een stijging van de levensverwachting van minimaal één jaar leidt automatisch tot de verhoging van de pensioenrichtleeftijd met één jaar.²³ Daarnaast worden de fiscaal maximale opbouwpercentages voor middelloon- en eindloonregelingen verlaagd en wordt de fiscale premieruimte bij beschikbare premieregeling op overeenkomstige wijze aangepast. Dat wil zeggen dat het opbouwpercentage bij een eindloonregeling van 2% wordt teruggebracht naar 1,9% en het opbouwpercentage bij een middelloonregeling van 2,25% wordt teruggebracht naar 2,15%. In combinatie met de verhoging van de pensioenrichtleeftijd naar 67 jaar betekent dit voor het ambitieniveau dat nu 37 opbouwjaren nodig zijn om 70% van het laatstgenoten salaris aan pensioen te bereiken. Dit aantal dienstjaren wordt geacht een redelijk aantal dienstjaren te zijn dat van werknemers verlangd kan worden om een naar maatschappelijke

²¹ Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 290, nr. 3, p. 3.

²² Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 290, nr. 3, p. 3.

²³ Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 290, nr. 3, p. 13.

maatstaven aanvaardbaar pensioen op te bouwen.²⁴ De enige enigszins afwijkende maatregel ten opzichte van het voorgaande is de introductie van het 40-deelnemingsjarenpensioen. Deze pensioenvorm is bedoeld om werknemers in zware beroepen een beetje te ontzien, nu het hierbij veelal gaat om personen die op jonge leeftijd al zijn begonnen met werken.²⁵

De doorgevoerde versoberingen per 2014 blijken echter nog niet genoeg te zijn, want met ingang van 2015 worden de opbouwpercentages nog verder verlaagd, wordt het pensioengevend inkomen gemaximeerd op € 100.000 en wordt ten aanzien van het ambitieniveau gesteld dat de maatschappelijke opvattingen zodanig gewijzigd zijn dat een ambitieniveau van 75% van het gemiddeld loon met een opbouwperiode van 40 jaar de nieuwe norm is. Het opbouwpercentage van een eindloonregeling wordt van 1,9% verder naar beneden aangepast naar 1,657% en het opbouwpercentage van een middelloonregeling wordt verlaagd van 2,15% naar 1,875%.²⁶ De onderbouwing die gegeven wordt voor de introductie van de aftoppingsgrens is dat het niet wenselijk is om het sparen van pensioen te verplichten en fiscaal te faciliteren bij een inkomen hoger dan afgerond drie keer modaal. Dit betekent dat de omkeerregel niet langer van toepassing is op een pensioenregeling waarbij pensioenopbouw plaatsvindt boven de aftoppingsgrens.²⁷ Deze aftoppingsgrens wordt jaarlijks geïndexeerd en bedraagt anno 2024 € 137.800. Door de verlaging van de pensioenambities kan een forse bijdrage worden geleverd aan het verbeteren van de overheidsfinanciën, waarbij de veronderstelling wordt gemaakt dat de economie een positieve impuls krijgt door de verlaging van de pensioenpremies, de koopkracht zal verbeteren voor huishoudens en de mensen ruimte krijgen om zelf te kiezen tussen sparen en consumeren. Om tegemoet te komen aan de kritieken dat opeens geen ruimte meer bestaat voor pensioenopbouw

²⁴ Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 290, nr. 3, p. 13.

²⁵ Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 290, nr. 3, p. 14.

²⁶ Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen, *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 610, nr. 3, p. 3.

²⁷ Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen, *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 610, nr. 3, p. 7.

boven de aftoppingsgrens heeft de wetgever een nieuwe spaarmogelijkheid geïntroduceerd in de tweede pijler waar op vrijwillige basis aan deelgenomen kan worden. Dit betreft het nettopensioen²⁸, waarbij een oudedagsvoorziening kan worden opgebouwd vanuit het nettoloon en die ongeveer overeenkomt met een jaarlijkse bruto pensioenopbouw van 1,875% van het gemiddeld loon. Dit nettopensioen is vrijgesteld van de rendementsheffing in box 3 en de uitkeringen kunnen onbelast plaatsvinden.²⁹

6. Uitfaseren van pensioen in eigen beheer vanaf 1 april 2017

Ondertussen liep er sinds december 2012 een andere discussie, die gestart is in de Eerste Kamer tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Belastingplan 2013.³⁰ Deze discussie zag op het voortbestaan van pensioenopbouw in eigen beheer door de dga. Met de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen³¹ is hier per 1 april 2017 definitief een einde aan gekomen. Vanaf dat moment is de opbouw van pensioen in eigen beheer afgeschaft en kon niet langer fiscaal gefaciliteerd gedoteerd worden. Wel werd nog een tijdelijke maatregel voor de periode van drie jaar geïntroduceerd die voorzag in de mogelijkheid om de opgebouwde pensioenaanspraken fiscaal gefaciliteerd af te kopen. Voor de dga voor wie een afkoop geen reële optie was, werd de mogelijkheid geboden om de pensioenaanspraak om te zetten in een aanspraak ingevolge een oudedagsverplichting.³² Deze oudedagsverplichting blijft achter in de (pensioen-)BV van de dga, maar heeft (fiscaal-)juridisch gezien niet het karakter van pensioen. Indien de dga in het geheel geen gebruik wenste te maken van de afkoop of de

²⁸ Verzamelwet pensioenen 2014, *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 863, nr. 27.

²⁹ Zie afd. 5.3B Wet op de inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001).

³⁰ Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 555, nr. 3, p. 2.

³¹ Stb. 2017, 115.

³² Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 555, nr. 3, p. 7.

omzetting in een oudedagsverplichting, blijft voor hem voor de tot en met 31 maart 2017 in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken de regelgeving in de vennootschapsbelasting en loon- en inkomstenbelasting gelden. Voor het verder kunnen opbouwen van pensioen is de dga vanaf 1 april 2017 aangewezen op de reguliere mogelijkheden voor pensioenopbouw voor een werknemer bij een professionele pensioenuitvoerder.

7. Toekomst van pensioen vanaf juli 2023

De ontwikkelingen staan zeker niet stil en per 1 juli 2023 heeft een rigoureuze wijziging in het Nederlandse pensioenstelsel plaatsgevonden. Het is het sluitstuk van een langlopend maatschappelijke debat over de inrichting van het arbeidsvoorwaardelijke pensioen. Dit debat kwam op gang toen het effect van de economische crisis in 2008 op de dekkingsgraden duidelijk werd.³³ Enerzijds werd duidelijk dat de financiële grondslagen van ons pensioenstelsel wankel waren vanwege de sterke gerichtheid op nominale zekerheid, anderzijds waren sterke ontwikkelingen op de arbeidsmarkt gaande met veranderende maatschappelijke voorkeuren. Sindsdien zijn vele rapporten, nota's, hoofdlijnakoorden en dergelijke verschenen en vele discussies en debatten gevoerd. Het heeft uiteindelijk geresulteerd in de Wet toekomst pensioenen³⁴. Deze wet heeft gezorgd voor de herziening van het pensioenstelsel, heeft een standaardisering van het nabestaandenpensioen doorgevoerd, heeft een experimenteerruimte geïntroduceerd voor pensioenopbouw door zelfstandigen in de tweede pijler en heeft de wachttijd voor uitzendkrachten verkort.

Met de herziening van het pensioenstelsel wordt nu een persoonlijker en transparanter solidair pensioenstelsel beoogd. Het nieuwe stelsel wil het verband tussen de betaalde premies, de geboekte rendementen en het te bereiken pensioen verduidelijken. Pensioenopbouw op basis van een uitkeringsovereenkomst (zoals eindloon- en middelloonregelingen) past daar niet meer bij, maar wel op basis van een premieovereenkomst (zoals

³³ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 2.

³⁴ Stb. 2023, 216.

beschikbare premieregelingen). Deze wet introduceert nieuwe pensioencontracten die perspectief bieden op een koopkrachtig pensioen met behoud van risicodeling binnen en tussen generaties. Hiermee wordt een nieuwe invulling gegeven aan ambitie, zekerheid en kosten. Het pensioen gaat directer meebewegen met de economische ontwikkelingen met behoud van de schokdempers. Tevens maken de nieuwe pensioencontracten het mogelijk om de risico's die inherent zijn aan het opbouwen van een kapitaalgedekt pensioen gericht toe te delen aan groepen deelnemers op basis van hun risicohouding.³⁵ De nieuwe premieregelingen worden gekenmerkt door het uitgangspunt dat de premie die werkgevers en werknemers afspreken, de arbeidsvoorwaardelijke toezegging is. Daarmee wordt natuurlijk een bepaalde pensioendoelstelling beoogd op pensioeningangsdatum, maar die uitkomst is op voorhand niet vast te stellen. Daarmee heeft dit nieuwe type pensioencontract een geheel ander karakter dan de tot juli 2023 gebruikelijke uitkeringsovereenkomsten, waarbij de arbeidsvoorwaardelijk toezegging zag op een vooraf bepaalde pensioenuitkering.³⁶

Vanaf juli 2023 kunnen sociale partners voor ouderdomspensioen en partnerpensioen bij overlijden na pensioendatum uitsluitend een pensioenregeling overeenkomen die past binnen het wettelijk kader van één van de drie voorgeschreven premieovereenkomsten.³⁷ De drie premieovereenkomsten verschillen in de wijze waarop financiële mee- en tegenvallers over de deelnemers en pensioengerechtigden worden verdeeld en wijze waarop bepaalde risico's wel of niet verzekerd zijn. Ook bestaat er verschil in de mate van keuzevrijheid en flexibiliteit.³⁸

³⁵ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 17.

³⁶ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 23.

³⁷ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 27.

³⁸ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 29.

De volgende typen premieovereenkomsten zijn te onderscheiden:

1. De solidaire premieovereenkomst

Kenmerkend voor deze premieregeling is dat het gaat om één collectief beleggingsbeleid voor in ieder geval de overrendementen voor deelnemers en pensioengerechtigden. De gerealiseerde financiële resultaten worden op basis van vooraf vastgestelde toedelingsregels verdeeld. De pensioenopbouw is in de vorm van voor de uitkering bestemde persoonlijke pensioenvermogens en van uitgebreide risicodeling. Het beleggings- en langlevensrisico wordt gedragen door de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden. Nieuwe deelnemers delen mee in deze risico's door de solidariteitsreserve, die een verplicht onderdeel is van deze regeling.³⁹

2. De flexibele premieovereenkomst.

Kenmerkend voor deze regeling is dat sprake is van een gescheiden opbouw- en uitkeringsfase. Op de pensioendatum wordt het opgebouwd individueel pensioenkapitaal omgezet in een levenslange pensioenuitkering. Financiële mee- of tegenvallers worden op basis van behaalde rendementen direct verwerkt in de individuele pensioenvermogens. Op de pensioendatum kan de deelnemer kiezen tussen een vaste pensioenuitkering of een variabele pensioenuitkering. Bij deze laatste wordt het pensioenkapitaal in de uitkeringsfase in een bepaalde mate risicodragend doorbelegd. Het beleggings- en langlevensrisico wordt gedragen door de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden. In de uitkeringsfase kunnen deze risico's collectief gedeeld worden door middel van een risicodelingsreserve.⁴⁰

³⁹ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 28.

⁴⁰ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 28.

3. De premie-uitkeringsovereenkomst

Kenmerkend voor deze regeling is dat dit een zuivere premiereregeling is tot vijftien jaar vóór de AOW-gerechtigde leeftijd. Vanaf vijftien jaar voor deze leeftijd kan de deelnemer verzoeken om het opgebouwde pensioenkapitaal aan te wenden voor de aankoop van een gegarandeerde vaste levenslange pensioenuitkering vanaf de pensioeningangsdatum. Het beleggings- en langlevensrisico wordt bij de aankoop van de vaste uitkering overgenomen door de verzekeraar. Apart te vermelden is dat alleen verzekeraars en premiepensioeninstellingen deze pensioenregeling mogen uitvoeren, aangezien alleen zij nominaal pensioen kunnen garanderen.⁴¹

Bij dit nieuwe pensioenstelsel hoort ook een nieuw fiscaal kader waarbij de omkeerregel nog steeds leidend is. Belangrijke wijziging in dit fiscale kader is dat het ouderdomspensioen en het partnerpensioen bij overlijden op of na de pensioendatum fiscaal begrensd worden op de premie en niet langer op de opbouw van een uitkering. In het nieuwe stelsel kennen we derhalve geen opbouwpercentages meer. Vanaf juli 2023 geldt een uniforme premiegrens voor iedereen, waarbij de hoogte zodanig is dat hiermee een adequaat pensioen kan worden opgebouwd. De maximaal fiscaal toelaatbare premiegrens bedraagt 30% van de pensioengrondslag. Deze premiegrens is zodanig vastgesteld dat daarmee ook ruimte wordt geboden voor het partnerpensioen op opbouwbasis bij overlijden op of na pensioendatum van 70% van het ouderdomspensioen. Voor het partnerpensioen bij overlijden voor pensioendatum en het wezenpensioen geldt dat er een uitkering als percentage van het pensioengevend loon kan worden verzekerd op risicobasis. Deze risicopremies komen bovenop de premiegrens van 30%.⁴²

Hoewel de pensioenambitie zich met name richt op pensioenuitkeringen bij uitkeringsovereenkomsten, kan onder de Wet toekomst pensioen, waarbij het gaat om premieovereenkomsten, gesteld worden dat een

⁴¹ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 28-29.

⁴² Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 139.

pensioenambitie beoogd wordt van 75% van het gemiddeld loon met een opbouwperiode van 40 jaar (ofwel 80% bij 42 jaar).⁴³

8. Tot slot

In deze bijdrage is de dynamiek van 33 jaar fiscale pensioenontwikkelingen in ogenschouw genomen. Het uitgangspunt dat de fiscale ruimte om pensioenopbouw te faciliteren naar maatschappelijke opvattingen moet worden ingevuld, is nog altijd geldend, met dien verstande dat er in de loop der tijd veel meer sturing in is gekomen. De omkeerregel geldt hierbij nog steeds als norm. De voorwaarden zijn daarentegen stevig onderhevig aan de maatschappelijke ontwikkelingen en daar zal in de toekomst niets aan veranderen. Dat betekent dat de afronding van deze bijdrage geen afsluiting is, maar enkel een tussentijdse weergave van de ontwikkelingen met een nieuwe fase in het vooruitzicht. En dat geldt ook voor jou, Hans! Weliswaar rond je je werkzaamheden af aan de universiteit, maar daarmee is er geen afsluiting. Het is enkel een tussentijds moment waarop een nieuwe fase aanbreekt met een nieuw vooruitzicht.

Hans, ik dank je voor alle leuke, fijne, gezellige en mooie momenten gedurende deze 33 jaar. Naast de intrinsieke betrokkenheid voor het opleiden van goede fiscalisten hebben we samen heel veel andere activiteiten met veel plezier samen ondernomen. Ik bewaar mooie herinneringen aan de gezellige facultaire uitstapjes, de FIRST Studiereis naar Genève (inclusief jouw uitvoering van 'Una Paloma Blanca'), de vele stadswandelingen en gezellige avonden in combinatie met de EATLP-congressen (in o.a. Santiago de Compostella, Lissabon, Istanbul, Milaan, München, Lodz, Zürich, Madrid en Wenen) en natuurlijk de dansjes op de vrijdagen voor carnaval. Hans, dank je wel!

⁴³ Wet toekomst pensioenen, *Kamerstukken II 2021-2022*, 36 067, nr. 3, p. 141.

DAS KAPITAL

Prof.dr. Roland Brandsma¹

Samenvatting:

In deze beschouwing wordt ingegaan op de vraag of twee beleidsuitingen van de belastingdienst met elkaar te rijmen zijn en of deze passen in de zogeheten basisconceptie die aan de Wet op de dividendbelasting 1965 ten grondslag ligt. Ook wordt onderzocht of deze basisconceptie aanpassing behoeft, dan wel of een uitzondering op deze basisconceptie voor een inkoop van eigen aandelen tegen een lagere prijs dan de gemiddeld op die aandelen gestorte kapitaal noodzakelijk is.

Kernwoorden:

Kapitaal, winst, winstreserves, vermogen, agio, dividend, aanmerkelijk belang, Verzamelbesluit, inkomstenbelasting, dividendbelasting

1. Inleiding

Hans ging en ik kwam. Dat is de korte samenvatting van ons eerste contact in Leiden waar hij eind jaren '80 (inderdaad, van de vorige eeuw) docent was. Samen met Jan Giele vertrok hij rond 1990 naar Maastricht om daar de fiscale vakgroep op te zetten. Als een klein onderdeel van alle werkzaamheden werd hij ook lid van het Algemeen Bestuur van het Post Academisch Onderwijs Belastingrecht, ook wel PAOB genoemd. Het PAOB is het unieke, in de betekenis van 'enige', samenwerkingsverband tussen alle fiscale vakgroepen in het land. Vanaf het moment dat ik secretaris werd van het PAOB, kwamen we elkaar weer met enige regelmaat tegen. Naast de altijd gewaardeerde inbreng inzake de te organiseren cursussen viel op dat Hans niet vies was van lekker eten en een goed glas wijn. Niet alleen in Nederland maar ook daarbuiten, zoals bleek uit de frequente

¹ Roland Brandsma is hoogleraar algemeen belastingrecht aan de Business Universiteit Nyenrode, hoogleraar fiscale economie aan de Universiteit van Amsterdam, en raadsheer-plaatsvervanger bij de belastingkamer van het Gerechtshof Den Haag.

terras-en restaurantbezoeken die gepaard gingen met deelname aan de congressen van het EATLP. Vol overgave stortte Hans zijn kapitaal in de kas van het etablissement dat we bezochten; ongetwijfeld geïnspireerd door de kennis en inzichten die hij had opgedaan tijdens zijn promotie-onderzoek naar kapitaalstortingen.² Ik laat het aan de lezer om te beoordelen of de betalingen op het terras onder de noemer formele of informele kapitaalstortingen moeten worden geschaard.

In het Nederlandse (directe) belastingrecht zijn kapitaalstortingen (en de tegenhanger onttrekkingen) al sinds jaar en dag onderwerp van vele bespiegelingen in de literatuur en talrijke gerechtelijke procedures. In mijn bijdrage aan deze bundel ga ik in op de verhouding tussen het gestorte kapitaal en de zogeheten basisconceptie.³ In het bijzonder besteed ik aandacht aan twee recente uitingen van de fiscus die met elkaar op gespannen voet lijken te staan.

2. (Fiscaal) kapitaal

Kort gezegd is het startpunt voor het fiscale kapitaal hetgeen civielrechtelijk als kapitaal wordt aangemerkt, dus het nominaal gestorte aandelenkapitaal. In deze fiscale beschouwing gaat het te ver om in te gaan op de ontwikkeling van het civielrechtelijke kapitaalebegrip, maar het is duidelijk dat de flex-bv wetgeving ervoor heeft gezorgd dat de functie van kapitaal van een vennootschap - vooral als bescherming voor crediteuren – sterk aan belang heeft ingeboet. Tegenwoordig immers volstaat 1 eurocent al als nominaal kapitaal.

Al vroeg werd onderkend dat het civielrechtelijke kapitaalebegrip ontoereikend is om recht te doen aan een juiste toepassing van het belastingrecht. Dit had tot gevolg dat ook agiostortingen fiscaal als deel van het erkende kapitaal worden beschouwd, zij het met een kanttekening, zoals we hierna in paragraaf 4 zullen zien. In een later stadium is ook

² J. H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, academisch proefschrift, 1997. Hoe hij ertoe is gekomen om dit te onderzoeken, vermeldt hij niet.

³ Zie J.C.K.W. Bartel, *Inkomstenbelastingaspecten van de opbrengst van aandelen*, *Fiscale monografieën*, nr. 29, 1973, Kluwer, Deventer, p. 27, die deze term introduceerde.

informeel kapitaal erkend. Een grootheid die voor de reguliere civilist volstrekt onbekend is, maar in het fiscale recht van wezenlijk belang is.

Samenvattend betekent het vorenstaande dat het fiscaal erkende kapitaal bestaat uit drie componenten. Dit kapitaal wordt door de vennootschap gebruikt om haar onderneming uit te oefenen en daarmee geld te verdienen, oftewel winst te maken. Winst die kan worden uitgekeerd aan haar aandeelhouders in de vorm van een (verkapt) dividend. Ook kan er geld of vermogen aan de vennootschap worden onttrokken door (een deel van) het kapitaal van de vennootschap terug te betalen aan degenen die dit kapitaal hebben gestort. Het moge duidelijk zijn dat de aandeelhouder niets verdient als het door hem gestorte bedrag geheel of gedeeltelijk wordt terugbetaald.

Indien een vennootschap wordt opgericht door één aandeelhouder die er kapitaal in stort, is het vorenstaande eenvoudig toe te passen en kan simpelweg worden gekeken vanuit het perspectief van die ene aandeelhouder, de subjectieve benadering. Deze benadering kenmerkt de aanmerkelijk-belangregeling in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001).⁴ Deze regeling geldt niet alleen voor een enig aandeelhouder, maar voor alle aandeelhouders die een belang houden van vijf procent of meer.

In de dividendbelasting, een belasting die wordt geheven van alle aandeelhouders van een vennootschap, ongeacht woon- of vestigingsplaats en ongeacht de omvang van het belang, zie art. 1 van de Wet op de dividendbelasting (hierna: Wet DB 1965), is een andere benadering gekozen, namelijk de objectieve. Daarmee wordt bedoeld dat niet wordt gekeken of een individuele aandeelhouder iets heeft genoten, maar of vanuit de vennootschap gezien alle aandeelhouders, dus in wezen als een collectief, iets hebben genoten. Dat laatste klinkt mogelijk wat cryptisch, maar wordt – hopelijk – duidelijker als we kijken naar de wettekst van art. 3, lid 1, onderdelen a en b, Wet DB 1965. Het gaat namelijk niet om het bedrag dat aandeelhouder A of B in een vennootschap heeft

⁴ En vanaf 1997 in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB 1964).

gestort, maar om het gemiddelde van de bedragen die door beide aandeelhouders zijn gestort.⁵

Stort aandeelhouder A op 1 aandeel 100 nominaal kapitaal en aandeelhouder B (op een later tijdstip als gevolg van een waardeinstijging van de aandelen door behaalde en ingehouden winst van 200) 300, waarvan 100 nominaal en 200 agio, dan is in totaal 400 gestort, oftewel gemiddeld 200 per aandeelhouder.

Wordt de vennootschap vervolgens geliquideerd, dan krijgen beide aandeelhouders (naast de helft van de winstreserves van 200) 200 kapitaal terug en niet aandeelhouder A 100 en aandeelhouder B 300. Subjectief bezien heeft aandeelhouder A dus als gevolg van de kapitaalstorting door aandeelhouder B geld verdiend en aandeelhouder B geld verloren. Hier worden voor de dividendbelasting geen gevolgen aan verbonden. Beide aandeelhouders worden slechts belast voor hun deel van de uitgekeerde winstreserves, dus ieder voor 100.

Voor de aanmerkelijk-belangheffing in de inkomstenbelasting verloopt dit anders: aandeelhouder A heeft een verkrijgingsprijs van 100 en ontvangt 200 meer, die integraal wordt belast. Aandeelhouder B die eveneens 300 ontvangt, wordt in het geheel niet belast, want de vervreemdingsprijs is gelijk aan zijn verkrijgingsprijs.

Er bestaat derhalve een discrepantie tussen de behandeling van de aanmerkelijk-belanghouder in de inkomstenbelasting en de opbrengstgerechtigde in de dividendbelasting.⁶ Een discrepantie die historisch verklaarbaar is omdat alle aandeelhouders in de Wet IB 1964 tot 1997 op dezelfde wijze werden behandeld als hiervoor beschreven voor de dividendbelasting en het heffingsobject in de dividendbelasting als voorheffing in binnenlandse verhoudingen (bijna) naadloos aansloot bij de ‘inkomsten uit vermogen’ in de voorloper van de huidige inkomstenbelasting.

⁵ Op aandelen van dezelfde soort. Dit wordt tot uitdrukking gebracht door het woord ‘desbetreffende’ in art. 3, lid 1, letter a, Wet DB 1965.

⁶ Particuliere aandeelhouders/niet-aanmerkelijkbelanghouders worden in box 3 belast. In die gevallen ontbreekt elk verband tussen de inkomstenbelasting en de dividendbelasting.

De vennootschap hoeft niet op de hoogte te zijn van de subjectieve elementen die de omvang van de opbrengst van het aandeel voor een individuele aandeelhouder bepalen; zie het hiervoor opgenomen voorbeeld. Hoewel vanuit een subjectief systeem bezien de behandeling in de dividendbelasting in tegenspraak is met elke logica, is een objectieve benadering bij een heffing door inhouding aan de bron, zoals de Nederlandse dividendbelasting, beter verklaarbaar. Bij uitkeringen door een beursvennootschap – budgettair zonder meer de belangrijkste groep voor de dividendbelasting – is het evident dat een subjectief systeem praktisch gezien zelfs ondoenlijk zou zijn.⁷

3. De basisconceptie

Op 18 februari 1959 wees de Hoge Raad arrest in een zaak over een ‘consolidation’ naar het recht van de staat Delaware.⁸ De beslissing van de Hoge Raad, die betrekking had op de toepassing van art. 31, lid 1, ten tweede en art. 32, lid 1, van het Besluit Inkomstenbelasting 1941⁹, was van groot belang door de navolgende overweging:

“dat kenmerk van een als opbrengst van een aandeel in aanmerking komende uitkering in het algemeen is, dat daaraan ten grondslag ligt een vermogensverschuiving van de vennootschap naar den aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldsbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van den aandeelhouder wordt onttrokken;”¹⁰

⁷ Het is mij niet geheel duidelijk waarom voor de particuliere aandeelhouder, niet zijnde een aanmerkelijk-belanghouder, onder het Besluit IB 1941 en de Wet IB 1964 ook werd uitgegaan van een objectieve benadering. Een objectieve benadering doet immers minder of geen recht aan het draagkrachtbeginsel dat – mede – ten grondslag lag aan beide belastingen. Praktische uitvoerbaarheid kan een belangrijke overweging zijn geweest.

⁸ HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124, met noot van P. den Boer.

⁹ De eerstgenoemde bepaling maakte duidelijk dat een liquidatie-uitkering gelijk werd gesteld met een dividend, terwijl de laatstgenoemde wetsbepaling voorschreef dat de uitreiking van een aandeel zonder storting belast was.

¹⁰ HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124, met noot van P. den Boer, regel 51-56.

Deze beroemde overweging werd voorafgegaan door een overweging waar in de literatuur wat minder aandacht aan is besteed:

“...van den algemeenen regel, volgens welken elke uitkering, die de aandeelhouder van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal als zodanig van de vennootschap uit de daarin aanwezige winst ontvangt, als opbrengst van zijn aandeel wordt belast;”¹¹

De hiervoor als eerste genoemde rechtsoverweging laat mijns inziens ruimte om te betogen dat het voor de belastbaarheid voldoende is om te constateren dat de vennootschap beschikt over winst(reserves), maar de tweede rechtsoverweging en dan met name de woorden “elke uitkering, ... van de vennootschap uit de daarin aanwezige winst”, maakt duidelijk dat alleen een uitkering die *afkomstig* is uit de winst(reserves) belast kan worden.

Aangezien aan geld geen kapitaal- of winstgeur hangt¹², zal uit de gedragingen van de vennootschap moeten blijken waaruit de vermogensverschuiving afkomstig is: uit de winst(reserves) of uit het kapitaal. Gedragingen zoals formele besluiten van de directie of de algemene vergadering van aandeelhouders kunnen als regel de gewenste duidelijkheid geven. De boekhoudkundige verwerking van deze gedragingen kan een hulpmiddel zijn om – in twijfelgevallen - de aard van de vermogensverschuiving vast te stellen.¹³

De basisconceptie was niet alleen van belang voor het Besluit IB 1941, maar ook voor de Wet IB 1964 en de Wet DB 1965. De wetgever maakte dit destijds duidelijk bij de parlementaire behandeling.¹⁴

¹¹ HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124, met noot van P. den Boer, regel 47-50.

¹² Vergelijk het Romeinse spreekwoord: Pecunia non olet.

¹³ Winstreserves aan kas of kapitaal aan kas.

¹⁴ MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, p.18-19. Ondanks het zelfstandige karakter van de Wet DB 1965, sloot het heffingsobject in grote lijnen aan bij dat van de Wet IB 1964 (art. 24). In binnenlandse verhoudingen gold de dividendbelasting als een voorheffing op de inkomstenbelasting; zie MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 5, p. 26.

De hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen maken duidelijk dat de basisconceptie niet onverkort toegepast kan worden en dat onze hoogste rechter zich hiervan wel bewust is. Hierna zal kort worden ingegaan op twee uitzonderingen op deze hoofdregel.

4. Een wettelijke inbreuk: agio in contanten¹⁵

Als een vennootschap na een formeel besluit een betaling aan de aandeelhouder doet ten laste van de agioreserve, is zonder meer sprake van een vermogensverschuiving zoals bedoeld in de basisconceptie. Beschikt de vennootschap over winst(reserves), dan is de betaling ook gedekt door winst. Zij is – als gevolg van het besluit van de vennootschap – onmiskenbaar niet afkomstig uit haar winstreserves, maar uit de agioreserve. Aldus zou zij niet tot belastingheffing moeten leiden.

Toch was het al onder de Wet inkomstenbelasting 1914 en de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 een uitgemaakte zaak dat een agiobetaling in contanten belast was.¹⁶ De reden hiervoor was niet een fundamenteel andere kijk op agiobetalingen, maar een heel praktische: als agio in contanten niet belast was en een regulier dividend wel, zouden aandeelhouders (van beursgenoteerde ondernemingen) er als regel de voorkeur aan geven om een (terug)betaling van agio te ontvangen. Deze handelwijze zou tot lagere belastingopbrengsten (in ieder geval op de korte termijn) leiden en moest dus de pas worden afgesneden. Deze wettelijke uitzondering is tot op de dag van vandaag gehandhaafd: in art. 3, lid 1, letter d Wet DB 1965 is zij ietwat verstopt terug te vinden. De formulering van deze bepaling is zodanig dat een terugbetaling van het nominaal gestorte kapitaal alleen onbelast kan plaatsvinden onder nauw omschreven

¹⁵ Een andere inbreuk is de in art. 3a Wet DB 1965 opgenomen regeling inzake het gestorte kapitaal.

¹⁶ Onder het Besluit IB 1941 is er halverwege de jaren vijftig een korte periode geweest waarin dit op grond van een door het Ministerie van Financiën uitgevaardigde resolutie anders was.

voorwaarden.¹⁷ Aangezien agio niet nominaal gestort kapitaal is, kan het in beginsel niet onbelast worden terugbetaald.¹⁸

Deze wettelijke uitzondering lijkt derhalve in overeenstemming te zijn met de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen uit BNB 1959/124, waarin de hoofdregel geclausuleerd wordt met de woorden “in het algemeen”.

5. Afstempeling van aandelen

Anders dan de agiobetaling in contanten berust de - mogelijk - andere uitzondering op de basisconceptie niet op een wettelijke bepaling, maar op rechtersrecht. Voortbouwend op oude jurisprudentie besliste de Hoge Raad namelijk in BNB 1966/136 dat voor de toepassing van het Besluit IB 1941 een afboeking van kapitaal op door een vennootschap geleden verliezen tot gevolg had dat dit kapitaal als teniet gegaan moest worden beschouwd.¹⁹ Deze afboeking wordt wel aangeduid met de term ‘afstempeling’ en heeft als gevolg dat de nominale waarde van een aandeel wordt verlaagd. Dit arrest bracht mee dat ook een latere bijschrijving op aandelen, als gevolg waarvan de nominale waarde wordt verhoogd, tot het beloop van de afstempeling niet zonder heffing van inkomstenbelasting en onder het Besluit DB 1941 evenmin zonder heffing van dividendbelasting kon plaatsvinden. Er was immers geen sprake van bijschrijving in de zin van art. 2, lid 1, ten derde Besluit DB 1941 (overeenkomend met art. 3, lid 1, letter c Wet DB 1965), omdat geen storting had plaatsgevonden.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet IB 1964 werd naar aanleiding van het door Tweede-Kamerlid Lucas ingediende, maar door de Kamer verworpen, amendement duidelijk dat het uitgangspunt voor deze wet was dat een afboeking van kapitaal in het kader van een afstempeling

¹⁷ De praktijk behelpt zich met de omzetting van agio(reserve) in nominaal kapitaal waarna terugbetaling van het verhoogde kapitaal plaatsvindt. Deze door de Hoge Raad toegestane methode maakt terugbetaling van agio alleen omslachtiger. De vraag lijkt dan ook gerechtvaardigd of de opgenomen beperking niet beter zou kunnen vervallen.

¹⁸ Dit is slechts anders als geen sprake is van ‘zuivere winst’ bij de betalende vennootschap.

¹⁹ HR 30 maart 1966, nr. 15 540, BNB 1966/136 met noot Lancée.

van het nominale aandelenkapitaal gevolgen had voor de omvang van dat kapitaal ná de afstempeling.²⁰

Hoewel bij de behandeling van de Wet DB 1965 het zelfstandige karakter van deze wet is benadrukt vanwege het internationale belang, leek vóór de totstandkoming van de Wet IB 2001 een – als startpunt - gelijklopende uitleg voor de inkomstenbelasting en de dividendbelasting wel voor de hand te liggen.

Voor zover mij bekend is geen jurisprudentie gewezen over de gevolgen van een afstempeling van aandelen voor de Wet DB 1965. Aangezien na de invoering van de Wet IB 2001 het verband tussen het begrip ‘inkomst uit vermogen’ in de Wet IB 1964 en het begrip ‘opbrengst uit aandelen’ in de Wet DB 1965 is verbroken, is het de vraag of een afstempeling ook heden ten dage meebrengt dat – in weerwil van de basisconceptie – het fiscaal gestorte kapitaal wordt aangetast.

6. Recente uitingen van de wetsuitvoerder²¹

6.1 Inleiding

Met enige regelmaat blijkt dat wetgeving niet volkomen duidelijk is, niet uitputtend is, dan wel in bepaalde situatie tot ongerijmde gevolgen leidt. Indachtig het motto van de belastingdienst ‘suaviter in modo’ worden dan de harde kantjes (dura in re) van de wetgeving afgeslepen. Een hele nuttige

²⁰ Het amendement Lucas c.s., Kamerstukken II, 5380, 1963-1964, nr. 50, luidde voor zover hier van belang: “Ondergetekenden hebben de eer het navolgende amendement voor te stellen:

A. Artikel 25, eerste lid, tweede volzin, wordt gelezen als volgt: Bijschrijving op aandelen wordt met uitreiking van aandelen gelijkgesteld, behoudens voor zover de bijschrijving strekt tot herstel van hetgeen vroeger tot dekking van geleden verliezen op de aandelen is afgeschreven.

B. Artikel 34, zesde lid, tweede volzin, wordt gelezen als volgt: Bijschrijving op aandelen wordt met uitreiking van aandelen gelijkgesteld, behoudens voor zover de bijschrijving strekt tot herstel van hetgeen vroeger tot dekking van geleden verliezen op aandelen is afgeschreven.

Toelichting De bedoeling van dit amendement is te voorkomen, dat over de in het amendement omschreven bijschrijvingen inkomstenbelasting zou verschuldigd worden.”

²¹ Ik ga niet in op de vraag of de standpunten in overeenstemming zijn met de jurisprudentie, dan wel of er feitelijke verschillen zijn tussen de aan de orde gestelde situaties en de casusposities die in de jurisprudentie aan de orde zijn geweest.

en praktische manier van werken, omdat aldus wordt vermeden dat nog meer fiscale wetsvoorstellen (met inbegrip van nog meer parlementaire stukken en tijdsbeslag) moeten worden aangenomen om dit soort onvolkomenheden te herstellen. Het is dan wel dienstig dat de diverse besluiten, standpunten, etc. niet met elkaar in tegenspraak zijn en zoveel mogelijk passen in een systeem, zoals de basisconceptie.

Hierna komen twee uitingen van de overheid op het terrein van het fiscaal gestorte kapitaal aan de orde.

6.2 De behandeling van agio in het Verzamelbesluit DB

In onderdeel 8 van het Verzamelbesluit dividendbelasting wordt ingegaan op de gevolgen van de hiervoor in paragraaf 4 besproken betaling van agio in contanten.²² Ondanks dat deze betaling wordt gedaan uit het fiscaal gestorte kapitaal, is zij toch belast in verband met mogelijk substitutiegedrag. In het besluit wordt aangegeven dat deze agiobetaling niet tot een vermindering van het fiscaal gestorte kapitaal leidt, want anders “kan de situatie ontstaan dat winst twee keer wordt belast met dividendbelasting.”²³

De Staatssecretaris van Financiën licht dit toe aan de hand van het volgende voorbeeld.

“Voorbeeld

A BV heeft eind 2018 een fiscaal erkend kapitaal van EUR 11 miljoen en betaalt ter grootte van EUR 10 miljoen een gedeelte van dat kapitaal terug. Op het moment van de terugbetaling verwachtte A BV begin 2019 voor eenzelfde bedrag als de terugbetaling winst te realiseren. De nominale waarde van de desbetreffende aandelen is door A BV niet verminderd. Nadat de winst in 2019 daadwerkelijk is gerealiseerd, wordt A BV geliquideerd. De liquidatie-uitkering bedraagt EUR 11 miljoen.

²² Besluit van 7 december 2022, nr. BWBR0047583.

²³ Bedoeld zal zijn dat niet alleen de winst(reserves) van de vennootschap worden belast, maar ook een deel van het door de aandeelhouders gestorte kapitaal.

Uitwerking

De teruggaaf in 2018 is belast volgens artikel 3, eerste lid, onderdeel d, Wet DB 1965, omdat zuivere winst ook binnen afzienbare tijd te verwachten winst omvat en de nominale waarde van de aandelen niet met een gelijk bedrag is verminderd. Zou het fiscaal erkend gestorte kapitaal als gevolg van de teruggaaf eind 2018 worden verminderd naar EUR 1 miljoen, dan zou de liquidatie-uitkering in 2019 volgens artikel 3, eerste lid, onderdeel b, Wet DB 1965 voor EUR 10 miljoen worden belast. De uitkering overstijgt dan immers voor EUR 10 miljoen het gestorte kapitaal. Resultaat is dat over dezelfde zuivere winst twee keer dividendbelasting verschuldigd zou zijn.

Nadere toelichting

Het hiervoor beschreven resultaat van dubbele heffing, door toepassing van de fictie van artikel 3, eerste lid, onderdeel d, Wet DB 1965, is ongewenst. De fictie bepaalt namelijk dat in plaats van kapitaal winst wordt uitgekeerd. Deze (fictieve) uitkering van winst mag dan geen effect hebben op het fiscaal erkend gestorte kapitaal van de vennootschap. In het genoemde voorbeeld is daarom geen sprake van een belaste liquidatie-uitkering.”

Het is terecht dat de gevolgen van de hiervoor gesignaleerde en in mijn ogen begrijpelijke inbreuk op de basisconceptie zoveel mogelijk worden beperkt. Het is de vraag of uit de basisconceptie al niet volgt dat bij een latere betaling rekening wordt gehouden met het oorspronkelijk gestorte kapitaal zonder de ‘afboeking’ van het agio, maar het is zonneklaar dat de besluitgever in overeenstemming met de wetgever handelt door de basisconceptie (zoveel mogelijk) recht te doen. Het zal niemand verbazen dat ik als wetenschapper (en dat geldt natuurlijk ook voor Hans) geporteerd ben van het inpassen in/toepassen van een duidelijk systeem.

6.3 Standpunt kennisgroep belastingdienst over de gevolgen van een inkoop van eigen aandelen

Een betrekkelijk nieuw fenomeen is dat allerlei kennisgroepen binnen de belastingdienst hun – veelal op praktijkgevallen gebaseerde - standpunten publiceren. Zo ook de kennisgroep dividendbelasting (hierna KG dividendbelasting). Dit is loffelijk, want daarmee wordt de overheid veel transparanter en hebben alle belastingplichtigen en hun adviseurs op gelijke voet toegang tot het beleid van de belastingdienst.

De KG dividendbelasting heeft zijn licht laten schijnen op de gevolgen van een inkoop van eigen aandelen beneden het gemiddeld op deze aandelen gestorte kapitaal.²⁴

“Vraag

Wat zijn de gevolgen voor het gestorte kapitaal indien een vennootschap aandelen inkoopt tegen een prijs die lager is dan het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal?

Antwoord

Indien een vennootschap aandelen inkoopt tegen een prijs die lager is dan het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal, wordt het gestorte kapitaal verlaagd met het bedrag dat op de ingekochte aandelen is gestort. Het verschil tussen het (hogere) bedrag dat op de aandelen is gestort en de inkoopprijs van deze aandelen wordt niet langer aangemerkt als (erkend) gestort kapitaal voor de dividendbelasting.

Beschouwing

De hoofdregel bij een inkoop van aandelen door een vennootschap is dat de ingekochte aandelen binnen deze vennootschap in economisch opzicht gelijk gesteld worden met aandelen in portefeuille en daarmee geen waarde hebben. Dit betekent dat de ingekochte aandelen fiscaalrechtelijk als geamortiseerd dienen te worden beschouwd (zie onder andere HR 14 november 1956, ECLI:NL:HR:1956:AY1512).

²⁴ KG:024:2023:14, 3 oktober 2023.

Op grond van artikel 3, eerste lid, onderdeel a van de wet op de dividendbelasting 1965 is de inkoop van aandelen, anders dan ter tijdelijke belegging, een opbrengst voor zover de inkoopprijs het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte bedrag te boven gaat.

Indien een vennootschap aandelen inkoopt, niet zijnde ter tijdelijke belegging, waarbij de inkoopprijs lager is dan het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal, is er geen sprake van een opbrengst voor de dividendbelasting.

Als een inkoop van aandelen plaatsvindt tegen een prijs die lager is dan het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal, wordt het gestorte kapitaal verlaagd met het bedrag dat op de ingekochte aandelen is gestort. Indien bijvoorbeeld 1.000 aandelen worden ingekocht voor een bedrag van € 18.000 en het gemiddeld op deze aandelen gestorte kapitaal bedraagt € 20 per aandeel (€ 20.000), dan wordt het gestorte kapitaal verminderd met € 20.000. Het verschil van € 2.000 tussen het inkoopbedrag van € 18.000 en het gestorte kapitaal op deze aandelen (€ 20.000) wordt niet langer aangemerkt als (erkend) gestort kapitaal voor de dividendbelasting. Zie in dit verband HR 30 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6914. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat in situaties dat aandelen die worden ingekocht en materieel als ingetrokken moeten worden beschouwd, deze ingekochte aandelen bij de vaststelling van het gestorte kapitaal buiten aanmerking moeten worden gelaten. Verder oordeelt de Hoge Raad dat hieraan niet afdoet, dat de vennootschap de aandelen, die door haar zijn ingetrokken dan wel als ingetrokken dienen te worden beschouwd, onder pari heeft ingekocht.”

Wat opvalt in dit standpunt van de KG dividendbelasting is dat met geen woord wordt gerept over de basisconceptie, maar dat een onder het Besluit IB 1941 gewezen arrest doorslaggevend wordt geacht. De vraag rijst of

anno 2024 BNB 1966/136 richtinggevend is of moet zijn, dan wel dat een andere uitleg beter past in de basisconceptie.²⁵

7. Beschouwing

7.1 Een objectieve of een subjectieve(re) benadering

Het moge duidelijk zijn dat zowel de benadering als de uitkomst voor het fiscaal erkende kapitaal bij de agiobetaling en de inkoop voor een prijs onder het gemiddeld gestorte kapitaal in de beleidsuitingen verschillend zijn. Als men ervan uitgaat dat het twee op zich zelf staande fiscale vragen zijn, is dat mogelijk verklaarbaar, maar als men ervan uitgaat dat voor zover mogelijk of wenselijk het uitgangspunt hetzelfde dient te zijn, ligt dat anders. Het uitgangspunt zou dan moeten zijn dat alleen betalingen aan de totaliteit van aandeelhouders die betrekking hebben op ‘zuivere winst’ van de vennootschap belast zijn. Dat uitgangspunt kan niet altijd recht worden gedaan: zowel bij de betaling van agio in contanten als bij de genoemde inkoop wordt dat principe losgelaten. Waarom dat het geval is bij de inkoop is mij niet duidelijk, want misbruik lijkt mij niet aan de orde en ook niet mogelijk. Bij de agiobetaling ligt dat, zoals hiervoor uiteen is gezet, anders, zodat ik belastingheffing dan wel kan billijken, zeker nu door middel van het Verzamelbesluit geprobeerd wordt om zoveel mogelijk recht te doen aan het hiervoor genoemde uitgangspunt.

Wat nu als in de uitleg en toepassing van de huidige dividendbelasting de basisconceptie niet (altijd) het uitgangspunt (meer) moet zijn? Hiervoor kan enerzijds worden aangevoerd dat het directe verband met de behandeling van de kleine aandeelhouder in de inkomstenbelasting is verbroken, terwijl anderzijds voor de aanmerkelijk-belanghouder sinds 1997 het uitgangspunt van de inkomstenbelasting een duidelijk subjectieve benadering is.

Hoewel ik een subjectieve benadering niet bij voorbaat zou willen afwijzen, omdat op die manier de band tussen inkomsten- en

²⁵ De positie van Hans in dezen is niet geheel duidelijk. Op pagina 137 van zijn proefschrift gaat hij – mede naar aanleiding van BNB 1966/136 – in op de gevolgen van afstempeling van agio voor de vennootschapsbelasting, maar niet op de gevolgen voor de inkomstenbelasting en dividendbelasting.

dividendbelasting voor die groep aandeelhouders wordt hersteld, zie ik wel wat bezwaren. Zo staat een subjectieve benadering haaks op de door de wetgever uitdrukkelijk gekozen belastingheffing bij een liquidatie of een inkoop van aandelen. Immers, wettelijk wordt voorgeschreven dat terzake van deze rechtshandelingen dividendbelasting moet worden geheven over het betaalde bedrag voor zover dat het *gemiddeld* op de aandelen gestorte kapitaal (in fiscale zin) overschrijdt. Als aandeelhouders op verschillende emissie-momenten aandelen verkrijgen, zal de betaalde prijs zelden overeenkomen met het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal, zodat we dan in de knoop komen met de bewoordingen van deze wettelijke bepalingen en een subjectieve(re) benadering. Een wetswijziging op deze punten zou dan noodzakelijk zijn.

Het is de vraag of een dergelijke wijziging verstandig is, want een groot deel van de dividendbelasting wordt niet geheven van de aanmerkelijk-belanghouders, maar van (kleine) aandeelhouders van beursgenoteerde ondernemingen. In die situaties kent het inhoudingsplichtige beursfonds de aandeelhouder niet, waardoor een subjectieve benadering tot een enorme administratieve lastenverzwaring zou leiden. Dat wordt nog lastiger als de wetgever een subjectieve benadering volledig zou willen doorvoeren. Een ‘meegekocht dividend’ zou dan ook niet belast moeten worden, het is immers de bekende sigaar uit eigen doos. Hetzelfde geldt voor agio in contanten indien en voor zover de aandeelhouder daadwerkelijk zelf agio heeft gestort. De subjectieve benadering in de aanmerkelijk-belangregeling in de inkomstenbelasting is mijns inziens alleen mogelijk doordat de vennootschap als regel de aandeelhouder kent en de groep voor de fiscus redelijk overzichtelijk is. Bij een zakelijke heffing als de dividendbelasting met voor de inhoudingsplichtige onbekende aandeelhouders en dagelijkse mutaties in het aandeelhoudersbestand lijkt een subjectieve benadering geen haalbare kaart.²⁶

Een objectieve benadering met haar – vanuit een subjectieve benadering beziene – tekortkomingen is domweg veel eenvoudiger in de uitvoering. Dit komt omdat dan – als hoofdregel (zie de in art. 4 Wet DB 1965 opgenomen

²⁶ Hetzelfde geldt voor de fiscus die bij veel, vaak buitenlandse, aandeelhouders onderzoek zou moeten doen.

uitzondering: de inhoudingsvrijstelling) – op geen enkele manier acht wordt geslagen op de hoedanigheid van de aandeelhouder noch op de wijze waarop hij het aandeel heeft verkregen, noch tegen welke prijs. Ruwe eenvoud derhalve. Eenvoud met af en toe een kleine complicatie, zoals bij het agio in contanten. Een complicatie die voor het aandeelhoudersbestand als zodanig wordt recht gestreken door het eerder genoemde Verzamelbesluit. Het Verzamelbesluit bewerkstelligt dat zelfs ingeval fiscaal kapitaal is uitgekeerd aan de aandeelhouders, dit kapitaal bij wijze van fictie nog aanwezig is, zodat op een later tijdstip een betaling aan de aandeelhouders kan worden gedaan zonder heffing van dividendbelasting. Hierbij maakt het niet uit dat het dezelfde aandeelhouder(s) betreft of andere aandeelhouders (naar de aard der zaak is het bij een beursfonds in de huidige systematiek ook niet mogelijk om dit na te gaan). Dat een individuele aandeelhouder niet per definitie baat heeft bij deze oplossing, is duidelijk. De oplossing past echter wel in de objectieve benadering waarbij niet naar de individuele aandeelhouder wordt gekeken, maar het totaal aan aandeelhouders als één wordt beschouwd. Het lijkt er dus op dat een objectieve benadering het beste recht doet aan de relatie tussen aandeelhouder(s) en vennootschap (al dan niet beursgenoteerd). Hierdoor ligt het voor de hand om deze benadering ook toe te passen op een afstempeling of een inkoop van eigen aandelen.

7.2 Een alternatief?

In mijn ogen zou dat anders kunnen zijn als bij deze rechtshandelingen de dividendbelastingclaim kan worden voorkomen of (langdurig) kan worden uitgesteld. Bij een afstempeling lijkt me dat laatste - in theorie? – mogelijk, want bij een aandeel met een nominale waarde van bijvoorbeeld 1.000 kan de vennootschap tien jaar lang ten laste van het kapitaal 100 aan de aandeelhouder betalen zonder belastingheffing. Ook hier zou dus sprake kunnen zijn van substitutie (zoals bij agio in contanten). Het is echter de vraag of dit substitutiegedrag zich bij beursfondsen ook daadwerkelijk voordoet in de praktijk. Eerlijk gezegd had ik ten tijde van het schrijven van deze beschouwing in januari 2024 nog nooit gehoord dat dit stelselmatig gebeurde en ook nooit een beleidsuiting gezien die de afstempeling als fiscaal probleem kenschetste. Op 4 april 2024 wist het NRC echter te melden dat dividendbelasting wordt vermeden door een onbelaste

terugbetaling van kapitaal met dien verstande dat het hier ging om een terugbetaling van kapitaal door een vennootschap die participeert in een beursfonds. Staatssecretaris van Financiën Van Rij heeft desgevraagd aangegeven dat geen nadere wettelijke maatregelen moeten worden genomen.²⁷ Een vergelijkbare behandeling als bij agio in contanten zou dan voor de hand liggen.

Bij een inkoop van eigen aandelen lijkt substitutiegedrag bij beursgenoteerde vennootschappen niet aan de orde: de aandeelhouder weet überhaupt niet aan wie hij zijn aandelen verkoopt en beurshandel vindt elke handelsdag plaats, ongeacht of de vennootschap van plan is om dividend uit te gaan betalen.²⁸ Bovendien zal hij geen genoeg nemen met een lagere prijs dan de beurskoers, zodat manipulatiemogelijkheden niet aan de orde lijken te zijn. Bij niet-beursgenoteerde vennootschappen met aanmerkelijk-belanghouders zou substitutiegedrag – in theorie – wel mogelijk zijn.²⁹ Aandelen kunnen zonder belastingheffing worden ingekocht indien de prijs niet hoger ligt dan het voor de dividendbelasting gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal en de voor de inkomstenbelasting gemiddelde verkrijgingsprijs. Deze (overdrachts)prijs moet eventueel worden gecorrigeerd als ze niet zakelijk is, wat manipulatiemogelijkheden mijns inziens zeer beperkt.

Als aandelen worden ingekocht voor een lagere prijs dan het gemiddeld op deze aandelen gestorte kapitaal, rijst de vraag of het verschil tussen het betaalde bedrag en dat kapitaal moet worden afgeboekt. Een afboeking die ertoe zou leiden dat op enig moment ‘dubbele’ heffing optreedt. Eerlijk gezegd zie ik daartoe weinig reden, want er is geen enkel risico voor de fiscus dat hij over een deel van de met dividendbelasting beclaimde winstreserves niet kan heffen. Ook substitutie doet zich hier niet voor: ter zake van het verschil ontvangen de aandeelhouders immers niets.

²⁷ Aanhangsel van de Handeling, TK 2023-2024, nr. 1803, antwoord 9.

²⁸ Dit kan anders zijn ten aanzien van aandeelhouders die een pakket aandelen (tenminste 3 procent) houden dat boven de aanmeldingsdrempel van de AFM uitkomt.

²⁹ In concernverband speelt deze problematiek als regel niet omdat dan de inhoudingsvrijstelling van toepassing is.

Indien de wet zou worden gewijzigd, doet zich nog wel een praktische complicatie voor bij beursgenoteerde ondernemingen die ik nog onbenoemd heb gelaten. Zoals gezegd weet de individuele aandeelhouder niet dat hij zijn aandelen aan de vennootschap verkoopt. Dit betekent dat de vennootschap de dividendbelasting zal moeten bruten en dan niet alleen voor zover het betaalde bedrag, gelijk aan de beurskoers, het gemiddeld gestorte fiscale kapitaal overschrijdt, maar integraal. Hier valt uiteraard wel een oplossing voor te bedenken in de vorm van een inkoopfaciliteit, zoals het huidige art. 4c Wet DB 1965. Een oplossing echter die – zo is gebleken – politiek kwetsbaar is, dus bezint eer ge begint.

Het hiervoor geschetste is een theoretische exercitie, typisch voor een aan een universiteit verbonden wetenschapper. Om te voorkomen dat een oplossing wordt bedacht voor een niet-bestaand probleem, is het raadzaam om eerst te onderzoeken of het genoemde substitutiegedrag zich bij afstempeling in de praktijk wel voordoet.³⁰ Als praktijkfiscalist heb ik zomaar het idee dat dat wel eens heel beperkt zou kunnen zijn.

7.3 Wellicht ten overvloede

Nog een laatste opmerking over een subjectieve versus een objectieve benadering. In de aanmerkelijk-belangregeling staat de subjectieve benadering voorop. Dat past in een belastingheffing naar draagkracht met – sinds 2024 – zelfs twee tarieven. De groep belastingplichtigen waar het om gaat, is redelijk beperkt qua omvang, is veelal binnenlands belastingplichtig en het is de fiscus bekend om wie het gaat. Het toepassingsbereik van de dividendbelasting is veel groter: alle aandeelhouders van in Nederland gevestigde vennootschappen, waaronder veel van de aan de AEX genoteerde beursfondsen, zijn belastingplichtig. Een belangrijk deel van de aandeelhouders woont niet in Nederland of is niet in Nederland gevestigd, het aandeelhoudersbestand wisselt bij beursfondsen met enige regelmaat en de fiscus kent de meeste aandeelhouders nauwelijks (alleen via box 3 als het om in Nederland wonende aandeelhouders gaat). De aandeelhouders/lichamen die een

³⁰ Dan wel zich in betekenende mate voor kan doen, want daarvoor is immers vereist dat de door beursfondsen uitgegeven aandelen een aanzienlijke nominale waarde kennen.

belang hebben dat voldoet voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling, zal het in veel gevallen onverschillig zijn op welke wijze zij betalingen van de vennootschap ontvangen, omdat bij een belaste opbrengst toch geen dividendbelasting hoeft te worden ingehouden.

Het ligt daarom in mijn ogen niet voor de hand om de vormgeving van de dividendbelasting af te stemmen op die van de aanmerkelijk-belangregeling. Een subjectieve benadering lijkt niet nodig en is uitvoeringstechnisch zeer belastend voor zowel de inhoudingsplichtige als de fiscus. In het huidige objectieve systeem past het om de heffing van dividendbelasting te beperken tot de winsten die de vennootschap behaalt en uitdeelt aan het (bij beursfondsen zoals gezegd mogelijk sterk wisselende) aandeelhoudersbestand als geheel. Slechts een duidelijk gemotiveerde en zo beperkt mogelijk gehouden uitzondering, zoals het agio in contanten, vermag daar een inbreuk op te maken. De uitleg danwel tegemoetkoming die in het Verzamelbesluit dividendbelasting is gegeven, lijkt mij passend. Verdere inbreuken zijn in mijn ogen alleen verantwoord als – empirisch onderbouwd – is gebleken van gedragingen die ertoe leiden dat de fiscus gedurende lange(re) tijd minder dividendbelasting kan heffen dan zonder die gedragingen het geval zou zijn.

8. Slot

Binnen de systematiek van de Wet DB 1965 dient kapitaal fiscaal alleen te verdwijnen als het wordt terugbetaald aan de aandeelhouder, waarbij het onverschillig is of dat dezelfde aandeelhouder is als degene die het kapitaal heeft gestort. De bijzondere behandeling van een agio in contanten, dat immers in de regel als een opbrengst in de dividendbelasting wordt aangemerkt, maakt daar ook geen uitzondering op. Om de scherpe kanten van deze bijzondere behandeling af te slijpen wordt het agio, ook al is het dus daadwerkelijk terugbetaald, geacht in stand te zijn gebleven: een fiscale kapitaalcreatie. Het standpunt van de kennisgroep dividendbelasting dat kapitaal verloren gaat als sprake is van een inkoop van eigen aandelen tegen een prijs die lager is dan het gemiddeld op aandelen gestorte kapitaal staat haaks op de dividendbelastingssystematiek. Dit standpunt is mijns inziens niet alleen onjuist, maar ook onwenselijk. Een zwart kapitaalगत in de Wet DB 1965 kan en moet worden vermeden.

Nu Hans met pensioen gaat, vermindert het menselijk en intellectueel kapitaal van de capgroep belastingrecht aan de UM. Voor de Nederlandse samenleving hoeft dat gelukkig niet zo te zijn, want ook na zijn pensionering staat het Hans vrij om zijn talenten aan te blijven wenden. Mocht hij echter van zins zijn om zijn fiscale werkzaamheden te vervangen door andere, mogelijk vrijblijvender, activiteiten dan zou dit onwenselijke substitiegedrag zwaar moeten worden belast.

Ik wil de wetgever dan ook raden om - in overleg met het ABP - wettelijke maatregelen voor te bereiden om niet alleen zijn welverdiende pensioen te belasten, maar ook een speciale kapitaalverminderingbijdrage op subjectieve grondslag te introduceren. Het is dan aan Hans om deze wettelijke bijdrage te voorkomen of uit te stellen door nog geruime tijd zijn kapitaal in te zetten tot Nut van 't Algemeen.³¹

Het ga je goed!

³¹ Ontleend aan De Maatschappij tot Nut van 't Algemeen (kortweg 't Nut), een landelijke vereniging met plaatselijke afdelingen ("departementen"), opgericht in 1784, die zich ten doel stelt het welzijn, in de ruimste zin, van individu en gemeenschap te bevorderen.

DE HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING IN NEDERLAND EN DUITSLAND GESPIEGELD AAN HET LEVEN VAN HANS ARTS – EEN BESCHOUWING

Mr.dr. Almut Breuer¹

1. Inleiding

Toen ik in mei 2023 tijdens een diner naast Hans zat, spraken wij uitgebreid over de wereld van de vennootschapsbelasting in onze respectievelijke landen van herkomst, en vooral over vroeger. Wij deelden de hoop dat de vennootschapsbelasting eindelijk weer zo wordt als zij nooit is geweest.² Dit bracht mij op het idee om te onderzoeken welke afslagen Duitsland en Nederland in de vennootschapsbelasting hebben genomen gedurende het leven van Hans. Ik noem exemplarisch maar enkele onderwerpen, waaronder uiteraard de tarieven, de deelnemingsvrijstelling en heel kort de belastingplicht van personenvennootschappen. Mijn hoop is dat ik op basis van het verleden een voorspelling kan doen over de toekomst van de twee vennootschapsbelastingssystemen, en natuurlijk over die van Hans. Aangezien ik dan ongetwijfeld in de wereld van de fictie zal belanden, laat ik me graag leiden door enerzijds ChatGPT en anderzijds de woorden van een niet geheel onbekende schrijver van fictie:

“Het beste dat de geschiedenis ons nalaat, is het enthousiasme dat zij veroorzaakt.”³

¹ Advocaat en universitair docent belastingrecht aan Maastricht University.

² Ontleend aan J. Meyerhoff, *Wanneer wordt het eindelijk weer zoals het nooit is geweest?*, Amsterdam: A.W. Bruna 2017.

³ J.W. von Goethe, *Maximen und Reflexionen: Sprüche in Prosa*, 2^{de} druk, Berlin: Contumax 2016, p. 64. Originele taalversie: “Das Beste, was wir von der Geschichte haben, ist der Enthusiasmus, den sie erregt.”

Ik weet vrijwel zeker dat Hans in de recentere geschiedenis generaties van studenten geënthousiasmeerd heeft voor de vennootschapsbelasting, dus wat dat betreft is er hoop dat er ook een toekomstige generatie zal zijn die net als Hans met een scherpe blik onderzoek zal doen naar deze belasting.

Over het belang van de vennootschapsbelasting heb ik ChatGPT geraadpleegd en achtereenvolgens de volgende vragen gesteld: “*Wat is de belangrijkste belasting?*” Het antwoord was ontwijkend, bijna alle belastingen werden genoemd. “*En welke van deze belastingen is het meest belangrijk?*” Weer een ontwijkend antwoord, acht belastingen werden genoemd, waaronder de vennootschapsbelasting. “*Maak een ranking.*” Het antwoord was (na enig aarzelen, weergegeven in een woordenbrij als inleiding): “*1. Inkomstenbelasting, 2. Vennootschapsbelasting (...).*” De door ChatGPT aangevoerde reden voor de hoge ranking van de vennootschapsbelasting: “*Belangrijk omdat het directe belasting op de winst van bedrijven is, wat bijdraagt aan de financiering van overheidsuitgaven.*”⁴ Vooruit dan maar, het heeft dus nog zin om over de vennootschapsbelasting te schrijven.

2. Kindheid

Wij schrijven het jaar 1956, het geboortejaar van Hans. De huidige Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 was destijds nog niet eens in de toestand van ontwerp. De heffing van vennootschapsbelasting was nog gebaseerd op het Besluit Vpb 1942 dat door de Duitse bezetter was ingevoerd.⁵ Daarin werd voor het eerst in Nederland een winstbelasting ingevoerd die lichamen als zelfstandige belastingplichtigen zag.⁶ Er was oorspronkelijk enig onbegrip in Nederland voor het belasten van niet-natuurlijke personen. Brüll verwoordde dit in de jaren '60 als volgt:⁷

⁴ Link: <https://chat.openai.com/share/263f16a0-3d98-473f-b3be-81554c6b9989>.

⁵ Besluit van den Secretaris-Generaal van het Departement van Financiën betreffende de vennootschapsbelasting (Besluit op de vennootschapsbelasting 1942), Stb. 1942, 402.

⁶ A.W. Hofman, Vpb.0.0.2.c2 Besluit Vpb. 1942 (actueel t/m 18-01-2023), in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

⁷ D. Brüll, *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip* (diss. UvA), Amsterdam: N.V. Uitgeverij Fed 1964, p. 261.

“Het grote bezwaar tegen de in Duitsland ontwikkelde antropomorfe theorie is, dat zij nauwelijks een rechtsgrondslag voor de belastingheffing biedt. Zoals elke fictie, leidt ook de toedichting aan een rechtspersoon van alle mogelijke menselijke eigenschappen (draagkracht, pijn, lijden, etc.) tot botsing met de realiteit.”

In Duitsland had men er oorspronkelijk ook problemen mee. In de parlementaire geschiedenis bij het eerste *Körperschaftsteuergesetz* is het volgende opgenomen:⁸

“Niet-fysieke personen vertegenwoordigen een vreemd lichaam in de inkomstenbelasting, dat alleen met behulp van ficties in haar kader kan worden geperst.”

Maar, zoals wij inmiddels weten is het gebruik van ficties vervolgens niet bepaald tegengehouden en is de vennootschapsbelasting er in beide landen gekomen om te blijven.

Ik heb uiteraard aan ChatGPT gevraagd waarom er ficties gebruikt worden in de inkomstenbelasting en meteen gevraagd om het antwoord te beperken tot 50 woorden. Het antwoord: *“Ficties worden gebruikt in de inkomstenbelasting om belastingontduiking te voorkomen, de consistentie van belastingheffing te waarborgen en administratieve lasten te verminderen. Ze standaardiseren situaties waar werkelijke omstandigheden moeilijk te bepalen zijn, waardoor het belastingstelsel eerlijker, efficiënter en effectiever wordt.”*⁹ Eerlijkere belastingheffing door ficties - de Hoge Raad zag dat in het kader van box 3 toch net anders.¹⁰

⁸ Begründung zum Entwurf eines Reichseinkommensteuergesetzes, in: Verhandlungen der Verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung, Bd. 340, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, 1919/1920, Berlin 1920, S. 17. Originele taalversie: *“Die nichtphysischen Personen stellen in der Einkommensteuer einen Fremdkörper dar, der in deren Rahmen nur mit Hilfe von Fiktionen hineingepresst werden kann.”*

⁹ Link: <https://chat.openai.com/share/7f3d251a-d3e7-43a9-b2d8-19f279d886a0>.

¹⁰ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

Het Besluit Vpb 1942 was voor een aanzienlijk deel een kopie van het destijds geldende Duitse *Körperschaftsteuergesetz* uit 1934.¹¹ Men kende toen in beide systemen al een deelnemingsvrijstelling (zie § 9 KStG 1934 en Art. 10 Besluit Vpb 1942), waarbij in § 10 lid 5 van de Leidraad bij de Vennootschapsbelasting 1942¹² het volgende stond:

“Artikel 10 (deelnemingen). Artikel 10 bevat een regeling, welke hierna bij verkorting zal worden aangeduid als deelnemingsvrijstelling. Deze vrijstelling, welke in beginsel niet past in een wettelijke regeling, welke lichamen op één lijn stelt met natuurlijke personen (ook voor de inkomstenbelasting bestaat een dergelijke vrijstelling niet), heeft reeds naar haar aard het karakter van een – voor de belastingplichtige gunstige – uitzonderingsbepaling.”

Kortom, men had het destijds zwaar met de logica van de vennootschapsbelasting, maar toen Hans werd geboren had men zich er al bij neergelegd en was de vennootschapsbelasting met haar deelnemingsvrijstelling een niet meer weg te denken onderdeel van zowel het Duitse als het Nederlandse systeem.

Na de oorlog werd er in Duitsland vlot (eind 1950) een nieuwe *Körperschaftsteuergesetz* uitgevaardigd en in het jaar 1956 hadden er al de nodige wijzigingen plaatsgevonden. Zo werd er sinds 1951 rekening gehouden met de economische dubbele belasting voor aandeelhouders en werd het tarief gesplitst: 60% voor niet-uitgedeelde winst en 30% voor uitgedeelde winst.¹³ In 1958 werd het tarief verlaagd naar respectievelijk 51% en 15%.¹⁴

In Nederland gold in 1956 een progressief tarief dat opliep van 40% voor winsten tot f 40.000 tot 43% voor winsten boven de f 50.000, met een

¹¹ Reichsgesetzblatt I 1932, p. 1031.

¹² Resolutie d.d. 11 augustus 1942, no. 124, deel 1, Departement van Financiën (ingezien via: https://geheugen.delpher.nl/nl/geheugen/view?coll=ngvn&identifier=EVD002%3ANIOD05_3140).

¹³ Zie §§ 19 en 24 *Körperschaftsteuergesetz* 1952, Bundesgesetzblatt I 1952, p. 305.

¹⁴ Zie §§ 19 en 24 *Körperschaftsteuergesetz* 1958. Bundesgesetzblatt I 1958, p. 751.

oplopend tarief voor winsten tussen *f* 40.000 en *f* 50.000.¹⁵ In het kader van een voorstel voor een nieuwe Wet op de vennootschapsbelasting 1960 werd een poging gedaan om ook in Nederland een gedifferentieerd tarief voor uitgedeelde en niet-uitgedeelde winst in te voeren, waarbij men dacht aan een tarief van respectievelijk 28% en 43 %.¹⁶ Dat voorstel heeft het niet gehaald. Vervolgens dachten de bewindslieden Vondeling en Hoefnagels in 1965 nog aan een beperkt verrekeningssysteem, waarbij de vennootschapsbelasting tot 10% van het uitgekeerde dividend met de inkomstenbelasting verrekend zou kunnen worden,¹⁷ maar ook dat is niet ingevoerd.

Toen Hans aan zijn jeugd begon, waren er dus een Nederlandse vennootschapsbelasting en een Duitse Körperschaftsteuer, beide met een deelnemingsvrijstelling en in Duitsland ook met een gedifferentieerd tarief.

3. Jeugd

De nieuwe Wet op de vennootschapsbelasting kwam er uiteindelijk in 1969: de ons allemaal bekende Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969). Het vennootschapsbelastingtarief is trouwens niet te vinden in de oorspronkelijke wet. De tariefsbepaling (destijds Artikel 21) luidde:¹⁸

“De belasting bedraagt een nader bij de wet te bepalen percentage van het belastbare bedrag of van het belastbare binnenlandse bedrag.”

Op zich lijkt het een best integraal onderdeel van een belastingwet dat het ook aangeeft wat het tarief is. Het was dan ook een geruststelling dat op de

¹⁵ Zie art. 27 van het Besluit Vpb. 1942 zoals gewijzigd bij Wet van 15 augustus 1955, Staatsblad 1955, 370, p. 815.

¹⁶ Zie de MvT bij het wetsvoorstel Wet op de Vennootschapsbelasting 1960, Kamerstukken II 1959-1960, 6000, nr. 3, p. 7/8.

¹⁷ Cursus belastingrecht Vpb 0.0.3.A; Cnossen, Hervorming van de vennootschapsbelasting, ESB, 20 juli 1983, p. 644 (ingezien via https://esb.nu/wp-content/uploads/2022/11/editie_pdfs_1983_0196_tcm445-251231.pdf).

¹⁸ Staatsblad 1969, 469.

valreep de wet toch nog gewijzigd werd. Op 23 december 1969 kwam er een invulling van de bepaling.¹⁹

“Indien het ontwerp van Wet op de vennootschapsbelasting 1960 kracht van wet verkrijgt, wordt het eerste lid van artikel 21 van die wet vervangen door:

1. De belasting bedraagt 46 percent van het belastbare bedrag of van het belastbare binnenlandse bedrag, dan wel, zo deze bedragen minder dan f 50 000 belopen, 43 percent daarvan, vermeerderd met 15 percent van het bedrag waarmee het belastbare bedrag of het belastbare binnenlandse bedrag f 40 000 te boven gaat.”

Duitsland kreeg per 1977 de eerste ingrijpende wijziging, toen het *Anrechnungsverfahren* – een verrekeningssysteem – werd ingevoerd.²⁰ Het tarief werd voortaan in principe (op enkele uitzonderingen na) 56% voor niet uitgekeerde winst en 36% voor uitgekeerde winst. In de inkomstenbelasting werd geregeld dat de vennootschapsbelasting een voorbelasting was die volledig verrekend kon worden met de inkomstenbelasting die naar het gebruikelijke progressieve tarief geheven werd (destijds: maximaal 56%). Hetzelfde gold voor de vennootschapsbelasting, zodat in plaats van een deelnemingsvrijstelling een volledige verrekening van de onderliggende vennootschapsbelasting werd toegepast. Het *Anrechnungsverfahren* gold niet voor buitenlands belastingplichtigen; voor hen bleef het klassieke stelsel met een deelnemingsvrijstelling gelden.

Zoals Cnossen in de jaren '80 in het kader van een verkenning schreef, vond men dit Duitse onderscheid tussen buitenlands en binnenlands belastingplichtigen destijds ook in Nederland machtig mooi:²¹

¹⁹ Staatsblad 1969, 549.

²⁰ Bundesgesetzblatt I 1976, p. 2597.

²¹ Cnossen, p. 645.

“Het verrekeningsstelsel verdient de voorkeur omdat buitenlandse aandeelhouders niet automatisch in de drukverlichting delen (zonder dat naheffing kan plaatsvinden).”

Zoals het HvJ EU tegenwoordig zou zeggen: Dit kan echt niet meer.

4. Jong volwassene

In 1977 was Hans inmiddels 21 jaar oud. De ooit zo gelijklopende Nederlandse en Duitse belastingstelsels hadden zich al redelijk verschillend ontwikkeld. In Nederland bleef het bij de relatief simpele deelnemingsvrijstelling en in Duitsland was men aan het ingewikkelde avontuur met het verrekeningsstelsel (Anrechnungsverfahren) begonnen.

Ik heb aan ChatGPT gevraagd waarom het Anrechnungsverfahren werd ingevoerd en kreeg te horen: *“Het Duitse "Anrechnungsverfahren" werd in 1977 ingevoerd om dubbele belastingheffing te voorkomen. Dit systeem verrekent buitenlandse belastingen met de binnenlandse belastingverplichtingen van Duitse belastingbetalers, waardoor ze niet dubbel worden belast over inkomsten verdiend in het buitenland.”* Mooi. Op de vervolgvraag in welke landen het systeem nog bestaat kreeg ik met volle overtuiging het volgende volstrekt foute antwoord gepresenteerd: *“Het Anrechnungsverfahren wordt momenteel nog steeds toegepast in verschillende landen, waaronder Duitsland zelf, en in sommige gevallen ook in andere landen met vergelijkbare belastingstelsels, zoals Oostenrijk en Zwitserland.”*²²

In de jaren daarna gebeurde er in Duitsland vrij weinig. De tarieven voor de vennootschapsbelasting werden uiteindelijk in stappen verlaagd naar 30% voor uitgekeerde winsten en 40% voor ingehouden winsten vanaf het jaar 1999.

In Nederland was het een ander verhaal. Hier was het tarief eerst nog tot 48% respectievelijk 45% gestegen in de periode 1976-1983²³, en vervolgens werd het tariefopstapje per 1984 afgeschaft in ruil voor een verlaging van

²² Link: <https://chat.openai.com/share/ebb76892-4e7c-4deb-9518-7f1e4e019719>.

²³ Stb. 1972, 694.

het algemene tarief naar 43%.²⁴ Het tarief daalde vervolgens nog iets naar 42% in 1986, en toen kwam er in 1988 iets nieuws: een “tariefafstapje” (dus een degressief tarief). Voor de eerste f 250.000 gold een tarief van 40% en voor het meerdere een tarief van 35%.²⁵ “*Trickle down economics*” was destijds overduidelijk in zwang.²⁶ Zes jaar later werd de regel alweer afgezwakt naar een tariefsafstapje van nog slechts f 100.000.²⁷ Toen volgde er in 1996 een verlaging van het tarief voor de eerste f 100.000 naar 37%²⁸, in 1997 naar 36%²⁹ en in 1998 was het dan zover: voor de hele winst gold het algemene tarief van 35%.³⁰

In 2000 ging het dan weer de andere kant op, want voor de eerste f 50.000 was er weer een tariefsopstapje met een lager tarief van 30%.³¹ *Trickle down* was klaar.

Opnieuw ChatGPT: “*De omslag in het denken over trickle-down economics begon in de late jaren '80 en de vroege jaren '90, na de kritiek op de groeiende ongelijkheid en beperkte voordelen. De financiële crisis van 2008 verscherpte het debat verder. Hedendaags economisch denken pleit voor een meer gebalanceerde aanpak, waarbij zowel de vraag- als de aanbodzijde van de economie worden gestimuleerd, en met aandacht voor sociale en ecologische overwegingen.*”³² Nederland hobbelde er dus vrolijk achteraan.

²⁴ Stb. 1984, 532.

²⁵ Stb. 1988, 458.

²⁶ Voor wie er meer over wil weten beveel ik het artikel van William Greider, *The Education of David Stockman*, The Atlantic, December 1981 aan.

²⁷ Stb. 1994, 498.

²⁸ Stb. 1995, 660.

²⁹ Stb. 1995, 660.

³⁰ Stb. 1995, 660.

³¹ Stb. 1999, 579.

³² Link: <https://chat.openai.com/share/88fd0183-c474-4327-bbdc-c885ca16cc0b>. Ter vergelijking de MvT over het nieuwe tariefsopstapje (*Kamerstukken II 1999-2000*, 26820, nr. 3, p. 18): “Bovendien kenmerkt het ondernemerspakket 21e eeuw zich door een zeker evenwicht tussen de maatregelen die vooral van belang zijn voor het grootbedrijf, zoals de verlaging van de kapitaalsbelasting, en

5. Middelbare leeftijd

Hans werd rond de eeuwwisseling 44 en zijn wilde jeugd was voorbij. Hij maakte toen de carrièrekeuzes voor de rest van zijn loopbaan. Er kwam meer rust. Hetzelfde gold voor de vennootschapsbelasting. Nederland en Duitsland groeiden weer meer naar elkaar toe. Duitsland schafte het Anrechnungsverfahren af³³ en omarmde opnieuw de deelnemingsvrijstelling voor alle belastingplichtigen, met name omdat men bang was voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).³⁴ Het nieuwe belastingtarief in de Duitse Körperschaftsteuer werd 25%. Dat bleef zo tot 2008, toen het tarief verlaagd werd naar 15%.³⁵ Toch bleef het effectieve tarief over Duitse winsten rond de 30%. Dat komt doordat Duitsland nog een andere winstbelasting kent, te weten de Gewerbesteuer. Deze is vanaf 2008 niet langer aftrekbaar voor doeleinden van de vennootschapsbelasting en kent eveneens een tarief dat de 15% benadert, ook al verschilt het exacte tarief per gemeente. Daarmee is de gecombineerde Duitse belastingdruk dus hoger dan de Nederlandse.

Ook Nederland bleef tot 2021/2022 de tarieven verlagen waarbij het tariefsopstapje in de wet is gebleven. In 2007 waren er zelfs even drie schijven,³⁶ maar vanaf 2008 zijn het er weer twee.³⁷ Het hogere tarief werd in 2011 25%³⁸ en bleef dat tot en met 2021, waarna het 25,8% werd per 2022³⁹ en dat is het vooralsnog gebleven. Het tarief in de lagere schijf

maatregelen die vooral gunstig zijn voor ondernemers van het midden- en kleinbedrijf.” ChatGPT is toch zo slecht nog niet...

³³ Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000 (BGBl 2000 I, p. 1433). En bedankt ChatGPT.

³⁴ Terecht, zoals blijkt uit de zaken HvJ EU i7 september 2004, C-319/02 (Manninen), ECLI:EU:C:2004:484, en HvJ EU 6 maart 2007, C-292/04 (Meilicke), ECLI:EU:C:2007:132.

³⁵ Bundesgesetzblatt 2007 I, p. 1912.

³⁶ Stb. 2006, 681.

³⁷ Stb. 2008, 565.

³⁸ Stb. 2010, 872.

³⁹ Stb. 2021, 651.

bereikte zijn laagste punt in 2021 met 15% voor de eerste € 245.000.⁴⁰ Dat bedrag werd in 2022 nog opgetrokken naar € 295.000,⁴¹ maar vanaf 2023 ging het tariefopstapje nog slechts gelden voor de eerste € 200.000 en werd het verhoogd naar 19%.⁴²

Ik vroeg aan ChatGPT wat het optimale tarief voor de vennootschapsbelasting is. Na vrij lang nadenken en het verzoek om een beknopt antwoord kwam dit: *“Het optimale tarief voor de vennootschapsbelasting varieert per land, maar een gemiddeld tarief van rond de 25% wordt vaak als redelijk beschouwd. Dit tarief biedt een balans tussen het stimuleren van economische groei en het genereren van voldoende belastinginkomsten voor de overheid.”* Dat is in zoverre interessant omdat het hoger is dan de minimumbelasting van 15%,⁴³ maar duidelijk minder dan de tarieven die gehanteerd werden medio vorige eeuw. Het – althans volgens ChatGPT – best uitgebalanceerde belastingtarief werd dus bereikt toen Hans zich in zijn middelbare leeftijd bevond. In Duitsland ging daar een *“midlife crisis”* – de afschaffing van het Anrechnungsverfahren – aan vooraf, in Nederland was de ontwikkeling stabiel.

6. Pensioengerechtigde leeftijd

Hans heeft inmiddels zijn pensioengerechtigde leeftijd bereikt. De vennootschapsbelasting is er nog steeds en de Duitse Körperschaftsteuer ook. Er heeft wel een wisseling van de wacht plaatsgevonden wat betreft de subjectieve belastingplicht. Waar commanditaire vennootschappen in Nederland tot op heden – afhankelijk van de bepalingen in de samenwerkingsovereenkomst – belastingplichtig konden zijn voor de

⁴⁰ Stb. 2020, 540.

⁴¹ Stb. 2021, 651.

⁴² Stb. 2022, 532.

⁴³ Wet Minimumbelasting, Stb. 2023, 510. In Duitsland heeft dit de mooie naam “Mindestbesteuerungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – MinBestRL-UmsG”, zie Bundesgesetzblatt I 2023, nr. 397.

vennootschapsbelasting, is dat vanaf komend jaar niet langer het geval.⁴⁴ De reden hiervoor staat in de MvT bij het wetsvoorstel:⁴⁵

“Uit de praktijk blijkt dat de kwalificatie door Nederland van de cv internationaal gezien uit de pas loopt. Door toepassing van het toestemmingsvereiste worden bepaalde buitenlandse lichamen voor Nederlandse fiscale doeleinden als niet-transparant (zelfstandig belastingplichtig) aangemerkt, terwijl deze buitenlandse lichamen in hun vestigingsstaat voor fiscale doeleinden als transparant worden behandeld.”

Men wilde bovendien met name hybride mismatches tegengaan.⁴⁶

Anders is dat in Duitsland: daar waren personenvennootschappen nooit subjectief belastingplichtig, tot er in 2023 een optieregeling is ingevoerd die het voor bepaalde personenvennootschappen mogelijk maakte om wel als belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting behandeld te worden. De reden hiervoor was met name om rechtsvormneutraliteit tussen de verschillende vennootschapsvormen te bereiken en bovendien het feit dat de specifieke Duitse regelingen voor de belasting van personenvennootschappen internationaal vrij onbekend zijn.⁴⁷ Dus ook Duitsland wilde internationaal niet uit de pas lopen, maar niet uit angst voor hybride mismatches, maar juist omdat men de internationaal beter bekende regels van de vennootschapsbelasting breder wilde kunnen toepassen. Duitsland en Nederland maken dus soms volstrekt verschillende keuzes.

Maar wat is nu beter? Weer vroeg ik het aan ChatGPT. Het antwoord is: *“Voor de Duitse staat kan behandeling als belastingsubject gunstig zijn vanwege de hogere vennootschapsbelastingtarieven en mogelijke belastinginkomsten. Nederland kan de voorkeur geven aan transparantie, omdat dit individuele belastingbetalingen stimuleert en administratieve*

⁴⁴ Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, Stb. 2023, 508.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2023–2024, 36 425, nr. 3, p. 12.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/28656 v. 19 april 2021, p. 1.

lasten voor de overheid vermindert. Maar dit vereist diepgaand fiscaal en juridisch onderzoek.”⁴⁸ Die laatste zin onderschrijf ik. ChatGPT kent soms zijn grenzen dus wel.

7. Toekomst

Hans is nu met pensioen, dus hij hoeft zich er niet meer druk over te maken. Ik heb nog wel beloofd om aan het eind van dit artikel een uitspraak te doen over de toekomst van de vennootschapsbelasting in Duitsland en Nederland, en die van Hans.

Dus eerst een vraag aan ChatGPT over de toekomst van de vennootschapsbelasting. ChatGPT vindt het volgende:

Voor Nederland:⁴⁹

“Op basis van recente politieke discussies en trends in Nederland, waarbij er een streven is naar het verbeteren van het investeringsklimaat en het aantrekken van buitenlandse investeringen, zou het vennootschapsbelastingtarief kunnen worden verlaagd. Een mogelijke schatting zou een geleidelijke daling kunnen zijn van het huidige tarief van 25% naar ergens tussen de 20% en 23% binnen de komende 5 tot 10 jaar.”

Voor Duitsland:⁵⁰

“In Duitsland is er de afgelopen jaren ook gesproken over belastinghervormingen, zij het met een meer behoudende benadering dan sommige andere landen in Europa. Het huidige vennootschapsbelastingtarief in Duitsland bedraagt 15% voor de federale belasting en gemiddeld ongeveer 30% inclusief de lokale belastingen. Een mogelijke schatting zou een lichte daling kunnen zijn van het federale tarief, misschien naar 12% tot 14%, binnen de komende 5 tot 10 jaar.”

⁴⁸ Link: <https://chat.openai.com/share/94045c9f-2803-41ee-915a-9e3e02a55e6d>

⁴⁹ Link: <https://chat.openai.com/share/8ce217c0-b66d-444b-883f-cbdd95dcf461>.

⁵⁰ Idem.

Volgens ChatGPT zullen de tarieven dus in beide landen dalen. Daar ben ik het niet mee eens. Mijn inschatting: door het spanningsveld tussen ongelijkheid en stijgende behoefte naar inkomsten aan de ene kant en de wens om het vestigingsklimaat niet al te zeer te schaden, blijft alles voorlopig in balans. De tarieven blijven licht schommelen, maar zullen in beide landen niet veel bewegen de komende jaren.

De deelnemingsvrijstelling is een blijvertje. Een verrekeningssysteem zoals het Duitse van eind vorige eeuw is vanuit de logica bezien ontzettend mooi, maar ook te complex om praktisch te zijn. Mijn voorspelling is: het vennootschapsbelastingssysteem zal in de toekomst vooral robuuster worden om misbruik tegen te gaan. Misschien dat de Verenigde Naties in een verre toekomst een wereldbelastingssysteem introduceren. En dan is wat mij betreft het moment gekomen voor een verrekeningssysteem.

Ik waag me nog wel aan enige andere voorspellingen: Over 20 jaar schaft Duitsland de optieregeling voor personenvennootschappen af met de redenering die Nederland nu heeft gebruikt en Nederland voert juist de open CV weer in, leunend op het huidige Duitse argument van de rechtsvormneutraliteit. De drang naar hervorming en het verlangen om de bekende weg te bewandelen zullen elkaar dus in balans houden.

En Hans? Hij zal – dat is mijn voorspelling – ook in de toekomst een discussie over de vennootschapsbelasting tijdens een diner zeker niet uit de weg gaan!

GAAT DE LEER VAN DE DEFINITIEVE VERLIEZEN MET HET ARREST W AG DEFINITIEF VERLOREN?

Prof.mr.dr. Harm van den Broek¹

1. Woord vooraf

Hans ontmoette ik voor het eerst tijdens een van de jaarlijkse internationale congressen die de European Association of Tax Law Professors (EATLP) jaarlijks begin juni organiseert, afwisselend in een van de prachtige steden van ons mooie Europa. Ik was toen al wel in aanraking gekomen met zijn fiscale gedachtegoed via zijn proefschrift uit 1997 getiteld ‘Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting’², dat ik met bijzonder veel plezier en tot groot nut heb gelezen toen ik nog als belastingadviseur werkte in een praktijk die veel Nederlanders van fiscaal advies voorzag. De EATLP ontmoetingen werden een vaste traditie om met Hans het glas te heffen en bij te praten over fiscaliteit en andere zaken. Gezien deze Europees georiënteerde omlijsting wil ik in deze bijdrage ter ere van Hans graag ingaan op een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU): het arrest W AG³ inzake de leer van de definitieve verliezen bij grensoverschrijdende ondernemingen.

2. Inleiding

Op 22 september 2022 introduceerde het HvJ EU een nieuwe uitzondering op de door haar ontwikkelde leer van de definitieve verliezen. Op grond van deze doctrine, die is ontstaan binnen het kader van de vrijheid van vestiging, is het ondernemers onder omstandigheden toegestaan om

¹ Harm van den Broek is werkzaam als hoogleraar belastingrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

² J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

³ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717.

zogenoemde definitieve verliezen van in andere EU lidstaten gevestigde dochtermaatschappijen of vaste inrichtingen in aftrek te brengen op de belastbare winst in de lidstaat waarin de moedermaatschappij c.q. het hoofdhuis is gevestigd. Als hoofdregel hoeft een EU lidstaat dergelijke verliezen afkomstig uit een ander land niet in aftrek toe te laten mits die lidstaat symmetrisch handelt door buitenlandse winsten van deze vestigingen evenmin aan belastingheffing te onderwerpen.⁴ Op grond van de leer van de definitieve verliezen dienen EU lidstaten buitenlandse verliezen echter toch in aftrek toe te laten indien deze definitieve verliezen in het buitenland niet meer kunnen worden verrekend en evenmin aan derden kunnen worden overgedragen althans door derden kunnen worden verrekend. Dit wordt door sommigen ook wel het ‘altijd-ergens-beginsel’ genoemd.⁵ De leer van de definitieve verliezen is in de praktijk vooral ontwikkeld in gevallen waarin buitenlandse verlieslijdende dochtermaatschappijen of vaste inrichtingen werden geliquideerd.

Daarmee vormt de leer van de definitieve verliezen dus een uitzondering op de hoofdregel. In het arrest W AG formuleerde het HvJ EU een uitzondering op de uitzondering: indien op grond van een bilateraal belastingverdrag tussen twee lidstaten zowel buitenlandse vaste-inrichtingswinsten als buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen worden vrijgesteld van belastingheffing, hoeft de lidstaat van het hoofdhuis definitieve verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen niet in aftrek toe te laten.

Het arrest in de zaak W AG is in de fiscale literatuur met veel verbazing en met weinig begrip ontvangen. Zo schrijft prof. Daniël Smit in zijn BNB-noot bij deze uitspraak dat hij niet weet wat hij van dit arrest moet denken: “geen van deze verklaringen is sluitend en uiteindelijk kom ik niet veel

⁴ Voor resultaten van buitenlandse dochtermaatschappijen volgt dit uit HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763, punten 43 en 51; voor buitenlandse vaste inrichtingen volgt dit uit HvJ EU 12 juni 2018, C-650/16 (Bevola en Jens W. Trock), ECLI:EU:C:2018:424, punt 56.

⁵ P.J. Wattel, annotatie bij HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), [ECLI:EU:C:2005:763](#), [BNB 2006/72](#).

verder dan: “ik heb eigenlijk geen flauw idee”.⁶ In deze bijdrage onderzoek ik de vraag in hoeverre de uitspraak van het HvJ EU in de zaak W AG consistent is met haar eerdere rechtspraak met betrekking tot definitieve verliezen van vaste inrichtingen. Daartoe vergelijk ik in deze bijdrage het arrest W AG met de arresten Lidl Belgium⁷, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee⁸ en Timac Agro⁹. Ik heb om meerdere redenen voor een vergelijking met deze arresten gekozen. Ik heb gekozen voor Lidl Belgium, omdat dit het eerste arrest was waarin het HvJ EU het leerstuk van de definitieve verliezen toepaste op buitenlandse vaste inrichtingen, nadat dit leerstuk in het leven was geroepen in de zaak Marks & Spencer ten aanzien van verliezen van buitenlandse dochtermaatschappijen. Ook Timac Agro en Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee zagen op (vermeende) definitieve vaste-inrichtingsverliezen. De tweede reden om te kiezen voor deze drie arresten is dat alle vier de zaken - W AG, Lidl Belgium, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee en Timac Agro - de toepassing van het Duitse belastingrecht betreffen in situaties van een Duits hoofdhuis met een vaste inrichting in een andere EU of EER lidstaat. Voor zover het arrest W AG niet consistent is met eerdere jurisprudentie probeer ik hiervoor een verklaring te geven.

3. Het arrest Marks & Spencer

Het HvJ EU introduceerde de leer van de definitieve verliezen in 2005 in de zaak Marks & Spencer.¹⁰ Zoals bekend mag worden verondersteld, betrof deze zaak een Britse groep vennootschappen die dochtervennootschappen had opgericht in enkele lidstaten op het Europese vaste land: België, Duitsland en Frankrijk. Nadat diverse dochtervennootschappen jaren achtereen verliezen hadden geleden besloot de Britse concernleiding om de buitenlandse vennootschappen te verkopen of hun activiteiten te

⁶ D. Smit, annotatie bij HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, *BNB* 2023/39c.

⁷ HvJ EU 15 mei 2008, C-414/06 (Lidl Belgium), ECLI:EU:C:2008:278.

⁸ HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07 (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee), ECLI:EU:C:2008:588.

⁹ HvJ EU 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro), ECLI:EU:C:2015:829.

¹⁰ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763.

stoppen¹¹, en zo geschiedde. Indien deze verlieslatende vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk gevestigd zouden zijn geweest, hadden ieder jaar hun verliezen op grond van de Britse group relief regeling overgedragen kunnen worden aan andere Britse groepsmaatschappijen. Voor verliesoverdracht was echter vereist dat de dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, en dit riep de vraag op of de onmogelijkheid van grensoverschrijdende verliesoverdracht in strijd was met de vrijheid van vestiging. Het HvJ EU oordeelde daarbij dat een dergelijke beperking van grensoverschrijdende verliesverrekening als hoofdregeling gerechtvaardigd was op drie samenhangende gronden: (i) de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, (ii) het risico op dubbele verliesverrekening en (iii) het gevaar van belastingontwijking.¹²

Toch was het HvJ EU van oordeel dat de onmogelijkheid van verliesoverdracht in Marks & Spencer verder ging dan nodig was om deze gerechtvaardigde doelstellingen te bereiken indien – kort gezegd – a) de buitenlandse dochtermaatschappij de mogelijkheden voor verliesverrekening in haar vestigingsstaat heeft uitgeput voor het betreffende en eerdere belastingjaren, bijvoorbeeld via overdracht aan een derde of door achterwaartse verliesverrekening; én b) dit verlies ook in de toekomst niet kan worden verrekend in de vestigingsstaat door de dochtervennootschap of door een derde.¹³ Dit betekende dat indien de moedermaatschappij kon aantonen dat de mogelijkheden voor verliesverrekening waren uitgeput, zij de verliezen van haar buitenlandse dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk kon verrekenen.

In het licht van het arrest W AG is interessant te bezien wat het HvJ EU in rechtsoverweging 6 van het arrest Marks & Spencer opmerkt over de destijds toepasselijke bilaterale belastingverdragen:

“Krachtens de belastingverdragen die het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland onder meer met het

¹¹ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763, punt 21.

¹² HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763, punten 43 en 51.

¹³ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763, punten 43 en 55.

Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek heeft gesloten, zijn de buitenlandse dochtervennootschappen van ingezeten vennootschappen als niet-ingezeten vennootschappen alleen voor de handelsactiviteiten die in deze lidstaat worden uitgeoefend via een vaste inrichting in de zin van deze verdragen, onderworpen aan de vennootschapsbelasting in het Verenigd Koninkrijk.”

Dat het Verenigd Koninkrijk op grond van de toepasselijke belastingverdragen niet bevoegd is om belasting te heffen over winsten van niet-ingezeten vennootschappen die geen vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk hebben, zal niemand verrassen. Dit is volledig in overeenstemming met de hoofdregel van art. 7 OESO Model Verdrag. Toch vormt deze bilaterale bevoegdheidsverdeling in het arrest Marks & Spencer geen beletsel om te oordelen dat het Verenigd Koninkrijk de definitieve verliezen van buitenlandse dochtermaatschappijen in aftrek moet toelaten.

In latere jurisprudentie oordeelde het HvJ EU dat de leer van de definitieve verliezen mutatis mutandis ook geldt voor verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen. Als hoofdregel geldt ook bij vaste inrichtingen dat een symmetrische behandeling dient plaats te vinden, waarbij vaste-inrichtingsverliezen niet in het land van het hoofdhuis in aftrek toegelaten hoeven worden indien vaste-inrichtingswinsten op grond van een vrijstellingssysteem niet worden belast bij het hoofdhuis (aldus Lidl Belgium, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee, etc). Daar staat tegenover dat lidstaten die buitenlandse vaste-inrichtingswinsten wel in de heffing betrekken door middel van een verrekeningssysteem, op spiegelbeeldige wijze evenzeer verplicht zijn om vaste-inrichtingsverliezen in aftrek toe te laten (aldus Nordea Bank¹⁴). Echter, zelfs onder een vrijstellingssysteem kan de EU lidstaat van een hoofdhuis bij wijze van uitzondering tóch verplicht zijn om vaste-inrichtingsverliezen in aftrek toe te laten indien sprake is van definitieve vaste-inrichtingsverliezen, aldus het HvJ EU in onder meer Lidl Belgium.

¹⁴ HvJ EU 17 juli 2014, C-48/13 (Nordea Bank), ECLI:EU:C:2014:2087.

4. Het arrest W AG

4.1 De feiten en het Duitse recht

Zoals gezegd formuleert de Vierde Kamer van het HvJ EU in het arrest W AG voor vaste-inrichtingsverliezen een uitzondering op de leer van de definitieve verliezen. Op grond van deze uitzondering hoeven definitieve vaste-inrichtingsverliezen die zijn vrijgesteld op grond van een bilateraal belastingverdrag, tóch niet in aftrek te worden toegelaten bij het hoofdhuis.

Het arrest W AG betrof een bank die zetelde in Duitsland en een vaste inrichting aanhield in het Verenigd Koninkrijk. Dit filiaal werd in 2004 opgericht en produceerde tot aan haar sluiting in 2007 alleen maar verliezen. Op grond van § 1, leden 1 en 2 van het Duitse Körperschaftsteuergesetz (hierna: KStG), waren vennootschappen die hun plaats van leiding of hun zetel in Duitsland hebben “voor al hun inkomsten aan de vennootschapsbelasting onderworpen”.¹⁵ Bij lezing van het arrest is op het eerste gezicht niet meteen duidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Hiermee zou kunnen worden bedoeld dat W AG wordt geacht met haar gehele vermogen een onderneming te drijven, zoals dit onder art. 2, lid 6 Wet Vpb 1969 ook geldt voor in Nederland gevestigde vennootschappen. De bepaling van § 1, leden 1 en 2 KStG zou echter ook kunnen betekenen dat Duitse vennootschappen in Duitsland in de jaren 2004-2007 belastingplichtig waren over hun wereldwinst, inclusief de winsten van hun in het buitenland aangehouden vaste inrichtingen. De conclusie van A-G Collins biedt hierover geen uitsluitel.¹⁶

Op grond van de Duitse wettekst voor de betreffende jaren concludeer ik dat beide interpretaties juist zijn: Duitse vennootschappen worden geacht met hun hele vermogen een onderneming te drijven én zij zijn belastingplichtig over hun wereldwinsten, inclusief de winsten afkomstig uit buitenlandse vaste inrichtingen. Dat Duitsland naar nationaal recht ook

¹⁵ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, punt 16.

¹⁶ A-G Collins bij HvJ EU 3 maart 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:184.

heft over winsten uit buitenlandse vaste inrichtingen¹⁷ valt ook af te leiden uit de uitspraak van het Finanzgericht Hessen. In de nationale procedure die voorafgaat aan de zaak W AG geeft dit Finanzgericht aan dat bij de Körperschaftsteuer, in tegenstelling tot de Gewerbesteuer, de vrijstelling van vaste inrichtingsresultaten *slechts* voortvloeit uit het toepasselijke bilaterale belastingverdrag:¹⁸

“Mit der Schließung der Betriebsstätte fällt aber die Gefahr der doppelten Verlustnutzung weg und die Ungleichbehandlung durch die gewerbesteuerrechtlich bereits unilateral bestehende Freistellungsmethode kommt im gleichen Maßen wie die körperschaftsteuerrechtlich sich "nur" aus dem Abkommensrecht ergebende Freistellungsmethode dauerhaft zum Tragen.”

Dat de verliezen uit de Britse vaste inrichting niet eerder in aanmerking waren genomen bij het vaststellen van de in Duitsland belastbare winst van W AG, was derhalve uitsluitend te wijten aan het toepasselijke belastingverdrag van 1964 tussen Duitsland en het Verenigd Koninkrijk dat dergelijke resultaten vrijstelde.

4.2 Het toepasselijke Duits-Britse belastingverdrag

In de zaak W AG werd de bevoegdheid tot belastingheffing over de resultaten van de Britse vaste inrichting op grond van het Duits-Britse belastingverdrag geheel conform het OESO Modelverdrag aan het Verenigd Koninkrijk toegekend. Het voorkomingsartikel uit het bilaterale verdrag bepaalde daarbij het volgende:

“Voor een ingezetene van de Bondsrepubliek wordt de belasting als volgt vastgesteld:

¹⁷ Indien een Duitse vennootschap in die jaren beschikte over een vaste inrichting in een staat waarmee géén bilateraal belastingverdrag is afgesloten, leidde dit logischerwijze tot dubbele belasting over de vaste-inrichtingswinst, tenzij Duitsland op grond van een eenzijdige regeling verrekening zou verlenen voor de betreffende buitenlandse winstbelasting.

¹⁸ Hessisches Finanzgericht 4. Senat, 4 september 2018, 4 K 385/17, ECLI:DE:FGHE:2018:0904.4K385.17.00, p. 6. Te vinden op <https://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/perma?d=LARE190001817> (benaderd: 13 maart 2024).

a) alle inkomsten uit bronnen in het Verenigd Koninkrijk en alle in het Verenigd Koninkrijk gelegen vermogensbestanddelen die op grond van dit verdrag in het Verenigd Koninkrijk kunnen worden belast, *worden van de heffingsgrondslag van de belasting in de Bondsrepubliek uitgesloten*. De in artikel VIII, lid 1, genoemde winsten worden enkel uitgesloten indien zij in het Verenigd Koninkrijk aan belasting onderworpen zijn. Duitsland behoudt evenwel het recht om de aldus uitgesloten inkomsten en vermogensbestanddelen *in aanmerking te nemen bij de vaststelling van het belastingtarief*.”¹⁹

Het feit dat vaste-inrichtingswinsten volgens het belastingverdrag van de Duitse belastinggrondslag worden ‘uitgesloten’ roept de vraag op wat voor voorkomingsmethode het hier betreft. Wellicht zou gedacht kunnen worden dat het hier een soort ‘objectvrijstelling’ betreft, die niet overeenkomt met de uit het OESO Modelverdrag bekende vrijstellings- of verrekeningsmethode. Naar mijn mening is dat niet het geval en is hier sprake van een regulier vrijstellingssysteem met progressievoorbehoud.

Nederland hanteerde vóór de introductie van de objectvrijstelling in art. 15e Wet VPB 1969 in 2012 een vrijstellingssysteem waarbij vaste-inrichtingsverliezen in aftrek konden worden gebracht onder de voorwaarde van een inhaalregeling.²⁰ Dat wil echter niet zeggen dat dit onder het OESO Modelverdrag de norm is of een voorwaarde om te kunnen spreken van een vrijstellingssysteem. Ook de volledige ‘uitsluiting’ van vaste-inrichtingsresultaten die voortvloeit uit het Duits-Britse verdrag valt aan te merken als een vrijstellingssysteem. Zowel A-G Collins²¹ als het Hessische Finanzgericht²² hanteren uitdrukkelijk de term ‘vrijstellingsmethode’ c.q. ‘Freistellung[s]methode’. Uit het tweede cursief

¹⁹ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, punten 5-6. Cursivering HvdB.

²⁰ Nederland had die vrijstellingsregeling met verliesaftrek en inhaalregeling ontleend aan het voorheen geldende Duitse belastingrecht, zoals weergegeven in onder meer het arrest HvJ EU 23 oktober 2008 (Krankenheim Ruhesitz am Wannsee), C-157/07, ECLI:EU:C:2008:588.

²¹ A-G Collins bij HvJ EU 3 maart 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:184, punten 23, 29 en 38.

²² Hessisches Finanzgericht 4. Senat, 4 september 2018, 4 K 385/17, ECLI:DE:FGHE:2018:0904.4K385.17.00, p. 2 en 7.

weergegeven zinsdeel van de hierboven geciteerde verdragsbepaling volgt bovendien dat sprake is van de methode van vrijstelling met progressievoorbehoud. Het betreft hier dus een gebruikelijke verdragsbepaling waarin lidstaten definitief afzien van belastingheffing over buitenlandse vaste-inrichtingswinsten. Daarmee is in het arrest W AG geen sprake van een uitzonderlijk toepasselijk belastingverdrag en heeft het naar mijn oordeel ook gevolgen voor de toepassing van Nederlandse belastingverdragen in geval van buitenlandse definitieve verliezen.

4.3 Het oordeel van het HvJ EU

De uitspraak van het HvJ EU is even kort als het kort door de bocht is. Het HvJ EU begint met de constatering dat, wat betreft de maatregelen van een lidstaat ter voorkoming of beperking van dubbele belastingheffing, vennootschappen met een vaste inrichting in een andere lidstaat in beginsel niet vergelijkbaar zijn met vennootschappen met een ingezeten vaste inrichting.²³ Dit is inderdaad de hoofdregel uit Lidl Belgium, die het land van het hoofdhuis niet verplicht tot verrekening van vaste-inrichtingsverliezen als buitenlandse reguliere vaste-inrichtingswinsten worden vrijgesteld (symmetrische behandeling).

Binnenlandse en buitenlandse vaste inrichtingen zijn volgens het HvJ EU echter wel vergelijkbaar wanneer nationale belastingwetgeving binnenlandse en buitenlandse inrichtingen gelijkstelt voor het in aanmerking nemen van de door die inrichtingen geleden verliezen en behaalde winsten.²⁴ Dit verwijst naar een systeem van heffing over de volledige wereldwinst met verrekening. Ook dit lijkt mij een logische symmetrische behandeling bij heffing over buitenlandse winsten én verliezen die volgt uit onder meer Nordea Bank. Ook deze constatering betreft gewone jaarlijkse winsten en verliezen.

Vervolgens oordeelt het HvJ EU dat onder meer uit het arrest Bevola en Jens W Trock²⁵ volgt dat indien een lidstaat naar nationaal recht (en dus

²³ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, punt 20.

²⁴ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, punt 21.

²⁵ HvJ EU 12 juni 2018, C-650/16 (Bevola en Jens W. Trock), ECLI:EU:C:2018:424.

niet op grond van een bilateraal belastingverdrag) een systeem van vrijstelling van vaste-inrichtingsresultaten hanteert, er in geval van definitieve vaste-inrichtingsverliezen geen verschil bestaat met de situatie van een binnenlandse vaste inrichting.²⁶ Dit volgt naar mijn mening inderdaad ook al uit Lidl Belgium en heeft tot gevolg dat definitieve verliezen in dat geval in aftrek moeten worden toegelaten in het land van het hoofdhuus.

Na deze bekende en in dit opzicht consistente jurisprudentie, tovert het HvJ EU vervolgens het konijn uit de hoge hoed:

“22. Wanneer de lidstaat van vestiging van een vennootschap op grond van een dubbelbelastingverdrag afstand heeft gedaan van zijn bevoegdheid om belasting te heffen over de resultaten van de niet-ingezeten, in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van deze vennootschap, is de situatie van een ingezeten vennootschap met een dergelijke vaste inrichting vanuit het oogpunt van de maatregelen die eerstgenoemde lidstaat heeft vastgesteld om dubbele belasting van winsten en – mutatis mutandis – dubbele aftrek van verliezen bij ingezeten vennootschappen te voorkomen of te beperken, daarentegen niet vergelijkbaar met de situatie van een ingezeten vennootschap die beschikt over een ingezeten vaste inrichting (zie in die zin arrest van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, punt 65).

(...)

27. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland op grond van een dubbelbelastingverdrag afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid om belasting te heffen over de winsten die worden behaald en de verliezen die worden geleden door een dergelijke in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, verkeert een ingezeten vennootschap met een dergelijke inrichting vanuit het oogpunt van de doelstelling om het dubbel belasten van winsten en – mutatis mutandis – het dubbel in aanmerking nemen van

²⁶ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, punten 24-25.

verliezen te voorkomen of te beperken niet in een situatie die vergelijkbaar is met de situatie van een ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in Duitsland.”

Op grond van deze overwegingen komt het HvJ EU tot het eindoordeel dat de vrijheid van vestiging zich niet verzet tegen een belastingregeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap de definitieve verliezen van haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet van haar belastbare winst mag aftrekken wanneer de lidstaat van vestiging op grond van een dubbelbelastingverdrag afstand heeft gedaan van zijn bevoegdheid om belasting te heffen over de resultaten van die vaste inrichting.²⁷

4.4 Een eerste analyse

Wat het HvJ EU oordeelt in rechtsoverweging 22 voegt weinig toe. Dat een vennootschap met een binnenlands filiaal niet vergelijkbaar is met een vennootschap met een buitenlands filiaal indien een buitenlands filiaal wordt vrijgesteld in de lidstaat van het hoofdhuis, volgde immers al lang uit Lidl Belgium. Dat dit niet alleen geldt als de vrijstelling plaatsvindt op grond van nationaal belastingrecht, maar ook op grond van een bilateraal verdrag wekt geen verbazing.

Opmerkelijk is echter de stap die het HvJ EU zet in rechtsoverweging 27 en de conclusie die het HvJ EU daaruit trekt in rechtsoverweging 29 ten aanzien van definitieve verliezen. Indien dubbele belastingheffing wordt voorkomen door een vrijstellingssysteem oordeelt het HvJ EU, zowel wanneer dit is gebaseerd op nationaal recht (Lidl Belgium) als wanneer dit is gebaseerd op een bilateraal belastingverdrag, dat het hebben van binnenlandse en buitenlandse vestigingen niet vergelijkbaar is. Uitsluitend indien dit vrijstellingssysteem is gebaseerd op een bilateraal belastingverdrag trekt het HvJ EU hieruit de conclusie dat er geen verrekening van definitieve verliezen hoeft te worden verleend. Wanneer dit is gebaseerd op nationale wetgeving moet immers wel verrekening van definitieve verliezen worden verleend (Lidl Belgium).

²⁷ HvJ EU 22 september 2022, C-538/20 (W AG), ECLI:EU:C:2022:717, punt 29.

De crux van dit arrest ligt in rechtsoverweging 25, waarin het HvJ EU de zaak W AG vergelijkt met de Deense zaak Bevola en Jens W. Trock,²⁸ waarin niet een belastingverdrag, maar het nationale belastingrecht voorzag in een vrijstellingssysteem:

“De lidstaat in kwestie had namelijk eenzijdig besloten om – tenzij de betrokken vennootschap had gekozen voor een stelsel van internationale gezamenlijke aanslag – de behaalde winsten en de geleden verliezen van niet-ingezeten vaste inrichtingen van ingezeten vennootschappen niet in aanmerking te nemen ofschoon hij daartoe bevoegd was, zodat dit een andere situatie was.”

Het HvJ EU geeft hiermee aan dat een vrijstellingssysteem dat is gebaseerd op nationaal recht een andere situatie is dan een vrijstellingssysteem gebaseerd op een bilateraal verdrag. Daar hoeft fiscaal dan ook niet hetzelfde gehandeld te worden. Het HvJ EU baseert dit oordeel in W AG op de veronderstelling dat onder het bilaterale verdrag in dit geding Duitsland ook niet meer de *bevoegdheid* heeft om buitenlandse vaste-inrichtingsresultaten in aanmerking te nemen.

De verklaring die het HvJ EU zelf geeft voor het verschil in behandeling is haar veronderstelling dat Duitsland in de zaak W AG op grond van het toepasselijke belastingverdrag niet langer *bevoegd* zou zijn om vaste-inrichtingsverliezen in aftrek toe te laten. Naar mijn mening is die veronderstelling onjuist. Volgens die discutabele veronderstelling van het HvJ EU zou het dus in strijd zijn met internationaal belastingrecht om de Britse definitieve verliezen in Duitsland in aftrek toe te laten. Wellicht is het HvJ EU beducht om inbreuk te maken op het internationale belastingrecht. Dat deze veronderstelling echter onjuist is volgt onder meer uit de in paragraaf 5 nog te bespreken arresten Lidl Belgium, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee en Timac Agro. Hoe het ook zij, het HvJ EU acht het kennelijk een principieel verschil of buitenlandse verliezen zijn vrijgesteld op grond van nationale wetgeving of op grond van een bilateraal belastingverdrag.

²⁸ HvJ EU 12 juni 2018, C-650/16 (Bevola en Jens W. Trock), ECLI:EU:C:2018:424.

4.5 W AG en definitieve verliezen van buitenlandse dochtermaatschappijen

Het arrest W AG roept hiernaast ook de vraag op of definitieve verliezen van buitenlandse dochtermaatschappijen van aftrek moeten worden uitgesloten indien de lidstaat van de moedermaatschappij op basis van een bilateraal belastingverdrag heeft afgezien van heffing over de winsten van de buitenlandse dochtermaatschappij. Naar nationaal recht zal de lidstaat van de moedermaatschappij de buitenlandse dochtermaatschappij als uitgangspunt niet aan belastingheffing onderwerpen. Zoals ook duidelijk naar voren kwam in de eerder besproken zaak Marks & Spencer en zoals volgt uit art. 7 OESO Modelverdrag staan internationale belastingverdragen niet toe dat het land van vestiging van de moedermaatschappij belasting heft over de winsten van de niet-ingezeten dochtermaatschappijen. Lidstaten geven die bevoegdheid op onder zowel bilaterale verdragen die een vrijstellingssysteem hanteren als verdragen die een verrekeningssysteem hanteren.²⁹ Mutatis mutandis zou het arrest W AG dus ook met zich brengen dat de lidstaat van een moedermaatschappij niet meer verplicht is om definitieve verliezen van buitenlandse dochtermaatschappijen in aanmerking te nemen. Het arrest W AG zet daarmee een streep door het Marks & Spencer-arrest.

5. De toepasselijke belastingverdragen in andere arresten

In paragraaf 5 onderzoek ik de aard van de toepasselijke bilaterale belastingverdragen in drie andere arresten over het Duitse belastingstelsel en de vraag wat die verdragen betekenden in het oordeel van het HvJ EU over de aftrekbaarheid van definitieve vaste-inrichtingsverliezen.

5.1 Lidl Belgium

Het arrest Lidl Belgium betrof de situatie van een in Duitsland gevestigde vennootschap met een in 1999 verlieslatende Luxemburgse vaste

²⁹ De lidstaat van de moedermaatschappij is op grond van art. 7, lid 1 OESO Model Verdrag alleen nog bevoegd om belasting te heffen over eventuele aldaar aanwezige vaste inrichtingen van de dochtermaatschappij.

inrichting. Het Duits-Luxemburgse belastingverdrag bepaalde daarbij zoals gebruikelijk dat de lidstaat van de vaste inrichting haar resultaten mocht belasten, en kende daarbij voor het land van het hoofdhuis een vrijstellingssysteem voor buitenlandse vaste-inrichtingsresultaten.³⁰ Artikel 20, lid 2 van het verdrag bepaalde:

“De inkomsten en vermogensbestanddelen die overeenkomstig de vorige artikelen door de andere staat mogen worden belast, zijn uitgesloten van de belastinggrondslag van de woonstaat, tenzij lid 3 van toepassing is. [...]”

Ook in dit door Duitsland gesloten verdrag werd het vrijstellingssysteem geformuleerd als een systeem waarbij buitenlandse resultaten in het land van het hoofdhuis worden “uitgesloten van de belastinggrondslag”. Op grond van deze verdragsbepaling weigerde de Duitse belastingdienst ook om de buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen in aftrek toe te laten.³¹

“Het Finanzamt weigerde de aftrek van dit verlies en beriep zich daarbij met name op de vrijstelling van de inkomsten van deze vaste inrichting krachtens de bepalingen van de overeenkomst.”

De formulering van “uitsluiting van de belastinggrondslag” is dus kennelijk een gebruikelijke Duitse formulering in belastingverdragen om de vrijstellingsmethode aan te duiden. Als hoofdregel acht het HvJ EU het gerechtvaardigd dat vaste-inrichtingsverliezen niet in aftrek hoeven te worden toegelaten nu ook vaste-inrichtingswinsten worden vrijgesteld (symmetrische behandeling). Lidl Belgium beriep zich echter op de leer van de definitieve verliezen uit Marks & Spencer. Het HvJ EU wees dit beroep op feitelijke gronden echter af:

“51. Lidl Belgium heeft dus niet aangetoond dat was voldaan aan de in punt 55 van het arrest Marks & Spencer gestelde voorwaarden om uit te maken in welke situatie een maatregel die een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG vormt, verder gaat dan nodig is voor het bereiken

³⁰ HvJ EU 15 mei 2008, C-414/06 (Lidl Belgium), ECLI:EU:C:2008:278, punten 3-7.

³¹ HvJ EU 15 mei 2008, C-414/06 (Lidl Belgium), ECLI:EU:C:2008:278, punt 11.

van door het gemeenschapsrecht erkende, rechtmatige doelstellingen.”

Lidl Belgium had de Luxemburgse verliezen uit 1999 immers feitelijk in 2003 in Luxemburg verrekend met Luxemburgse winsten, zodat van definitieve verliezen geen sprake was. Door echter te toetsen óf voldaan is aan de voorwaarden van de leer van de definitieve verliezen, gaf het HvJ EU impliciet aan dat die leer ook ziet op vaste inrichtingen. En daarbij vormde het bilaterale verdrag tussen Luxemburg en Duitsland, dat de vrijstellingsmethode hanteerde, kennelijk geen reden om het beroep op deze leer af te wijzen. Daarmee lijkt het arrest W AG in strijd te zijn met Lidl Belgium.

5.2 Timac Agro

Ook Timac Agro betrof een Duitse vennootschap met een buitenlandse vaste inrichting, in dit geval in Oostenrijk. Over de jaren 1997 tot en met 2005 had de Oostenrijkse vaste inrichting over vrijwel alle jaren verliezen geleden.³²

Het toepasselijke bilaterale belastingverdrag uit 1954 wees de heffingsbevoegdheid over de vaste-inrichtingsresultaten toe aan Oostenrijk. Ter voorkoming van dubbele belasting bepaalde art. 23 van het verdrag:

“a) onder voorbehoud van onderstaand punt b) zijn inkomsten uit de Republiek Oostenrijk en in de Republiek Oostenrijk gelegen vermogensbestanddelen die uit hoofde van deze overeenkomst belastbaar zijn in de Republiek Oostenrijk, geen grondslag voor de Duitse belastingheffing.”

Ook onder dit verdrag waren de resultaten van buitenlandse vaste inrichtingen derhalve uitgesloten van de belastinggrondslag in Duitsland. De verwijzende Duitse rechter meldt dat deze bepaling niet alleen ziet op winsten maar ook op verliezen.³³ Het HvJ EU concludeert daaruit dat “de

³² HvJ EU 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro), ECLI:EU:C:2015:829, punt 10.

³³ HvJ EU 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro), ECLI:EU:C:2015:829, punt 16.

resultaten van een vaste inrichting in Oostenrijk niet onder de fiscale bevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland vallen, zodat het in Duitsland niet langer is toegestaan de verliezen van die vaste inrichting af te trekken”.³⁴

Ondanks deze toepasselijke verdragsbepaling had Duitsland de vaste-inrichtingsverliezen over de jaren 1997 en 1998 toch in aftrek toegelaten. En dit was geen foutje, maar kennelijk was dit de gangbare praktijk, zo valt impliciet te lezen in het arrest.³⁵ Pas vanaf 1999 werden op grond van een toen doorgevoerde wijziging van de Duitse belastingwetgeving buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen niet langer in aftrek toegelaten. Dit illustreert dat een vrijstellingssysteem, in het bijzonder het vrijstellingssysteem onder de Duitse belastingverdragen, feitelijk de lidstaat van het hoofdhuis helemaal niet de bevoegdheid ontnemt om vaste-inrichtingsverliezen in aftrek toe te staan. Het ontnemt Duitsland vanuit het perspectief van het internationaal belastingrecht slechts de bevoegdheid om Oostenrijkse vaste-inrichtingswinsten te belasten.

5.3 Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee

De Duitse behandeling van vaste-inrichtingsverliezen in het land van het hoofdhuis kwam ook aan de orde in de zaak Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee.³⁶ Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee was een in Duitsland gevestigde vennootschap waarvan haar Oostenrijkse vaste inrichting in de jaren 1982 tot 1990 verlieslatend was, terwijl deze over de jaren 1991 tot 1994 een positief resultaat had.³⁷ In 1994 werd de vaste inrichting vervreemd. Art. 15 van het Duits-Oostenrijkse belastingverdrag uit 1954 bepaalde destijds:

³⁴ HvJ EU 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro), ECLI:EU:C:2015:829, punt 65.

³⁵ HvJ EU 17 december 2015, C-388/14 (Timac Agro), ECLI:EU:C:2015:829, punten 11 en 59.

³⁶ HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07 (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee), ECLI:EU:C:2008:588.

³⁷ Ik merk op dat Oostenrijk in de jaren 1982 tot 1994 nog geen lid was van de Europese Unie. Het HvJ toetst derhalve aan de vrijheid van vestiging uit de EER-overeenkomst.

“(1) De woonstaat heeft geen heffingsbevoegdheid indien deze in de voorgaande artikelen aan de andere overeenkomstsluitende staat is toegekend.”

Ondanks het feit dat Duitsland op grond van dit belastingverdrag niet heffingsbevoegdheid was over de winsten van de vaste inrichting, zijn de Oostenrijkse vaste-inrichtingsverliezen op verzoek van Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee door het Finanzamt in Duitsland toch in aanmerking genomen bij de vaststelling van de heffingsgrondslag van deze vennootschap in de betreffende verliesjaren. Daarmee werd dus wel degelijk rekening gehouden bij het bepalen van de winst die de Duitse vennootschap in de belastingjaren 1982 tot 1990 had gemaakt.³⁸ Het gebrek aan internationale heffingsbevoegdheid op grond van het toepasselijke belastingverdrag stond dus kennelijk niet aan verliesimport in de weg, zoals dat ook het geval was in de zaak Timac Agro over de jaren 1997 en 1998.

Overigens was in Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee op andere gronden geen sprake van definitieve verliezen op het moment van de vervreemding van de vaste inrichting. In de jaren 1991 en 1994 heeft Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee in Oostenrijk winst gemaakt. Hoewel Oostenrijk een verliesverrekeningsregeling kende, voldeed Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee niet aan de daarvoor geldende Oostenrijkse voorwaarden. Het gevolg daarvan was dat de Oostenrijkse verliezen uit de jaren 1982-1990 in Oostenrijk op juridische gronden niet verrekend mochten worden met de latere Oostenrijkse winsten uit 1991 en 1994. In dat geval is de onmogelijkheid van verliesverrekening niet te wijten aan Duitsland maar aan Oostenrijk, aldus het HvJ EU.³⁹ Impliciet oordeelt het HvJ EU dat er in die omstandigheden niet kan worden gesproken van definitieve verliezen.

³⁸ HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07 (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee), ECLI:EU:C:2008:588, punten 14 en 33-34.

³⁹ HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07 (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee), ECLI:EU:C:2008:588, punten 15, 47, 51 en 55.

6. Conclusie

In het arrest W AG heeft het HvJ EU geoordeeld dat de leer van de definitieve verliezen niet van toepassing is op buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen, indien de lidstaat van het hoofdhuis vaste-inrichtingsresultaten op grond van het toepasselijke bilaterale belastingverdrag moet vrijstellen. Het HvJ EU oordeelt dat deze situatie anders moet worden behandeld dan de situatie waarin vaste-inrichtingsresultaten uitsluitend op grond van nationaal recht worden vrijgesteld. In die situaties moet de lidstaat van het hoofdhuis immers wel verrekening verlenen voor definitieve vaste-inrichtingsverliezen. Dit verschil in behandeling baseert het HvJ EU op de veronderstelling dat Duitsland in dit geval niet meer bevoegd zou zijn om buitenlandse vaste-inrichtingswinsten en -verliezen in aanmerking te nemen. Kennelijk wil het HvJ EU voorkomen dat het met haar rechtspraak inbreuk maakt op regels van internationaal belastingrecht.

Uit de eerdere arresten *Krankenheim*, *Ruhesitz am Wannsee* en *Timac Agro* volgt echter dat die veronderstelling van het HvJ EU onjuist is en dat Duitsland onder haar belastingverdragen wel degelijk bevoegd is om buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen in aftrek toe te laten, ook wanneer het niet bevoegd is om te heffen over buitenlandse vaste-inrichtingswinsten. Ook los van deze twee arresten valt moeilijk te betogen dat het een lidstaat niet zou zijn toegestaan om buitenlandse verliezen in aftrek toe te laten, zelfs indien vaste-inrichtingswinsten op grond van een bilateraal verdrag niet mogen worden belast.

Hoewel het Duits-Britse belastingverdrag in de zaak W AG spreekt over de uitsluiting van de grondslag van vaste-inrichtingsresultaten, lijkt hier gewoon sprake te zijn van een systeem van vrijstelling met progressievoorbehoud. Zowel A-G Collins als het betrokken Hessische Finanzgericht spreken uitdrukkelijk over de toepasselijke ‘vrijstellingsmethode’. Dit betekent dat het arrest W AG ook een-op-een van toepassing is op Nederlandse belastingverdragen die de vrijstellingsmethode hanteren. Ook daarbij hoeft Nederland op grond van het arrest W AG dus geen aftrek van definitieve vaste-inrichtingsverliezen meer te verlenen.

Het arrest heeft echter nog verstrekkender gevolgen. Als de leer van de definitieve verliezen niet van toepassing kan zijn indien een lidstaat buitenlandse winsten en verliezen op grond van een bilateraal belastingverdrag moet vrijstellen, zet het arrest W AG ook een streep door het arrest Marks & Spencer ten aanzien van de definitieve verliezen van buitenlandse dochtermaatschappijen. Op grond van vrijwel alle - zo niet alle - belastingverdragen is de lidstaat van een moedermaatschappij immers onbevoegd om de resultaten van niet-ingezeten dochtermaatschappijen aan belastingheffing te onderwerpen.⁴⁰ Het is de vraag of de Vierde Kamer van het HvJ EU zich bewust is geweest van deze consequenties. Als het HvJ EU het arrest W AG echter consequent blijft doortrekken, betekent dit dat de leer van de definitieve verliezen nog slechts van toepassing is op vaste-inrichtingsverliezen. En dan alleen nog in de beperkte gevallen waarin a) er geen bilateraal belastingverdrag tussen de betreffende lidstaten bestaat, of b) het toepasselijke belastingverdrag dubbele belastingheffing voorkomt door middel van de verrekeningsmethode.

Ik kan mij voorstellen dat het HvJ EU hier uiteindelijk voor terugschrikt en bij een volgende gelegenheid zal aanvoeren dat het arrest W AG als een bijzondere uitzondering moet worden beschouwd op de leer van de definitieve verliezen die valt terug te voeren op de al dan niet bestaande ‘specifieke kenmerken’ van het Duits-Britse belastingverdrag.

⁴⁰ Uit art. 7 OESO Modelverdrag volgt dat hierop slechts een uitzondering kan worden gemaakt voor vaste inrichtingen in de lidstaat van de moedermaatschappij van de niet-ingezeten dochtermaatschappij.

THE FIGHT AGAINST ABUSE OF RIGHTS AND DOUBLE NON-TAXATION AFTER “MOLINOS DEL RIO”

Dr. Esperanza Buitrago Diaz¹

Summary:

In this paper, the author examines the implications of the prohibition of abuse of rights in application of the 1985 Double Taxation Convention (DTC) between Argentina and Chile following the 2021 judgment of the Argentine Supreme Court in the case *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021]. The Supreme Court denied the treaty benefits, among other, by interpreting the purpose of avoiding double taxation as excluding possibilities of double non-taxation when indications of an abuse of rights exist. The research explores the influence of legal culture on the Supreme Court's decision and dives into the prohibition of abuse of rights as unwritten principle of international law applicable to DTCs in conditions similar to the ones set by that discipline. In this way, the work present four standards to explore when determining whether it is reasonable to conclude that either the unwritten principle prohibiting the abuse of rights or the codified PPT applies.

Keywords:

Double non taxation, Tax avoidance, Abuse of tax law, Prohibition of abuse of rights

¹ Esperanza Buitrago is an assistant professor in tax law at Maastricht University. The author expresses gratitude to Prof. Kasper Dziurz and to Dr. Jasper Korving for providing valuable comments on this paper. The invitation of Prof. Dziurdz to lecture on the proper and improper use of tax treaties and on the PPT for the Master of International and European Tax Law served as a source of inspiration for this chapter. Last but not least, heartfelt thanks are owed to ChatGPT as an invaluable writing assistant. It played a crucial role in helping me refine my literary style, which was very valuable for a non-native English speaker.

1. Introduction

The allegorical concept of tilting at windmills, famously depicted in Spanish literature through Don Quixote's imaginative battles, resonates with the intricacies encountered in the endeavor to curb tax avoidance. Just as Don Quixote meticulously prepared for his arduous quests by listing his armor and by instructing Sancho (a peasant he has persuaded to assist him in his battles) to saddle Rocinante for his battles, the OECD has been compiling various instruments for the complex battlefield against tax abuse and “avoidance”. In 2015, it expanded the measures already available in soft and hard law, anticipating that the newly added title, preamble, guiding principles and the introduction of a principal purpose test (PPT) would act as a guiding force against opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance resulting from the application of double tax conventions. To achieve a similar result, the Supreme Court of Argentina denied the benefits stemming from the 1985 Double Taxation Convention (DTC) between Argentina and Chile to a taxpayer who would have otherwise achieved double non-taxation. In this 2021 landmark verdict in the case 'Molinos Río de la Plata S.A.' versus the Argentinian Revenue Service², the Argentinian Supreme Court held that instances of double non-taxation fall beyond the treaty's purview, precluding the entitlement to treaty benefits.

While we navigate the labyrinth of avoidance through double non-taxation, I could not resist the temptation to present some ideas in this book to invite exploring how the Argentinian Supreme Court's case might fare in the land of tulips, cheese, windmills, more than 100 tax treaties and of Hans Arts! I hope that our esteemed colleague does not decide to levy a 'pun'alty for this cross-border taxation detour in his honor! Hence, given that double non-taxation is the main subject of this work, I feel compelled to clarify that the topic choice does not follow any strategy suggested by Hans in his

² *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021] Supreme Court, 2 September 2021, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=769167&cache=1630675162673>, (accessed 15 May 2024).

lectures and teaching at Maastricht University but merely relates to our common interest in Latin America. Additionally, the topic adheres to my evil intention to provoke his response to the controversial decision of the Argentinian Supreme Court from the perspective of current Dutch tax treaty law.

Hans, a gentleman and dedicated scholar, has passionately devoted his life to Maastricht University, showcasing immense expertise across various realms including a vivid interest in the ethical practice of taxation and the intricate and challenging borderline issues posed to practice in the last decade. His academic journey serves as a shining example of how a fulfilling and successful life in academia can extend in different roles. His multifaceted contributions, encompassing scholarship, mentorship, and advocacy, display the profound impact academics in different positions can have on society. This *Liber Amicorum* is a celebration not just of his professional achievements, but also of a life dedicated to positive change. It is also my opportunity to confess: my encounter with him at Maastricht University remains a cherished opportunity for which I am profoundly grateful given his invaluable guidance and advice, both academically and in navigating significant aspects of life.

The journey through the Argentinian Supreme Court's verdict unfolds in remarkable stages similar to the adventures of Don Quixote. Section 2 sets the scene presenting the facts of the case, allowing us to envisage how the use of a tax planning instrument can influence the application or denial of tax treaty benefits when such use is pitted against the prohibition on abuse of rights. Section 3 takes us to the battlefield, the arguments of the Court decision, where, in pursuit of justice, the Tribunal fights against the unfair erosion of the Argentine tax base. A review of various arguments shows the resemblance to Don Quixote's encounters with windmills and giants inciting me to find out their nature. In Section 4 I embark on the search for the giants, exploring how international tax law evolves by hurling some spears at the windmills and giants, seeking to distinguish the real from the imaginary in the realm of international taxation. After my analysis in section 4, the conclusion strives to sow seeds of thought, inviting the reader to reap their own reflections from the narrative.

2. Somewhere in la Mancha, in a place whose name I do not care to remember...

2.1 Somewhere in...

Decided in the land of the tango, the case involved a number of South American jurisdictions from which dividends were paid to the Argentinian parent company “Molinos del Río” (hereinafter Molinos Argentina). Flowing from a Peruvian company (Molinos del Perú SA) and three Uruguayan companies (Alimentos del Plata SA, Molinos Overseas SA and Molinos Uruguay SA), Argentina taxed the dividends paid to the Argentinian headquarters until 2003. Such taxation followed its domestic law.³ No tax treaty existed between Argentina and Peru or Uruguay. In December 2003, Molinos Argentina set up Molinos Chile, integrating the capital stock of the latter through the transfer of the majority shareholdings of the Peruvian and Uruguayan companies. As of that moment, Argentina’s taxing rights were called into question due to the allocation rules agreed in the 1985 DTC between Argentina and Chile. That treaty reads: “dividends and shares in the profits of enterprises, including returns or surpluses of cooperatives, shall be taxable only in the Contracting State where the enterprise distributing them is domiciled”.⁴

2.2 La Mancha

Castilla La Mancha serves as the backdrop for Quixote's legendary battles against windmills. Inscribed within the very name of La Mancha lies another meaning beyond its Spanish geographical and regional connotation: A blot or a stain. This term, laden with the weight of blemish and fault, signifies the unsightly mark that tarnishes the visage or reputation of someone or something.⁵ Within this narrative, the stain or blot serves as a poignant emblem, encapsulating the abuse of rights as a

³ Article 146-b of the 1973 Argentinian Income Tax Act (Law 20628).

⁴ Article 11 of the 1985 Argentina-Chile DTC.

⁵ Cambridge Dictionary, available at <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/blot> (accessed 13 May 2024).

deplorable conduct exhibited by the taxpayer. Abuse, also in the meaning of an abuse of laws, is a transgression that not only leads to the Supreme Court's refusal to extend the treaty's benefits to the taxpayer, but also draws attention to Argentina's termination of the Argentina-Chile DTC, noting a breach of the founding principles considered during the negotiation of the DTC in 1985.

“La mancha” hinges around the facts and motives that lead the taxpayer to declare in his income tax return the dividends distributed by Molinos Chile as non-taxable income in Argentina. In the taxpayer’s opinion, the income was taxable in Chile, as the place of incorporation of the intermediate holding company distributing the dividends originally paid by the Uruguayan and Peruvian companies. The weight of blemish and apparent abuse lies on the following: on one side, that the incorporation in Chile followed the Chilean holding company regime enacted in 2002 to attract “Investment Platform Companies” to the land of the multifaceted and famous Pablo Neruda. On the other, that this regime allowed Chile to tax domestic income while exempting foreign income from Chilean income tax with incorporation being the only nexus requirement.⁶ Since the 1985 DTC Argentina-Chile allocated the taxing rights on dividends only to the Contracting State where the enterprise distributing them is domiciled, the taxpayer reached the best of both worlds, leaving Argentina empty-handed.

As far as the Argentinian Supreme Court is concerned, Chile's decision to enact the law for investment platform companies is out of scope of the discussion in Argentina. It is a sovereign decision that the Supreme Court cannot discuss.⁷ The blot, *la mancha*, lies somewhere else. What is at issue is, in the Supreme Court’s view: “the attitude that Argentina may adopt in the face of a taxpayer's decision to avail itself, in a specific case, of this foreign legislation in order to circumvent the purposes of the bilateral treaty in force and to avoid its tax obligations”.⁸ As to the Court: i) The only

⁶ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 38 at 11.

⁷ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 20 at 14.

⁸ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 21 at 14.

purpose of a DTC is to avoid double taxation. Double non-taxation is not supported by tax treaties; ii) even international private law supports both conclusions. In the Court's view there are two reasons for such an approach: a) To the extent that Article 11 DTC resolves an international case by referring back to the national law of a given country through the identification of a connecting factor, it operates as a rule of *renvoi* or conflict, specific to that discipline and; b) within the logic of international private law, the rule of *renvoi* or conflict contains limits that repel the application of foreign law in exceptional cases: in this case, international public order and, above all, fraud against the law".⁹

2.3 A place whose name I do not care to remember

Though the case's roots in the birthplace of tango might seem inconsequential, within the realm of international law, it holds profound relevance. This particular case serves as an excellent illustration of legal culture's significance in Argentina, nestled amidst the revered realms of gastronomy, football and tango. Two main factors lead to this approach. On one side, the role of the Supreme Court in the interpretation of treaties matters; on the other side, the Court's understanding of the legal framework in which the tax treaty needs to be interpreted and the implications emerging therein. The Supreme Court makes it very clear that since tax treaties signed by Argentina are governed by international law, including the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), and by the Argentinian Constitution, the principles of public law recognized in the Constitution also play a prominent role in its application. As to the Supreme Court, international treaties in force in Argentina cannot be invoked in an abusive manner, regardless of the existence of an anti-abuse clause written in the text of the treaty being applied. Besides, an alleged need of an anti-abuse provision in the DTC to counter abuse of such instrument neither responds to the understanding of international law as a subsystem within the Argentine legal system, nor finds valid support in international law.¹⁰

⁹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 21 at 14.

¹⁰ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 14 at 10.

3. The Supreme Court views: the windmills and the giant adventure

As Don Quixote and Sancho travelled, they came across the windmills. Despite Sancho's warning that they were facing windmills and not giants, Don Quixote fearlessly attacked them. He threw a spear at one, but a strong wind moved the spiral of the windmill and the spear broke into pieces sweeping Don Quixote and Rocinante away. Recalling his warning, Sancho heard Don Quixote claiming that it was Frestón, an evil sorcerer, who had turned the giants into windmills to rob him of the glory of his victory!

In the current scenario of the combat against abuse, the windmills adventure is tempting. The Argentinian Supreme Court used a good number of arguments opening a battlefield for debate in the realm of DTCs. The journey through the arguments of the Argentinian Court in the application of anti-abuse measures - codified or not -, shows how legal culture and the approach to international treaties can influence the decision. The denial of the *Molinos*' request to grant the treaty benefits of article 11 and allocate the taxing rights on the dividends to Chile will be explicated in the following subsections.

3.1 Tax Treaties form part of a legal system subject to the principles enshrined by the Constitution

In Argentina, international treaties do not constitute an autonomous body of law. They form part of the legal system - as a plurality of rules of different nature, rank and authorship -, all subject to the Constitution. Therefore, when a conflict arises in their application, a confrontation between the international treaty and domestic law is not possible, but compliance with the Constitutional principles of public law is required.¹¹ The interpreter must presume the need to seek coherence in the normative order and in weighing the applicable legal principles and the consequences of the decision for constitutionally protected values cannot be ignored.¹² Even

¹¹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 10ff at 7 to 10.

¹² *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 44ff at 14.

though the DTCs are international treaties, their interpretation must be in accordance with the principles of public law laid down in the Constitution. This obligation also binds the Federal Government, which is obliged to consolidate its relations of peace and trade with foreign powers by means of treaties that are in conformity with these principles, as stipulated by article 27 of the Constitution.¹³

3.2 Non-absolute rights: Anti-abuse clauses unnecessary

While taxpayers could claim treaty benefits, the Supreme Court grapples with the challenge of addressing potential abuses of these provisions by taxpayers. The Court resolves such dilemmas by scrutinizing the application of the treaty and denying the benefits, elaborating on the good faith and the prohibition of abuse of rights as principles acknowledged in different regulations in Argentina. As to the Court, “article 11 of the Treaty is clear, but the taxpayer’s interpretation gives it a meaning that is contrary to the principles that prohibit the abuse of rights and oblige to an interpretation in good faith. Such principles are clearly in force in the Argentine Civil Code (Articles 9 and 10)”.¹⁴

In addition to the above, the Supreme Court underscores the non-absolute character of rights and the reasonableness of their regulation as a principle of public law enshrined in the Constitution (Articles 14, 28, 99-2 and concordant). This principle not only allows the possibility of reasonable regulation of rights but also serves as a safeguard against their abusive exercise. The Court firmly asserts that, “no international treaty in force in Argentina can be invoked in an abusive manner, irrespective of whether an anti-abuse clause is explicitly included in the treaty text”.¹⁵ In its view, neither the Argentine legal system nor international law, including the VCLT, necessitates a written anti-abuse provision to repeal or nullify the abuse of rights.

¹³ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 10ff at 7 to 10.

¹⁴ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 36, at 9.

¹⁵ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 13 at 10.

In addition to the above, the Supreme Court states that treaties, including tax treaties, are limited by their own text and their interpretation is guided by the principle of good faith. This is acknowledged by articles 26, 27 and 31 VCLT, establishing that: "every treaty in force is binding on the parties to it and must be performed by them in good faith" (Article 26), the prohibition to invoke domestic law as justification for the non-performance of a treaty (Article 27), and the need for interpretation "in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose" (Article 31, paragraph 1). Alternatively, it allows recourse to supplementary means if the interpretation given in accordance with Article 31 "leaves the meaning ambiguous or obscure or leads to a manifestly absurd or unreasonable result" (Article 31, paragraph 2).

3.3. Good faith principle, anti-abuse clauses unnecessary in domestic and treaty law; Reasonableness as standard for application

In accordance with the Argentine Constitution, international law recognizes the principle of good faith as a structural guideline for the interpretation of international treaties. Together with this, the Supreme Court states that "reasonableness" is the standard of conduct that precludes interpretations that distort the nature, object or purpose of the treaty under the pretext of relying on its provisions. Tax treaties must be interpreted according to the hermeneutical rules of international law and tax law, having regard in particular to Articles 31 and 32 of the VCLT (approved by domestic law). They enshrine the principle of good faith in accordance with the ordinary criterion to be attributed to the terms of the treaty in the context of the treaty and taking into account its object and purpose.¹⁶

From the Court's point of view, the conclusion is that a good faith reading of the 1985 DTC does not allow for elusive interpretations that would lead to a distortion of the matrix that supports it: the avoidance of double taxation. The 2012 DTC between Argentina and Chile only clarifies this and

¹⁶ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 15 at 11.

is consistent with the objectives of the treaty and the principles of domestic public law, rejecting the possibility of a contradictory view. Rather than a conflicting interpretation - and contrary to the dissenting arguments of the Supreme Court's President Rosenkrantz -, the Court claims that the 2012 DTC describes: "the logical express manifestation of a criterion that: i) already prevailed in international tax law in various DTCs; ii) had been recognized by the Chilean authorities as the binding standard of analysis in the face of this international problem; iii) had been expressed by the competent internal body of the Argentine tax administration".¹⁷ As to the Supreme Court, this conclusion is also supported by the arguments set out below from point 3.5 onwards.

3.4. Unilateral changes to the dynamics existing during the negotiation of the treaty that led to double non-taxation fall out of the scope of tax treaties

The Supreme Court emphasizes that the avoidance of double taxation is a purpose of the DTC, but also of each individual DTC provision. Specifically, Article 11 is elucidated as follows: "(to prevent double taxation), dividends and shares in the profits of enterprises, including the profits or surpluses of cooperatives, shall be taxable only by the Contracting Party in which the enterprise distributing them is resident".¹⁸ Notably, the recent modification in Chilean domestic law, exempting foreign income of investment platform companies, introduces the potential for double non-taxation. This is because dividends originated in the Uruguayan and Peruvian companies did not pay income tax in Chile under the investment platforms regime given that they were profits coming from companies outside Chile. The investment platforms regime assured taxation on income from Chilean sources, excluding income from other countries.

As to the Supreme Court, in a good-faith interpretation, the material validity of the DTC is insufficient to sanction the pursuit of such dual non-

¹⁷ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 20 at 13.

¹⁸ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 15 at 12.

taxation.¹⁹ Consequently, the Supreme Court finds the taxpayer's application of the 1985 DTC, aiming to circumvent income tax on the dividends in question, as “unreasonable”. Given that the envisaged scenario of double taxation, which the DTC seeks to address, has not occurred, the Supreme Court considers that accepting the taxpayer's interpretation would lead to an application of the DTC contrary to the principles and values enshrined in the Argentine Constitution.²⁰

3.5. Domestic anti-abuse measures confirm the conclusion reached

The Supreme Court considers the application of the economic reality principle to treaty situations justified under certain conditions.²¹ Argentina codified the principle by Law 11.683 of 1998 in article 2, and the Argentine tax administration upholds its application in the absence of an anti-abuse measure in a DTC since 2010.²² In the Supreme Court's view, the memorandum of understanding of the new DTC with Chile makes this clearer by stating that the DTC does not prevent the application of domestic anti-abuse clauses.²³

For the highest tribunal, the principle of economic reality balances the taxpayer's right to limit his taxes to the minimum legally due with tax strategies designed to shift profits.²⁴ The principle makes it possible to

¹⁹ The original version reads as follows: “El supuesto de hecho en la causa no sería, entonces, a partir de la conducta de la actora, evitar la doble imposición sino procurar doblemente una no imposición, por lo que no se encontraría alcanzada por el ámbito de validez material del CDI interpretado de buena fe”. *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 16 at 12.

²⁰ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 45 at 14.

²¹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 19ff at 13.

²² The principle of “economic reality” empowers the tax authority to disregard the forms and structures assigned by taxpayers to their acts or businesses, and allows it to reclassify them in order to consider “the real economic situation as falling within the forms or structures which private law would apply to them independently of those chosen by the taxpayers or which it would allow them to apply as the most appropriate to their real intention”; Article 2 of the 1998 Argentinian Procedure for the application, collection and inspection of taxes (Law 11683).

²³ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 19 at 13-iii.

²⁴ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p. 21 at 15.

unravel the reality of evident tax strategies to disguise profit remittances under the form of other income and in this way to obtain more advantageous tax treatments. The possibility to disregard the forms and structures assigned by taxpayers to their acts or businesses and to reclassify them to consider the real economic situation is, however, limited. As to the Supreme Court, this power can be validly exercised by the tax administration only if there is a manifest inconsistency between the economic substance of the transaction or business and the form or structure that the taxpayers have given it. In the absence of such a manifest inconsistency, “priority must be given to the legal structures used by private individuals”.²⁵

3.6. The OECD approach to the beneficial ownership clause confirms the conclusive findings

As to the Supreme Court, the beneficial ownership clause included in many Argentinian DTCs also supports the conclusions reached. Furthermore, the Court considered that the OECD Commentaries clarify its application, thus serving as supplementary means of interpretation according to article 32 VCLT.²⁶ The tax authority explained in a circular letter the recommendation given by the OECD to apply the beneficial ownership clause and anti-abuse provisions to conduit companies. Hence, it considers appropriate such Commentaries to deal with conduit companies created after the release of the Chilean holding company regime. In the Supreme Court’s view, the memorandum of understanding of the new DTC with Chile makes it clear that “the benefits of the Convention shall not be conferred on a person who is not the beneficial owner of the income from the other Contracting State or of the assets situated there [...]”.²⁷

²⁵ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 22 at 14.

²⁶ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 19ff at 13.

²⁷ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 19ff at 13-iii.

3.7 The PPT clause of the new DTC with Chile confirms the conclusion reached

Decided in 2021, the Supreme Court looks back to 2012 when Argentina terminated the DTC with Chile, pointing how this end followed unfavorable aspects to the interests of the national treasury and the solution brought by the new 2015 DTC. The latter - and current - DTC includes a Memorandum of Understanding confirming that: "the benefits of a double taxation treaty should not be granted where one of the main purposes of carrying out certain transactions or operations is to secure a more favorable tax position and, achieving such more favorable tax treatment in such circumstances is contrary to the object and purpose of the provisions in question".²⁸

3.8 Private international law leads to a similar conclusion

As far as the Supreme Court is concerned, from the perspective of international private law the result is the same. On the one hand, Article 11 DTC operates as a rule of renvoi, referring an international case back to the national law of a given country by identifying a connecting factor and, on the other, conflict rules in private international law are subject to limits too. In the *Molinos* case, those limits are international public policy and *fraus legis*.

3.9 Reasonableness: A principle in public –constitutional law and international law, including the VCLT

The Supreme Court refers to reasonableness several times. As already indicated, it considers that: i) Rights are not absolute, reasonableness is the standard for their regulation²⁹; ii) "In Argentine law, reasonableness stands as a fundamental principle in both public and constitutional domains. Consequently, regulations must adhere to this principle, and abusive usage finds no protection³⁰; iii) Good faith serves as the primary

²⁸ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 19ff at 13.

²⁹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 13 at 9.

³⁰ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 13 at 10.

guideline for interpreting international treaties under Article 31, paragraph 1 VCLT. However, in cases where the interpretation according to Article 31 VCLT results in ambiguity, obscurity, or leads to manifestly absurd or unreasonable outcomes, supplementary means of interpretation may be employed. In coherence with international law, the Argentinian Constitution upholds 'reasonableness' as the standard of conduct, precluding interpretations that distort the nature, object or purpose of treaties under the pretext of relying on their provisions. This standard underscores the necessity for applying DTCs in good faith.³¹

While reasonableness is required for an application in good faith of the DTC, the Supreme Court also considers that the conclusions reached by the Court of Appeals were also reasonable and well grounded. The Supreme Court then referred to aspects not refuted by the taxpayer in the extraordinary appeal that support its conclusions:

1. Molinos Chile was incorporated one year after the publication of the Chilean legislation on investment platforms (holdings), which affected the dynamics of the DTC;
2. Molinos Chile immediately remitted to Argentina the income generated by the Uruguayan and Peruvian companies. Hence, the income did not remain in the assets of the Chilean holding and therefore it was not used to fulfill its corporate purpose;
3. Argentina had not signed DTCs with Uruguay and Peru, the countries where the income came from;
4. Even though Molinos Chile involved other companies domiciled in different countries (Chile, Italy, Spain, Switzerland and the United States), the main income came from one of the Uruguayan companies (Molinos Overseas SA). Furthermore, there was no substantial income coming from Chile.

³¹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service [2021]*, p.14 at 11.

4. “I am Don Quixote, and my profession is that of a knight-errant. My laws are to undo wrong, to do good and to avoid evil...”

... I flee from the easy life, from ambition and hypocrisy, and I seek for my own glory the narrowest and most difficult path. Is that foolish and fatuous?” Coming from Miguel de Cervantes Saavedra, the quote is no understatement. Instead, it may resonate with Cervantes' experiences, possibly reflecting his personal challenges badly known with his late recognition as one of history's greatest writers. Even in his role as a tax collector, he confronted adversity. But while we wonder if and how we can undo the wrongs in the wicked battle against tax avoidance, with an already in place challenging soft and hard international tax law scenario, it seems best to try a couple of spears to see if I find any giants:

4.1 “Somewhere in” and the relevance of legal culture

The location (or somewhere in...) is not unimportant. Legal culture matters. The Argentine Supreme Court brings important grounds in this regard: Tax Treaties form part of a legal system wherein the Constitutional values need to be considered and the Court does not hesitate to do so. As the decision in the *Molinos* case shows, the Argentine Supreme Court uses the powers vested on her as maximum tribunal in Constitutional matters, being the final interpreter of the Constitution and guardian of the rights and warranties enshrined by it. As to the Court, the reference to the Constitution in application of international treaties is not new in Argentina.³²

I believe that the approach of the Argentine Supreme Court would be unthinkable in the Netherlands: Not only does the absence of a Constitutional Court pose a challenge. As outlined in Article 120 of the Dutch Constitution, courts lack the authority to challenge parliamentary acts based on potential contraventions of the Constitution. The constitutional review is trusted to the bodies involved in enacting the legislation, i.e., the Council of State and the legislator – i.e., both houses of

³² *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 12ff at 9.

the Parliament. The Council of State plays a role as an advisory body to the Government and both chambers of Parliament (i.e., the Senate and the House of Representatives). While its advice may lead to the removal of legislation (as it happened with three bills recently approved), the Council of State does not play the role of a Constitutional Court either. One of its sections serves as one of the four highest courts of appeal in administrative matters, however.

The binding effect of Dutch treaties only takes place after the Parliament approves and publishes them (article 93 of the Constitution). In addition, Article 94 provides that: "Legal provisions which are in force within the Kingdom shall not be implemented, where such implementation would conflict with any treaty provision or any resolution of an international organization that is binding on all persons". Dutch Courts are prohibited from assessing the compatibility of Dutch legislation with the Constitution; however, they are obligated to evaluate whether statutory regulations align with international treaties.³³

While the Dutch approach may be unimaginable to an Argentinean, the consideration of constitutional values in the application of international treaties may seem peculiar to a Dutchman. Differences in constitutional values may pose significant challenges to the interpretation of an international treaty and may ultimately lead to the inapplicability of rules such as Articles 27 and 46 VCLT. Such rules prevent a State from invoking provisions of its domestic law as a justification for its failure to fulfil a treaty, except in the case of manifest violations relating to the competence to conclude treaties. At the same time, the idea of applying the domestic legal provision granting precedence to the constitution over international law seems questionable. According to the ILC Study Group on the Fragmentation of International Law, "there is no general order of precedence among international legal norms".³⁴ In a fragmented order, as

³³ René Offermanns, Taxation and the European Convention on Human Rights in the domestic law of the Council of Europe countries: Netherlands, (2001) *European Taxation* 541.

³⁴ International Law Commission (ILC) Analytical Study 2006, ILC Study Group on the Fragmentation of International Law. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*; Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskeniemi. UN Doc A/CN.4/L.682 and Add.1 and Corr. 1. (ILC, 2006), p. 69.

it is international tax law, the question is whether this is equally applicable.

Beyond legal culture differences, the Argentine Supreme Court's decision underscores one of the major challenges of international tax law: instead of resolution by international tribunals, domestic courts often handle conflicts regarding the application and interpretation of tax treaties. Many domestic courts adjudicating international tax disputes lack specialization in tax matters and may have limited exposure to international law. In the *Molinos* case, the Argentine Supreme Court compared DTCs and private international law and concluded that both lead to similar consequences. For an international tax lawyer, such a statement may seem unacceptable. As it is acknowledged in the literature on international taxation³⁵, rather than choosing for a legal regime applicable, DTCs allocate the taxing rights according to the rules agreed in the treaty.

Whilst the comparison between DTCs and private international law is not ideal, the Argentinian Court raises an intriguing argument: private international law, including tax treaties, encounters a boundary in international public policy and *fraus legis*. I align with this notion, believing that the prohibition of abuse, as a principle inherent to legal science, may stem not merely from legal culture or subdivided fields of law, but from the very essence of law itself as a means to advance civilization rather than solely serve leviathan or purely *laissez-faire*, mercantilist approaches. In other words, as a consequence of a social rule of law. This signifies a shift towards a more socially oriented perspective on law as a tool serving society, particularly evident as the limitations of the French Revolution's principles became apparent. While in civil law the notion of rights encounters boundaries in the prohibition of abuse already hundred years ago, it has not found full echo in tax law yet.

Still, international taxation is in its infancy. Expressions such as 'Argentinian international tax law', 'US international tax law', or 'Dutch tax

35

Werner Haslechner, Introduction, in: Ekkehart Reimer and Alexander Rust (eds), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, (Wolters Kluwer 2022), p. 32, at 54.

law' underscore the limited scope of international law. With no universal approach to taxing cross-border transactions and lacking a universally accepted authority to enforce tax treaties, the development of international taxation resembles the external public tax law of individual countries.³⁶ This was an early stage of international law that opened the way for a more international approach. As Koskenniemi observes, early notions of external state law and external public law ultimately proved inadequate for addressing the complexities of an international society, failing as predecessors of modern international law.³⁷ The Argentinian approach, mirroring many others in international taxation, bears striking resemblance to these early views of international law. At this developmental stage, international organizations such as the OECD and the UN have assumed a pivotal role in shaping international tax law. In the *Molinos* case, the Argentine Supreme Court notably referenced the OECD Commentaries as a supplementary means of interpretation, bolstering its primary argument (as discussed in section 3.2).

4.2 Prioritizing the intention over the text of tax treaties through different indicators not expressed in the DTC text; A case for the unwritten beneficial owner clause?

Since the 1985 DTC allocated the income based on the source principle, it posed a dilemma regarding its application to dividends, as such clause explicitly allocated income to the country of residence of the distributing enterprise. In this way, a normative conflict in the application of the 1985 DTC emerged, creating an imbalance between the rights of the taxpayer and its tax obligations. The Argentine Supreme Court was unable to

³⁶ In the evolution of international law, as described by Koskenniemi, external public law was an early stage of international law. Martens (1756 - 1821) presented the notion of external public law as a view of the law of nations focusing away from the unsuccessful natural law. As to the author, in Martens' approach "the law of nations was basically treaty law, made by states for purposes sought by them, a reflection of the will of the parties, expressed through their constitutional processes". See Martti Koskenniemi, "Georg Friedrich Von Martens (1756-1821) and the Origins of Modern International Law" IILJ Working Paper 2006/1 History and Theory of International Law Series. Also Martti Koskenniemi, "The Law of International Society – A Road Not Taken", Draft paper discussed in the Maastricht Foundations of Law Colloquia on Wednesday 21 February 2024.

³⁷ Martti Koskenniemi, *supra* n. 36.

resolve this conflict solely through the interpretation of Article 11 on dividends. The Court then referred to a number of indicators that supported its primary argument in the application of the principle of the prohibition of abuse of rights as decisive, when instead of avoiding double taxation the application of a treaty leads to the opposite object and purpose: double non-taxation.

While reinforcing its primary argument, the Supreme Court took an unexpected turn by referencing the OECD Commentaries on the beneficial owner provision of the new 2017 DTC to clarify the purpose of the 1985 DTC regarding the questioned payments. Although presented as an additional argument, this is not insignificant. The 1985 DTC notably lacks a beneficial owner provision. As it is known in the tax world, the beneficial owner clause is not a principle of international tax law. In this way, the argument put forward by the Supreme Court looks more like a giant on Quixote's way. For Dutch scholars this may be an unexpected and unacceptable twist of the 1985 treaty text.

The use of the Beneficial Owner clause from the OECD Commentaries as a means to clarify a treaty, as a supplementary means of interpretation, while the actual 1985 DTC lacks such clause, is controversial. The Supreme Court cited the Commentaries on the beneficial owner of dividends, a requirement incorporated in the OECD MTC (as discussed in section 3.6) but absent in the 1985 Argentina-Chile DTC governing the case. Is it possible to take the facts and circumstances pointing to a recipient different to the beneficial owner as an indicator of abuse?

The establishment of an abuse of rights poses a dilemma: If the treaty lacks a Beneficial Owner requirement, is the judge allowed to rely on the underlying rationale of such a clause to conclude the existence of an abuse of rights? On one hand, this challenges the primacy of the text of the treaty, while, on the other hand, it raises questions about the methods available to establish the existence of abuse when the treaty's text is insufficient for both Specific Anti-Abuse Rules (SAARs) and General Anti-abuse Rules (GAARs). The VCLT advocates for an interpretation based on treaty text, in the context and considering the object and purpose of the treaty provisions. However, if the examination of facts and circumstances incontrovertibly demonstrates the existence of abuse, the judge is not

bound for the treaty provisions regardless of the absence of a SAAR such as the Beneficial Owner clause or a GAAR. This is what Osterloh-Konrad calls the mismatch between the (literal) meaning of substantive tax law provisions and their purpose.³⁸

The above aligns with the treaty's object and purpose rejected by the Court: Double non-taxation resulting from abuse of rights is not supported by the treaty. While such a conclusion may be unexpected for a tax lawyer, it may not be surprising for an international lawyer. In fact, the evolution of the beneficial owner clause shows that tax courts have found ways to combat abuses in the “hard” text of tax treaties. As I explain in section 4.5, before the beneficial owner clause was codified in tax treaties, a US Court denied treaty benefits based on the interpretation of the terms “received by”, and over time the judicial approaches opened the way for its recognition in soft law and in DTCs. In the *Molinos* case, the Court did not explore other provisions that could have led to the denial of treaty benefits (see 4.5). Instead, it underscored the influence of domestic and international legal principles on DTCs.

Whether SAARs are the best way to ensure certainty in tax matters is debatable. If the codification of a SAAR has an abuse of rights as a premise and aims to ensure its application, would a judge refrain from declaring demonstrated abuse in cases where the SAAR is absent? The prohibition to abuse may help defining conditions under which the meaning of statutory law may be set aside if the result of a rule-abiding legal analysis does not match the purpose of the relevant statutory provision, as Osterloh-Konrad indicates in regard to the function of a GAAR.³⁹ As to the Argentinian Supreme Court in the decision of the *Molinos* case, this possibility is limited and can only be validly exercised by the tax administration if there is a manifest inconsistency between the economic substance of the transaction or business and the form or structure that the taxpayers have given it.

³⁸ Christine Osterloh-Konrad, *Die Steuerumgehung: Eine Rechtsvergleichende Und Rechtstheoretische Analyse* (Veröffentlichungen Zum Steuerrecht), Mohr Siebeck 2019.

³⁹ Christine Osterloh-Konrad, *supra* n. 38.

4.3 Non absolute rights and the prohibition of abuse as a principle of international law and of domestic law of civilized nations

In the *Molinos* case, Argentina's Supreme Court asserts the harmonized application of domestic and international legal principles to combat abuse of rights, extending it to cases in international tax law. Principles such as the prohibition of abuse of rights and consequent interpretation in good faith (Articles 9 and 10 of the Civil Code)⁴⁰, as well as *pacta sunt servanda* and hermeneutical rules of the VCLT, guide the Court's conclusion that an anti-abuse clause is unnecessary to address abuse⁴¹ (reference is made to sections 3.1 to 3.7 above). For a tax lawyer, the application of civil law principles and abuse of rights to tax cases may look like facing a formidable giant in Smurf's and Quixote's land. However, does international law lead to a different conclusion? This question is significant, as the Court maintains that neither the Argentinian legal system nor international law, including the VCLT, requires a written anti-abuse provision to address or nullify abuse of rights, although it also supports its decision in the domestic anti-abuse tax provision (see 3.5 above).

As to the Supreme Court, the principles of good faith and the utilization of supplementary means in treaty interpretation serve to mitigate the risk of yielding absurd or unreasonable outcomes. Nonetheless, the application of legal principles ending in the denial of treaty benefits has few friends in international tax law, and very few court cases in the field of international tax assert it. In my view, this is not surprising. Tax specialists have little exposure to international law and unwritten principles of international law may lead to uncertainty in tax matters. A review of the literature on the subject shows, however, that the acknowledgment of the prohibition of abuse of rights as a general principle of law recognized by civilized nations opened the door to its recognition as an independent, not codified principle of international law. This recognizes limits to the exercise of rights. As to

⁴⁰ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 13 at 10.

⁴¹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 13 at 10.

scholars, the principle has proved to be a very useful one, also in contemporary law.⁴²

Although the prohibition of abuse of rights traces its origins to Roman law, notably encapsulated in the maxim "use your rights so as not to injure others" (*sic utere iure tuo ut alterum non laedas*), its legal evolution underwent a significant transformation. This shift was evidently influenced by Enlightenment principles regarding individual rights and the role of the rule of law. In this process, both codification efforts and judicial decisions have contributed to its recognition, akin to a battle reminiscent of Quijote's spears to undo wrong, do good and avoid evil.

The debate whether the prohibition to abuse rights was a general principle of law recognized by civilized nations was considered by the Committee of Jurists preparing the draft Statute of the Permanent Court of International Justice. These discussions took place around 1920. Research by legal scholars of the time showed that: "Most of the authors came to the conclusion that in civil law countries and socialist countries the abuse of rights and the abuse of power were prohibited. As far as common law countries are concerned, it was submitted that, although a decision in a given case may be based upon principles of the law of torts, when a court looks into the motives of an actor the legal theory applicable is indistinguishable from that of abuse of rights", as explained by Kiss.⁴³ For some scholars the fundament of the principle in common law relies on the concept of equity.⁴⁴

The literature on abuse of rights from around 1920 reveals striking similarities between controversies faced in civil law during that period and those encountered in international tax law today. The *Molinos* case serves as a pertinent example, prompting questions about whether international tax law lags the application of principles of international law and legal

⁴² Michael Byers, Abuse of Rights: An old principle, a new age (2002) 47 McGill Law Journal 389.

⁴³ Alexandre Kiss, Abuse of Rights (2006), MPIL, at 9. For a different view, see Michael Byers, *supra* n. 42.

⁴⁴ Vaughan Lowe, The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?, in: Michael Byers (ed), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law* (Oxford University Press, 2000), p. 207 at 212-21.

principles of civilized nations. In the 1920s, the influence of the French Revolution and liberalism permeated the understanding of rights exercise. Classical individualist liberalism and *laissez-faire* economic theory underwent significant re-evaluation, as legal scholars engaged in vigorous debates on reconciling individual rights with their societal implications within the context of unrestricted individual rights paradigm established post-French Revolution.

According to Bólgár, renowned legal scholars such as Planiol and Ripert claimed no abuse existed in French law if rights were exercised within the limits of the law that granted them. Therefore, judicial scrutiny of such (legal) actions would be arbitrary and based on elements of a moral and not legal nature. Against these views, Louis Josserand presented his theory on the relativity of rights, equated with their socially equitable exercise. He claimed that any exercise of rights contrary to the social functions of these rights constitutes abuse. “Consequently, abuse of rights may only arise in connection with damages caused through the exercise of these particular rights; in the examination of damages caused by other means the question of the abuse of rights does not concern the Courts”.⁴⁵

The controversies surrounding abuse of rights in France led to a profound transformation in legal and democratic ideals, marked by a shift towards the social functions of individual rights. This social approach raised concerns in France and Germany, particularly regarding the intersection between positive law and morals.⁴⁶ Scholars note that the shift originated in France and was partially adopted by Germany and Switzerland⁴⁷, with subsequent codification efforts in other countries such as Czechoslovakia

⁴⁵ Vera Bólgár, Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine, (1975) 35 La. L. Rev 5,4.

⁴⁶ Vera Bólgár, *supra* n. 45. Also see Shael Herman, Classical Social Theories and The Doctrine of Abuse of Right, (1976-1977), 37 La. L. Rev. 747, 3.

⁴⁷ Vera Bólgár, *supra* n. 45.

and the USSR.⁴⁸ While many other nations followed suit, the content of the prohibition against abuse of rights varies among jurisdictions."⁴⁹

Once it became evident that civilized nations acknowledged the principle of the prohibition of abuse of rights, its evolution in international law continued, recognizing that the rights of each actor are inherently limited by the rights and interests of others. This principle has found expression in treaties, court cases, the lexicon of international organizations, discussions by the International Law Commission, scholarly discourse, and various fragmented areas of international law. While the principle has not been codified, Beyers identifies several functions it serves, including balancing rights and obligations, resolving tensions between ambiguously defined rights (normative conflicts), extending legal controls to previously unregulated areas, and filling new gaps as they arise.⁵⁰ Furthermore, Kiss' analysis of extensive treaties and case law demonstrates that the principle has not only gained recognition in international law as a whole but also in its fragmented fields.⁵¹

The principle prohibiting the abuse of rights has evolved into a stand-alone principle of international law⁵², rather than an interstitial rule.⁵³ This inherent nature remains unaffected by its use alongside or as a complement to other principles of international law, such as the principle of good faith, or its incorporation into customary international law.⁵⁴ As emphasized by Brownlie, the principle should not serve as a substitute for other criteria, such as good faith, reasonableness, or normal

⁴⁸ Michael Byers, *supra* n. 42.

⁴⁹ For a detailed review, see Michael Byers, *supra* n. 42.

⁵⁰ Michael Byers, *supra* nr. 42.

⁵¹ Aleandre Kiss, *supra* n. 43.

⁵² Vaughan Lowe, *supra* n. 44.

⁵³ Interstitial rules normally refer to areas of overlap and ambiguity between legal frameworks are interstices. Newell Me, *Interstitial rules and the contested application of human rights law and the laws of war in counterterrorism* (2016) .5 *Global Constitutionalism* 2, at 207-237.

⁵⁴ For an evolution and contemporary approaches, see: Michael Byers, *supra* n. 42.

administration, where these are already clearly established as part of existing rules.⁵⁵

The recognition of the prohibition of abuse as an independent principle in international law provides interpreters with an additional tool to address demonstrated instances of abuse of rights, particularly in the absence of an anti-abuse provision. However, this recognition does not have direct effect; mandatory requirements still apply. Scholars reflecting on the evolution of the clause indicate that the examination of facts and circumstances, the intent of the parties, and the burden of proof lie with the party alleging abuse.⁵⁶ Therefore, abuse of rights cannot be presumed.⁵⁷ If these conditions apply in the typical horizontal relationship of civil law, I see no reason why it should be different in tax law in which the relationship is not horizontal due to the fact that the taxpayer is not on equal foot with the tax administration as a power of the state. Hence, an inversion of the burden of proof, as suggested by the OECD with the Principal Purpose Test clause, appears unacceptable from the perspective of international law. According to scholars, such inversion is disproportionate under EU law.⁵⁸

In the *Molinos* case, the Argentine Supreme Court held that an anti-abuse provision is not required to address abuse in the application of tax treaties. This conclusion is grounded on two main reasons: firstly, the application of codified principles found in Articles 26, 27 and 31 VCLT, such as good faith and reasonableness; and secondly, the prohibition of abuse as a principle of domestic law with applicability in the case at hand. Notably, the Supreme Court did not acknowledge the prohibition of abuse of rights as an independent principle of international law. Clearly, the lack of codification presents certain disadvantages. Still, the Court was clearly faced with a dilemma: a decision that confronted the application of the

⁵⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Clarendon Press, 6th ed, 2003), at 448.

⁵⁶ Vera Bólgar, *supra* n. 45, p.1025-1029. In the same vein, Alexandre Kiss, *supra* n. 43, p. 33.

⁵⁷ Alexandre Kiss, *supra* n. 43, p. 33

⁵⁸ Robert Danon, Daniel Gutman, Margriet Lukkien, et al., The prohibition of abuse of rights after the ECJ Danish cases, (2005) 49 Intertax 6/7 497.

treaty text with the breach of autonomous principles of international law: the good faith, the violation of the object and purpose of the text, including an interpretation preventing manifestly absurd or unreasonable outcomes and, the prohibition of abuse of rights.

Although the above arguments seem indisputable from an international law perspective, the Supreme Court entered into Quixote-like battles and dilemmas in the application to the facts in the *Molinos* case. For the Court, an examination of different indicators against facts and circumstances of the case, not contested by the taxpayer, was sufficient to deny treaty benefits. As explained in section 3.7 above, the Court took into account the following facts and circumstances: i) the time lapse between the incorporation of the holding company and the transfer (immediate remittance); ii) the amounts transferred; iii) the origin of the main income stream, stating that, rather than from its various companies in third countries, the holding's income came mainly from Uruguay; iv) whether the holding company generated any income in Chile; and, v) whether the holding kept any of such income for the development of its corporate purpose. In this difficult scenario for holding companies, it is unclear whether the aspects taken from the extraordinary appeal, "not contested by the taxpayer", were proven by the tax administration. As already indicated, in international law the burden of proof in cases of abuse of rights lies with the party alleging it. From a taxpayers' rights perspective, this should be seen as part of the due process. For the remainder, such facts and circumstances were contrasted with indicators of abuse stated in the OECD commentaries to the beneficial owner clause and the need to counter the use of shell companies. The Supreme Court even referred to the new DTC between Argentina and Chile including a PPT clause.

4.4 Is the PPT needed?

The Argentine Supreme Court affirmed that the unbalanced situation of the 1985 Argentina-Chile DTC was corrected by the new DTC, which in fact includes a PPT provision. In 1985, a comparable provision was missing. This raises the question whether a PPT clause, as a general anti-abuse clause in a DTC, is necessary for a judge to deny treaty benefits.

The debates in civil law of a century ago bear striking similarities to ongoing discussions in international tax law. The 1935 Westminster Court case, affirming every individual's right to arrange their affairs without being obligated to pay increased taxes, underscores the principle of tax planning freedom. However, as time has passed, courts have increasingly grappled with cases where the distinction between legitimate tax planning and abuse became blurred, or where actions, while within the literal interpretation of the law, appeared artificial or contradicted its underlying spirit. Furthermore, the scope of tax planning freedom has been curtailed by DTCs and MTCs, notably with the introduction of SAARs in 1977. These rules, including clauses like the beneficial ownership clause in the OECD MTC, aim to address abusive tax practices and ensure fair taxation. Apart from SAARs, the OECD proposes a GAAR in a double track: codification (hard law) and soft law.

As it is well known, the 2017 OECD MTC proposes the inclusion of the Principal Purpose Test (PPT) in Article 29-9, alongside the recommendation to adhere to the Multilateral Instrument (MLI) for facilitating its application to treaties within scope. These proposals align with the choices available to members of the Inclusive Framework in response to BEPS Action 6. Specifically, countries have the option to adopt the PPT alone or to integrate it with a simplified Limitation on Benefits (LOB) provision. Alternatively, they may choose to forego the PPT in favor of a comprehensive LOB clause, provided they include a supplementary mechanism to address conduit arrangements. Such mechanisms may take the form of a tailored treaty PPT for conduit arrangements, domestic anti-abuse regulations, or judicial doctrines with analogous outcomes.

For the past two decades, soft law has played a significant role in shaping international tax practices to counteract abuse. Since 2003, the Commentaries to the OECD MTC have advised revenue services and judges to apply the so-called 'Guiding Principle' in the absence of anti-abuse provisions in DTCs. This principle dictates that the benefits of a DTC should not be accessible if a main purpose of certain transactions or arrangements was to secure a more favorable tax position, especially if obtaining such treatment would contravene the object and purpose of the relevant provisions. The OECD Commentaries assert that this principle

operates independently of the requirements outlined in Article 29, paragraph 9 OECD MTC, which merely formalize it. In fact, the Commentaries on the OECD MTC indicate that the Commentary to Article 1, specifically Paragraphs 54 to 80, mirrors the content of Article 29, paragraph 9 OECD MTC.

The current OECD dual track approach of hard and soft law measures mentioned above is a response to the challenges encountered in combatting treaty shopping and other forms of abuse by tax administrations. The absence of a GAAR in DTCs, protocols or related instruments sparked numerous controversies regarding the authority of tax administration and even courts to address and repeal abuse. Overtime, the pre-2003 OECD reluctance to apply domestic anti-abuse rules to DTCs was defeated. As from 2003, the OECD Commentaries recommend not only the Guiding Principle, but also the application of a domestic GAAR, domestic SAARs, and judicial doctrines that are part of domestic law.

With the array of tools mentioned above, the OECD is far better equipped than Quixote in his fight against windmills. Yet, to the best of my knowledge, nowhere does the OECD mention the non-codified principle of international law prohibiting the abuse of rights as a ground or as another tool enhancing the arsenal proposed. Still, the OECD refers to a Guiding Principle in its Commentaries (the soft law track). Is it possible that the OECD is suggesting that such recommendation entails the principle of international law on the prohibition of abuse of rights? The consequence would be that the codification of the rule only plays the role of signaling function. Lang has claimed such role for the Principal Purpose Test.⁵⁹ In the Netherlands, Van Weeghel questions why we would even need a PPT.⁶⁰

In tax literature, an acknowledgement of the prohibition of abuse of rights as a principle governing DTCs seems alien to international taxation. Even in Lang's view, the signaling function of article 29-9 of the OECD MTC merely emphasizes the necessity for an interpretation based on object and

⁵⁹ Michael Lang, The Signaling Function of Article 29(9) of the OECD Model – The “Principal Purpose Test,” (2020) 74 Bulletin for International Taxation 264.

⁶⁰ René Offermanns, Report on the Symposium The freedom of the judge in the interpretation of Regulations (2023) 63 [European Taxation](#) 225.

purpose in those cases in which one of the principal purposes of a transaction was to obtain a benefit.⁶¹ The principle of object and purpose is, in fact, another codified principle of international law, distinct from the prohibition of abuse of rights. Since international law principles lack a hierarchical order, one could conclude that, from an international law perspective, various principles could enable the repeal of abuse. Such an interpretation would stem from the "object and purpose" codified principle of interpretation in international law as well as from the prohibition of abuse of rights as a non-codified principle.

The *Molinos* case marks a departure from the traditional approach to the object and purpose doctrine, as the Argentine Supreme Court denies treaty benefits due to abuse of rights. It asserts that the treaty's intended purpose is to prevent double taxation, rather than facilitate double non-taxation. The dissenting vote to the judgement and the response from esteemed Argentine legal scholars indicate that this approach is not without challenges. As Teijeiro observes, in practice it might be troublesome to define with precision whether the treaty rules and/or domestic rules have been circumvented.⁶² Contrary to the idea that a broad tax treaty object and purpose helps little in the interpretation of a treaty under article 31, paragraph 1 VCLT⁶³, the Supreme Court identifies within the overarching goal of preventing double taxation a constraint that excludes double non-taxation. This solution goes beyond the limited impact of object and purpose of specific provisions that may not help to counteract abuses, as in the case of the dividends provision of the 1985 Argentina-Chile DTC.

The challenges in recognizing and interpreting legal principles in international tax cases to address abuse may stem from the fragmentation of international law. This fragmentation is compounded by the limited

⁶¹ Michael Lang,, supra n. 59.

⁶² Guillermo Teijeiro, Reconciling MLI Anti Abuse Treaty Rules with Existing Double Tax Agreement and Domestic GAAR in Argentina (2022) Kluwer International Tax Blog, <<https://kluwertaxblog.com/2022/04/25/reconciling-mli-anti-abuse-treaty-rules-with-existing-double-tax-agreement-dta-and-domestic-gaar-in-argentina/>> (accessed 8 May 2024).

⁶³ Kasper Dziurdz, OECD/International - The Concept of the "Object and Purpose" in Tax Treaty Law Based on the Vienna Convention (1969) and the Principal Purposes Test Rule, (2024) 78 Bulletin for International Taxation 110, at 2.2.

understanding of international law among tax specialists. Consequently, the OECD's shift towards acknowledging reliance on domestic anti-abuse provisions could be a response to both the fragmentation and the challenges faced by judges in applying such principles effectively. Furthermore, vague terminology such as "avoidance" contributes to uncertainty and makes it difficult to identify abusive practices, as avoidance does not necessarily imply abuse. However, despite these challenges, current limitations in international tax planning signify a departure from the liberal approach to tax planning as a not restricted freedom towards a more socially oriented approach, where abuse is not tolerated. In this context, a GAAR may serve to prevent abuse more effectively than a SAAR, but they also pose the risk of creating uncertainty if rigorous standards for their recognition are not upheld, for instance if an inversion of the burden of proof were accepted or no resource to a judge exists.

In this context, it is unsurprising that the Argentine Supreme Court relied on so many grounds to support its decision, as evidenced by the points mentioned above in sections 3.5, 3.7, and 3.8. Since domestic courts, rather than international tribunals, decide on the application of DTCs, nuances of international law prove elusive. Additionally, this prompts a higher influence of legal culture than expected from an international law perspective. If countries were less reluctant to either create an international tribunal in this field or simply to submit cases dealing with cross-border tax issues to international courts, the development of international tax law could transcend external public tax law, becoming more harmonious and less reliant on soft law. If the latter were an option, international tribunals should have tax experts as well for balanced decisions.

According to Lowe, the prohibition of abuse of rights principle is likely to achieve much greater prominence as a check upon exercises of legal power by states.⁶⁴ His view relates to international law in general. So far, I believe that an evolution towards such prominence of a principle-based approach to the abuse of rights already started in international and

⁶⁴ Vaughan Lowe, *supra* n. 44.

regional tax matters. In addition to the *Molinos* case, a couple of judicial decisions issued in recent years exemplify this point. For instance, the 2019 Danish cases decided by the Court of Justice of the European Union (CJEU) also serve as examples. As the CJEU stated in these cases, the general EU anti-abuse principle dictates that an EU Member State must withhold the benefits granted by EU Directives if an arrangement constitutes an abuse of rights, regardless of whether any specific anti-avoidance legislation has been implemented in its domestic law.⁶⁵ While one can argue that the Danish cases deal with EU law, both the CJEU and the Argentine Supreme Court are claiming the nature of the measure, a principle, justifies its decision.

From a domestic law perspective, the prohibition of abuse of rights finds its grounds in civil law principles. In Europe, countries like France and Germany have long traditions in recognizing this principle. In taxation, however, its acknowledgement has been more limited and is maybe confronted with the imbalances created by, on the one hand, the right of the taxpayer to organize its affairs in an efficient manner and, on the other, a set of measures to counteract abuse including domestic provisions and judicial doctrines. The direction that courts dealing with international tax law might take remains uncertain, but undoubtedly, recognizing the prohibition of abuse of rights as a principle of international tax law would signify a paradigm shift into uncharted territory for tax experts. Only time will reveal whether, as Quixote suggested, changing the world – the paradigm – is neither utopia nor madness.

4.5 The text of the 1985 DTC between Argentina and Chile

While time reveals the extent of the international law principle of abuse of law in international tax law cases, I wonder if the Supreme Court's journey through principles less familiar to taxation and the use of numerous

⁶⁵ CJEU 26 February 2019, Joined Cases C-116/16 and C-117/16 (*Skatteministeriet v T Danmark and Y Denmark Aps*), ECLI:EU:C:2019:135; and CJEU 26 February 2019, Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16 (*N Luxembourg 1 and Others v Skatteministeriet*), ECLI:EU:C:2019:134. These cases have had echoes in a number of decisions in application of EU directives with and without the beneficial ownership provisions, as analyzed in detail by legal scholars in Robert Danone, Daniel Gutmann, Margriet Lukkien, Guglielmo Maisto, Adolfo Martin Jimenez, Benjamin Malek, The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases, (2021) 49 *Intertax* 6&7.

primary and secondary arguments from all kinds of laws was truly necessary. For this purpose, a review of the DTC applicable to the case is required. It concerns a treaty between two developing countries, Argentina and Chile. Chile was a foundational member of the Andean Pact, a predecessor of the current Andean Community (and hopefully a predecessor of a Latin American Community). Together with Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador and Peru, Chile entered into a regional agreement in 1969, followed by Venezuela in 1976.

Although Chile is no longer an Andean Pact member since 1973, the 1985 Argentina-Chile DTC follows the principles of the Andean Pact MTC, not the OECD MTC or the UN MTC. In this way, the DTC grants priority to the source rules allocating income to the country of its producing source (article 4). However, the 1985 treaty allocates dividend income to the country where the enterprise distributing them has its domicile (article 11). The dividends provision includes neither a beneficial owner provision nor terms that could help to elaborate on an object and purpose helpful to counteract abuse. The provision does not make a reference to terms such as “received by” which the US Court interpreted in the judgement of the 1971 *Aiken* case⁶⁶ to require economic ownership and control over the income flowing through an entity not deriving financial benefit. Instead, it clearly allocates the income to the country of residence of the enterprise distributing the dividends. Such shortage does not plea in favour of the usefulness of a purposive interpretation of the dividends provision. In fact, the Supreme Court did not find room in its terms to deny the benefits.

In addition to the above, the 1985 DTC does not include a provision on treaty entitlement as the OECD MTC does. However, it states that: “An enterprise is deemed domiciled in the country of its incorporation if this criterion applies. If this rule is not applicable or proves insufficient to attribute domicile to a single Contracting State, the company will be considered domiciled where its effective management is located, or failing that, where the primary center of its activity is situated. When, despite the rules of this section, it is not possible to determine the domicile, the competent authorities of the Contracting States will resolve the case by

⁶⁶ *Aiken Industries Inc v Commissioner of Internal Revenue* (1971) 56 TC 925, 934.

mutual agreement”⁶⁷. The latter played an important role in the 1985 DTC urging authorities to solve by mutual agreement any doubt or difficulty in its application and, to control cases of fraud and evasion, facilitating the consultation and exchange of necessary information for that purpose (article 22). The Court decision does not make reference to the use of these possibilities in the Molinos case.

The provisions on domicile mentioned above opened the possibility to challenge both the application of the DTC and the sufficiency of incorporation to attribute domicile to a single contracting state. If the examination of the facts and circumstances and the evidence point to a potential abuse, a careful review of the facts, circumstances and evidence in the framework of a purposive interpretation is required. As Dziurdz claims, there is a need to establish a connection between the general object and purpose of the treaty with the specific goals of a treaty provision, allowing deviations from the traditional meaning of concepts, such as “residence” and “beneficial owner”, by putting more weight on the object and purpose of the relevant tax treaty provisions.⁶⁸

4.6. Reasonableness: on the edge of weak OECD standards for legal certainty

The deviation of the treaty terms is allowed only in exceptional circumstances. In the Molinos case, the Supreme Court holds that the tax administration can validly exercise this power only if there is a manifest inconsistency between the economic substance of the transaction or business and the form or structure that the taxpayers have given it. In the absence of such a manifest inconsistency, “priority must be given to the legal structures used by private individuals”.⁶⁹ The PPT facilitates such deviation as long as its conditions are met. In international tax law an application of the unwritten principle of international law prohibiting

⁶⁷ Article 2 of the 1985 Argentina-Chile DTC.

⁶⁸ Kasper Dziurdz, *supra* n. 63.

⁶⁹ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 22 at 14.

abuse is rare. The Argentinian Supreme Court relied on it, based on its domestic law.

Reasonableness is required in the application of the PPT and the principle prohibiting abuse. In the first, the PPT would be a consequence of positive law. According to the PPT clause such provision only applies “if it is reasonable to conclude...”. In the second case, the Argentine Supreme Court brought an important argument forward: “rights are not absolute, reasonableness is the standard for their regulation”.⁷⁰ For the Court there is no doubt that this also applies to DTCs.

Reasonableness is a term used in article 29, paragraph 9 of the OECD MTC as well as in the PPT clause of the Multilateral Instrument (MLI). The OECD MTC neither defines it, nor refers to it in the Commentaries on the Guiding Principle. Non-defined terms are subject to the hermeneutical rules of DTCs. According to language dictionaries, the term “reasonable” appeals to acting or thinking in a sensible or fair manner.⁷¹ Certainly, these characteristics must be taken into account whenever there is a deviation from the written provisions of an international agreement, or from national law.

Instead of a definition of reasonableness, the MTC gives a number of examples in which the OECD considers reasonable to conclude that the treaty benefits can be granted or not. In addition to this, the OECD Commentaries link a reasonable interpretation with the burden of proof required. There are two main features important to highlight in regard to this approach: First, the standard of reasoning, since the main purpose of obtaining treaty benefits should not be lightly assumed.⁷² Second, a standard of application, since the OECD states that it is not necessary to find conclusive proof of the intent of a person concerned with an arrangement or transaction and, as a matter of fact, recommends inverting

⁷⁰ *Molinos Río de la Plata S.A. v Argentinian Revenue Service* [2021], p. 13 at 9.

⁷¹ Oxford University Press, OED – Oxford English Dictionary, (2024) at <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=reasonableness&tl=true>

⁷² OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (*Full Version*), OECD Publishing (2019). <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>, see C(29)-88 at 178.

the burden of proof.⁷³ In my view, the standard of reasoning is related to the analysis of objective analysis based on facts and circumstances while the standard of application to the burden of proof and who carries it.⁷⁴

The characteristics of the OECD's approach mentioned above not only call into question the sensitivity and fairness that anyone would expect from a reasonable application of a provision that allows for the disapplication of a statutory provision. It is not clear why the standard of application does not live up to the standard of reasonableness. If the purpose is not to be lightly assumed, the logical consequence would be compelling evidence of a purpose that abuses rights. Considering the benefit granted by a tax provision per se is not an abuse, even if it is one of the main purposes. As the UK upper tribunal stated in the most recent PPT case, a taxpayer may rely upon the availability of a treaty benefit and, it is common ground that HMRC has the burden of proof in the application of the DTC anti-abuse rule (article 12, paragraph 5).⁷⁵

Courts have rejected the inversion of the burden of proof in other cases. In *Alta Energy*, for instance, the Supreme Court of Canada confirmed that Canadian courts may not use the domestic GAAR to rewrite tax statutes or DTCs to prevent alleged treaty shopping where the treaty itself clearly does not do so.⁷⁶ The situation is different when the analysis of the purpose involves the application of provisions in which the burden of proof falls on the taxpayer, as the Administrative Court of Portugal indicated in the identification of a PPT involving the deduction of expenses and losses. In

⁷³ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, see C(29)-85 at 170.

⁷⁴ For a different view, focused on the objective analysis of the facts and circumstances, see Dennis Weber, *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law (2017)*, 11 *Erasmus Law Review*. Available at https://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2017/1/ELR_2017_10_01_005.

⁷⁵ *Burlington Loan Management DAC vs HMRC* [2024] UKUT 00152 (TCC). The First Tier Tribunal stated that BLM's ability to benefit from Article 12(1) UK-Ireland DTC was a component in the calculation which informed its decision in a transaction did not make that ability any part of BLM's subjective purpose in acquiring the SAAD Claim. *Burlington Loan Management DAC vs HMRC* [2022] UKFTT 00290.

⁷⁶ *Canada vs Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.* [2021], Supreme Court of Canada, 26 November 2021, case SCC49.

these cases, the law imposes the burden of proof on the taxpayer.⁷⁷ The later was not the case in the *Molinos* case since the Court applied the doctrine of the prohibition of abuse of rights from constitutional law in connection to the good faith and purpose in the VCLT. In this way, the Argentine Supreme Court added one challenge to the many questions surrounding the application of anti-abuse measures:

The Argentine Supreme Court denied the treaty benefits arguing that the treaty purpose is to prevent double taxation, excluding in this way instances of double non-taxation. This is an appealing argument. While it is related to the treaty purpose, at the same time it ends recognizing a single principle that –I am convinced–, does not exist in DTC yet. The 1985 Argentine-Chile DTC indicates that the purpose is to prevent double taxation but it did not have a clause stating consequences for double non-taxation. Enforcing single taxation in this way is far from being non-controversial.⁷⁸ This is a case where both the land of giants and windmills looks like a quagmire. No doubt, careful consideration is required in view of the necessary application and balance with other principles, as for instance legal certainty, the due process and the burden of proof related to it. If the basis for the denial of treaty benefits is abuse of law ending in double non-taxation, a full compliance of such principles is reasonable. A rule that does not meet the criterion of legal certainty cannot be proportionate to the objectives pursued, the European Court of Justice stated. Legal certainty requires legal rules to be clear and precise and their consequences foreseeable, in particular where they may have adverse consequences for private individuals and companies.⁷⁹ In my view this holds true for decisions applying legal provisions in any law field either at the domestic, international or supranational levels. The lack of compliance to this principle only opens the way for arbitrary decisions, which per se is not reasonable and is, in fact, far from desirable in tax matters. To

⁷⁷ Portugal vs “A...”, *Sociedade Unipessoal LDA* [2023] Supremo Tribunal Administrativo of Portugal, 24 May 2023, Case 036/21.8BALS

⁷⁸ Extensive literature shows the complexities associated with single taxation, for instance Wheeler Joanna. *Single Taxation* (2018) IBFD.

⁷⁹ For instance, in the decisions of the European Court of Justice in *ITELCAR* and *SIAT*. ECJ C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629 at note 44. ECJ, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415.

prevent this, the concomitant and balanced application of various legal principles is required in the application of DTCs, as it is also in international law. DTCs should not be an exception. From this perspective, the inversion of the burden of proof suggested by the OECD commentaries is far from reasonable.

The second aspect of “reasonableness” announced at the beginning of this section regards to the Argentine Supreme Court’s claim: “rights are not absolute, reasonableness is the standard for their regulation”. The limited nature of rights also holds true to any field of law. To consider the evolution of the principle prohibiting abuse in civil law a couple of centuries ago might be useful. History makes us aware of changes of paradigm from the Roman law approach to use rights so as not to injure others to the *laissez faire* from the liberalism towards a more social approach. We could explore how the evolution relates to taxation and international tax law in regard to the right to structure business in tax planning and its limits. Acknowledging equal standards of application of the principle against the abuse of rights seems consequential for a reasonable decision. But, in this case the standards of application indicated above in section 4.3 should also apply in international tax matters: exceptional character, applicable if there is full proof, no inversion of the burden of proof and application concomitant with other principles -such as the due process-, and criteria, such as good faith, reasonableness or normal administration.

The arguments used by the Court and explained above in section 3.9, however, leave some doubts from the perspective of reasonableness as a recognition of non-absolute rights under the sun. For instance, one should question whether it is immaterial that Molinos Chile, as an intermediary holding, makes only an insignificant taxable profit in view of the holding claimed purpose. The judgment does not refer to an assessment of the assets and personnel used or the risks held by Molinos Chile. Nevertheless, it indicates that there was a lack of real economic link between the Chilean company, the Uruguayan companies and the Peruvian society, since the income did not remain in the assets of the holding company nor were they destined to fulfill its corporate purpose. They were rather issued to its majority shareholder in Argentina. Furthermore, the Court observed that there was no substantial income

derived from Chile. It also considered the different timing involved. The judgment does not mention other criteria relevant for the establishment of the existence of the beneficial owner such as the existence of a formal or written obligation to pass on the income received, and the existence of any right to dispose of the income. Instead, the Court refers to the facts and circumstances that leave the holding, apparently, empty handed. As to the Court, the income did not remain in the assets of the Chilean holding and therefore it was not used to fulfill its corporate purpose. Is this just a fact or the proof of a lack of any right or power to dispose of the income?

5. Conclusion: Is it Freston's fault?

During his visit to the windmills, Don Quixote blamed Frestón for having turned the giants he had fought on his first outing into windmills. However, Frestón, the supposed evil wizard and Quixote's greatest enemy, is actually a fictional character. Quixote's niece fabricated it to dissuade Quixote from his fantasies. She invented a story alleging that Frestón destroyed all of Don Quixote's novels, when in reality she burned them to prevent Quixote's further adventures. My journey to La Mancha is neither Quixote's, nor Freston's fault. This is Hans Arts' fault! In this adventure to pay tribute to him, I realized that legal culture may have unexpected influence in the decision of international tax law cases. In reality, however, the prohibition of abuse of rights is an unwritten principle of international law backing an identical principle of constitutional and domestic law. Such a principle can help to narrow the ample meaning of avoidance and may yield more consequences in the international tax field than one could imagine. The stain ("la mancha") in the fight against avoidance is clear when the evidence demonstrates that the taxpayer abused its rights and double non-taxation is the consequence.

The prohibition of abuse of rights makes it necessary to distinguish and fight the apparent from the real, bringing the interpreter in a confrontation of the literal application of the text backing or facilitating abuse with the object and purpose of a provision. The text of the 1985 Argentina-Chile DTC had several avenues leading to the denial of the treaty benefits that the Argentine Supreme Court unfortunately did not explore. The resource to domestic anti-abuse tax clauses and other legal provisions could be

unnecessary from that perspective. Recognizing, however, that tax planning has its limits in the prohibition to abuse of rights is of fundamental nature. As an autonomous principle of international law, this unwritten principle holds paramount importance, distinct from but complementary to the written principles of good faith and of the object and purpose mentioned in the VCLT. Its recognition as such underscores its significance in shaping international legal norms and guiding the interpretation and application of treaties. Hence, it represents a powerful instrument in the battle against abuse whenever an anti-abuse provision is missing. In this task, Quixote would not hesitate entering in the quicksand of law and morals to fight for fairness. Establishing the conditions under which the principle should be applied is therefore necessary.

The reference to several indicators of potential abuse and of legal instruments that could be used to counteract it, brought us to Quixote's world of giants and windmills. Equating DTCs with International Private Law treaties and applying an inexistent beneficial ownership clause can be examples of the first. At the same time, looking at those as reference to potential indicators of abuse, something condemned by the legal system, is a consequence of the hermeneutical dilemma: object and purpose versus text of the legal – treaty - provisions. From this standpoint and in light of the development of the prohibition of abuse principle in international law, I assert that setting aside the text of a provision necessitates intervention of a competent authority empowered by law to adjudicate on claims of taxpayer abusing its rights. Furthermore, the criteria developed to test reasonableness in the application of a prohibition of abuse of rights as an unwritten principle of international law, or of the PPT as a codified anti-abuse provision, needs to consider at least four standards: For the PPT, the standard of reasoning and the standard of application. The former requires an objective analysis based on facts and circumstances while the latter demands compliance to the due process in the application to the burden of proof and who carries it. A careful analysis of the facts and circumstances and of the evidence submitted by the one claiming the prohibition of abuse of rights would be necessary to prevent abuse of laws in the uneven relationship between the taxpayer and the

state. Without these clear conditions for setting aside the legal provision at stake, the taxpayer will be lost in the world of giants.

In the acknowledged limited nature of rights, tax specialists need to acknowledge a turn towards a social approach in international tax law. The standards in this case relate: First, to the acknowledgement of at least similar criteria of evolution in civil law: the exceptional character in the application of the principle, only in the presence of full proof provided by the one claiming the abuse (no inversion of the burden of proof), with concomitant application of other legal principles -such as the due process-, and criteria, such as good faith, reasonableness, or normal administration. Second, to the need to balance various legal principles while prioritizing legal certainty and preventing arbitrary decisions. Arbitrariness in tax matters immerses taxpayers in dangerous quicksand both for them, but also for their countries.

OVER SCHRIJVEN, LITERATUUR EN DE ACADEMIE

Mr.dr. Frank Nellen¹ en Prof. dr. Ad van Doesum²

Samenvatting:

In deze bijdrage gaan Frank Nellen en Ad van Doesum in op twee interesses die zij met Hans Arts delen: de literatuur en de kunst van het schrijven. Dit doen zij aan de hand van citaten van bekende literatoren.

Kernwoorden:

Literatuur, Hemingway, schrijven, Pascal, Reve, Lincoln, IG Nobelprijs

Hans is geen academicus die zich, als gevolg van de hyperspecialisering binnen het belastingrecht, beperkt tot zijn eigen vakgebied. We durven zelfs te beweren dat hij in de traditie staat van de wijsgeren van weleer, met hun haast onbegrensde interesse voor alles waarmee de mens in aanraking komt.³ In deze bijdrage gaan wij in op twee van zijn vele interesses: de literatuur en de kunst van het schrijven. Dit doen we aan de hand van enkele citaten van literatoren, waarbij we niet zelden een brug slaan naar een wereld die we zo lang met Hans hebben gedeeld: die van de academie.

¹ Frank Nellen is werkzaam als universitair hoofddocent aan de Universiteit Maastricht en als directeur bij Baker Tilly (Netherlands) N.V. Daarnaast is hij auteur bij Overamstel Uitgevers/Hollands Diep.

² Ad van Doesum is hoogleraar in de kostprijsverhogende belastingen aan de Universiteit Maastricht en hoofd van het Knowledge Centre van PwC. Daarnaast werkzaam als rechter-plv. in de rechtbank Den Haag.

³ Zo was Hugo de Groot niet alleen jurist, maar ook Neolatijs poëet, retoricus, vertaler, theoloog en filosoof. En ook Descartes hield zich niet uitsluitend bezig met het ontwikkelen van zijn filosofie, daar hij bijkluste als wiskundige, astronoom, militair en literator. Eenzelfde poly-eruditie schrijven wij Hans toe.

Houd het kort!

In de Nederlandse taal zijn er nogal wat bijvoeglijke naamwoorden en bijwoorden voorhanden waarmee iemand kan uitdrukken dat de tekst die hem onder ogen is gekomen niet bepaald beknopt is: langdradig, breedvoerig, lijvig, lang, volumineus, uitgesponnen, omvangrijk, wijdlopieg. Ook aanzienlijk is het aantal woorden waarmee die persoon vervolgens zijn ongenoegen kan uiten, dit in samenhang met het daadwerkelijk moeten lezen van de tekst: saai, vervelend, afstompend, stroperig, wollig, geestdodend, enzovoorts. Met zijn pen heeft Pascal de lange tekst op prachtige wijze indirect bekritiseerd, en wel door middel van een bondig aforisme:

“Ik schrijf je een lange brief, want ik heb geen tijd voor een korte.”

-Blaise Pascal

Ook juristen doen er goed aan om bondig te schrijven. Het jargon is immers al zo beladen met betekenis dat slepende, grammaticaal gecompliceerde zinnen vaak afbreuk doen aan de boodschap. In de fiscaliteit kennen we de Stevensprijs, die elk jaar door uitgeverijconcern Wolters Kluwer wordt uitgereikt aan een “jonge auteur die complexe fiscale materie op eenvoudige wijze weet te verwoorden”.⁴ Een lovenswaardig initiatief dat ons hopelijk blijft herinneren aan de meerwaarde van klare, bondige taal.

Op dit punt is het voor ondergetekenden onontkoombaar om de hand in eigen boezem te steken. Immers, twee beruchte gevallen van wijdlopiegheid betreffen de dissertaties *‘Information Asymmetries in EU VAT’* (651 pagina’s) en *‘Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw’* (755 pagina’s).⁵ Als scheppers van deze werken achten wij de kans uiterst gering dat één van ons ooit de Stevensprijs zal winnen, temeer daar wij inmiddels ook al niet meer voldoen aan het vereiste van jeugdigheid. Het enige dat wij ter verdediging van ons bedenkelijke publicatieverleden kunnen aanvoeren is dat we ten tijde van het schrijven van onze

⁴ Zie <https://www.wolterskluwer.com/nl-nl/events/stevensprijs>, geraadpleegd op 11 september 2023.

⁵ Nellen, F.J.G., 2017, *Information Asymmetries in EU VAT* (diss); Van Doesum, A.J., 2009, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw* (diss).

proefschriften onbezonnen waren, als wilde bronco's dravend op een uitgestrekte vlakte, en dat we wellicht ook te veel onder de invloed stonden van de Europese instituten, die met hun schrijfdrift op het vlak van de btw niet noodzakelijk het goede voorbeeld hebben gegeven.⁶ Overigens heeft Hans Pascals boodschap wel ter harte genomen; zijn sierlijk handzame proefschrift, getiteld 'Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting', is met zijn 387 pagina's een toonbeeld van kernachtigheid.

Zozer zijn wij inmiddels doordrongen van de noodzakelijkheid van duidelijke, bondige taal, dat wij in de Scriptiehandleiding 'indirecte Belastingen' op dit punt enkele schrijfaanwijzingen hebben opgenomen. Wij schrijven:

"Short and grammatically simple sentences are often best. Refrain from using overly complicated formulations; simply call a dog a dog, not a 'four-legged mammal, be it domesticated or not, of the canine tree of species'."⁷

Zetten wij de juridische schrijfstijl echter af tegen de literaire, dan valt op dat bondigheid binnen de bellettrie niet noodzakelijk op de voorgrond staat. Het alom geprezen meesterwerk 'Op zoek naar de verloren tijd' van Marcel Proust telt maar liefst 1,2 miljoen woorden.⁸ En in Nederland kennen we natuurlijk de lijvige romancyclus van Voskuil, 'Het Bureau', waarvan gezegd wordt dat deze ten tijde van zijn complete herdruk de productiecapaciteiten van de drukker danig op de proef heeft gesteld. Meer recent valt te denken aan 'Alkibiades' van Pfeiffer, die, ondanks uitvoerige beschrijvingen van zee- en veldslagen, de duizend pagina's net niet heeft gehaald.

Aan de andere zijde van het spectrum treffen wij 'De oude man en de zee,' van Hemingway. Een toonbeeld van bondigheid. En tegelijkertijd het

⁶ De Btw-Richtlijn (2006/112/EG) telt 414 artikelen en is in gedrukte vorm geregeld aanleiding voor studenten om te klagen over rugproblemen.

⁷ Nellen, F.J.G., 2022, Thesis Manual Supply Chain Taxation, Customs law & VAT, p. 16.

⁸ Op onze vingers tellend hebben we getracht het precieze aantal woorden van 'Op zoek naar de verloren tijd' vast te stellen. Dit is ons niet gelukt. Nadat we een paar keer halverwege de tel zijn kwijtgeraakt, hebben we de moed opgegeven. Het in deze publicatie genoemde aantal woorden is dan ook een schatting, ontleend aan duistere bronnen op het internet.

bewijs dat, wat betreft literaire waardering, een handvol goedgekozen woorden niet hoeft onder te doen voor een eindeloze roman: Hemingway ontving immers de Pulitzerprijs voor dit werkje, dat verhaalt over een oude Cubaanse visser die op een gammel bootje een marlijn probeert te vangen. Korte zinnen, misschien wel omdat de meester het te druk had met drank en vrouwen, maar ook een prachtig, melancholiek en aangrijpend verhaal. ‘Kom, vis’ staat er tegen het eind van het boek, en zie daar: er bestaat geen manier om deze parel van de wereldliteratuur beter samen te vatten.⁹

Typen of schrijven

“Ik kan aan een handschrift altijd wel zien of het iemand is die beter doodgeslagen had kunnen worden dan in leven gelaten.”

-Gerard Reve

Gevreesd waren ooit de dagen dat de toetsen binnenkwamen. Sommige academici lagen er dan al nachten wakker van, want toetsen betekenden torenhoge stapels papier. En niet zomaar papier: papier gevuld met zwierige krullen en hoekige krassen. Studenten zijn geen schoonschrijvers, leerde iedere corrector al snel na indiensttreding. En dus zat je avondenlang voorovergebogen over vlekkerige wangedrochten van haastig uitgeschreven antwoorden, verscheurd door het haast ontembare verlangen om je ogen rust te geven. Zijn er cijfers toebedeeld die hoger zouden zijn uitgevallen wanneer de betreffende student op voorhand een paar cursussen kalligrafie had gevolgd? Ongetwijfeld. Vergis je niet: ook nu nog liggen wij geregeld wakker, denkend aan dat ene genie dat tijdens zijn of haar academische loopbaan onopgemerkt is gebleven, enkel en alleen omdat hij of zij het schrijven met de hand nooit werkelijk onder de knie heeft gekregen.

Welnu, een kleine uitstap naar de geschiedenis. Maar al te vaak blijkt de mens op het nippertje in staat om door middel van een technologische doorbraak de neergang van de mensheid af te wenden. Denk aan de knechting van het vuur aan de vooravond van een nieuwe ijstijd die, met bijbehorende wilde beesten, de sukkelende mensheid dreigde te

⁹ Zie Hemingway, E., 1953, De oude man en de zee, A.J.G. Strengholt's Uitgeversmaatschappij N.V., zesde druk, pagina 120.

overspoelen. Of aan de ontdekking van penicilline door Fleming, een paar jaar voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog. Zulke momenten zijn voer voor de megalomane gedachte dat wij, aapachtige doch briljante wezens, altijd in staat zijn om oplossingen te vinden wanneer de druk door levensbedreigende omstandigheden hoog genoeg oploopt.¹⁰

Nu willen wij uiteraard niets afdoen aan de gewichtigheid van de wereldgeschiedenis. Toch ligt hier een parallel met de academie die wij niet aan ons voorbij kunnen laten gaan. Want is het niet zo, dat men aan de Universiteit van Maastricht korte tijd geleden heeft besloten om over te stappen op digitale toetsing met behulp van laptops, en wel omdat de toetscorrectoren massaal in burnouts dreigden te geraken? Vijf voor twaalf, gered door de verworvenheden van het digitale tijdperk. Evenwel komt zowel de ondoorgrondelijkheid als de meedogenloosheid van het lot op dit punt om de hoek kijken – want laat het besluit om over te stappen op laptops nou net zijn genomen vlak voor Hans’ pensioen. De profijten gaan aan hem voorbij. Wij kunnen hem slechts een schrale troost bieden, en wel in de vorm van ons onvermijdelijke bruggetje naar de literatuur: Jeroen Brouwers, de grote stilist en polemist, schreef tot aan het eind met de pen. Uit trots. Hans en hij hadden elkaar ongetwijfeld in de ogen kunnen kijken.

Op zoek naar een boodschap

Calvin: I used to hate writing assignments, but now I enjoy them. I realized that the purpose of writing is to inflate weak ideas, obscure poor reasoning, and inhibit clarity. With a little practice, writing can be an intimidating and impenetrable fog! Want to see my book report?

Hobbes (reading the title): The dynamics of interbeing and monological imperatives in Dick and Jane: a study in psychic transrelational gender modes.

Calvin: Academia, here I come!

-Bill Watterson

¹⁰ Zo, en dan nu het klimaatprobleem.

“That man can compress the most words in the fewest ideas of any man I ever knew.”

-Abraham Lincoln

In 1993 won een zekere F. van de Werf samen met 975 co-auteurs de ‘IG Nobelprijs’, een jaarlijkse prijs waarmee onderzoek belachelijk wordt gemaakt, voor een publicatie die honderd keer zoveel auteurs als bladzijden had.¹¹ Lezen wij het citaat van Lincoln hierboven, dan is onze conclusie dat het IG Nobelcomité hiermee een grote misser heeft begaan. Stel je voor: 976 wetenschappers die allereerst hun wijsheid op papier weten te zetten, en vervolgens ook nog eens terug weten te brengen tot een destillaat van honderd pagina’s. Zouden rechtscolleges dat met btw- of vennootschapsbelastingzaken doen, dan blijft er voor ons juristen veel meer tijd over – bijvoorbeeld voor het lezen van de grote werken van de (wereld)literatuur.

Uiteraard is Hans nooit in aanmerking gekomen voor de IG Nobelprijs. De reden is, zo menen wij, eenvoudig: in het kader van zijn onderzoek heeft hij altijd voldoende wezenlijke onderwerpen behandeld. Zo schreef hij over de kwijtscheldingswinstvrijstelling, de heffing van overdrachtsbelasting bij bedrijfsopvolging, de alleenstaande-ouderkorting, de fiscale behandeling van kapitaalstortingen, het overgangsrecht van de Wet IB 2001, schuldtoerekening in de inkomstenbelasting, heffing van dividendbelasting onder een belastingverdrag, en vele andere onderwerpen. Met andere woorden: Hans heeft wat te zeggen.

Op het eerste gezicht is het opmerkelijk dat in het literaire veld geen plaats lijkt voor het criterium dat teksten ergens over moeten gaan. Denk aan het meest geprezen Nederlandstalige literaire werk van de laatste eeuw: ‘De avonden’, van Gerard Reve. Tien dagen lang volgen we Frits van Egters, een jongen die niets anders doet dan zichzelf en anderen vervelen. En dan is daar nog ‘Hersenschimmen’, van Bernlef, waarin de hoofdpersoon Maarten Klein steeds minder doet en denkt. Wij zien het zo: soms bestaat

¹¹ Wij weten dat het een doodzonde is om te verwijzen naar een Wikipedia-pagina, maar we doen het toch: https://nl.wikipedia.org/wiki/Ig_Nobelprijs

de beste literatuur *juist* uit weinig of niets, namelijk in die gevallen waarin het gebrek of de afwezigheid van het wezenlijke het centrale thema vormt. Beide boeken zijn zeer lezenswaardig, overigens.

Waar ware schoonheid kan bestaan uit weinig of niets, kan een brede interesse slechts aanhouden bij veel of alles. Bij het verenigen van een brede interesse met ware schoonheid dient het resultaat ervan bondig én netjes op schrift gesteld te worden. Hans weet dat als geen ander.

Hans, het ga je goed.

SOME THOUGHTS ABOUT THE PAST AND FUTURE OF INTERNATIONAL TAX LAW

Prof.dr. Kasper Dziurdz¹

1. Introduction

Moving to a different country is an adventure, which is connected with many challenges of smaller and bigger nature. For such an adventure to succeed and to enjoy life in a new country, connecting with locals is particularly important. Although I met Hans Arts only two years ago after moving to Maastricht, knowing him has been enriching. On many different occasions, whether at the EATLP congresses in Luxembourg and Antwerp, at a movie screening at Lumière cinema, or at the jubilee celebration of Raymond Luja, I had the pleasure to learn from Hans about Maastricht, the university, the Dutch people, and all the small things that matter in life. Hans was also the first who started to speak to me in Dutch on a regular basis, and I appreciate this a lot. Thank you!

Very quickly, I also learnt from others about the great dedication and achievements of Hans Arts. He has been a pillar of our tax law programmes for many years. His expertise in the field of income and corporate taxation inspired many students, scholars and future generations. It is therefore a great honour to contribute to this Liber Amicorum for Hans Arts.

Fifteen years ago, few would have believed that a multilateral instrument revising almost 2,000 double taxation conventions would ever become a reality, that a global minimum tax would put a floor on tax competition, and that the OECD's leading role in setting the agenda in the area of international tax law would be fundamentally questioned in favour of the UN. Similarly today, many doubt that there will be a fundamental shift of taxing rights to market jurisdictions through Amount A of the two-pillar approach, that the Under-Taxed Payments (or Profits) Rule (UTPR) will

¹ Kasper Dziurdz is professor of International Tax Law at Maastricht University.

ensure minimum taxation of extraterritorial profits, including US profits, or that there will be a global minimum tax for (rich) individuals. However, considering the dynamics we are now facing in international tax law, even the impossible seems possible and one thing is for sure: international tax law will not get less interesting and complicated anytime soon. We already face a myriad of challenges implementing the existing measures. Unfortunately (or perhaps fortunately for the tax profession and scholarly discourse), many more legal and practical challenges await us.

In this contribution, I intend to outline some thoughts about the past and future developments in international tax law related to three connected areas:

1. the trend towards multilateralism to solve global tax issues;
2. the shift of taxing rights to market jurisdictions; and,
3. the global minimum taxation initiative.

I should note that this contribution does not aim to achieve scientific accuracy or completeness. Still, I hope that it will inspire some controversial discussions, which is the purpose of this contribution.

2. Multilateralism

Multilateralism is the process of organizing relations between groups of three or more jurisdictions. Besides this quantitative aspect an ideal type of multilateralism arguably involves an indivisibility of interests, diffuse reciprocity due to expectations that do not lie in immediate and equivalent exchanges, and a dispute settlement system to ensure compliance.²

Since countries have different domestic tax laws, economies, views and interests, they negotiate and conclude double taxation conventions mostly on a bilateral basis. Some states favour source taxation over residence taxation. Others favour residence taxation over source taxation. Some states maintain borders between each other and want to address the taxation of frontier workers in particular by deviating from the place-of-

² See J. Scott, “multilateralism”, Encyclopedia Britannica, 23 April 2024.

work principle. Others fear people leaving their jurisdiction after retirement in favour of sunnier states and are thus opposed to exclusive residence taxation of pensions. This leads to fragmentation of international tax law through bilateralism. On an abstract level, all states intend to eliminate international juridical double taxation to stimulate cross-border investment, trade and exchange. On a more technical level, due to their different systems and interests, it seems impossible to achieve this common goal through a single multilateral convention that goes beyond a regional level.

These differences in systems and interests are reflected in the BEPS Multilateral Instrument.³ Although the BEPS Multilateral Instrument pursues a common and arguably indivisible interest of preventing base erosion and profit shifting, the contracting jurisdictions share different views about the extent and way of achieving this multilateral goal. In addition, the BEPS Multilateral Instrument modifies bilateral conventions, which may differ significantly in wording, or may already include anti-BEPS measures. This explains the flexibility inherent in the BEPS Multilateral Instrument, achieved through various options and reservations that the contracting jurisdictions may exercise.⁴

Despite this continued fragmentation, the BEPS Multilateral Instrument is a success. Its purpose is not to harmonize all anti-BEPS measures in tax treaty law. It is rather a showcase that a vast number of double taxation conventions can be modified through a multilateral convention in a short time. It is an inspiration for future multilateral agreements addressing specific goals that require modification of tax treaties. Some of these kinds of agreements have already been developed and proposed: the STTR Multilateral Instrument⁵ and the Amount A Multilateral Convention.⁶ This

³ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (2016).

⁴ Even under the minimum standard for preventing treaty abuse, the principal purposes test (PPT) rule may not be applied if the reservation pursuant to Art. 7, paragraph 15, subparagraph a of the BEPS Multilateral Instrument is made.

⁵ Multilateral Convention to Facilitate the Implementation of the Pillar Two Subject to Tax Rule (2023).

⁶ Multilateral Convention to Implement Amount A of Pillar One (2023; not yet open to signature).

means that the future of international tax treaty law will continue to be bilateral and multilateral at the same time. On the one hand, double taxation conventions will remain mostly bilateral to consider the different interests and views of the two contracting jurisdictions. On the other hand, where a need to swiftly amend a vast number of double taxation convention arises, or where a certain allocation of taxing rights can be better regulated through a multilateral convention rather than through bilateral agreements,⁷ multilateral conventions will apply on top of existing and/or newer double taxation conventions.

Whether negotiated at OECD or UN level, multilateral solutions must bring the diverging interests of jurisdictions closer together in order to address global tax problems and implement common approaches. As a result, they will constitute a compromise rather than a perfect solution. This may affect the design of the convention itself to allow for enough flexibility so that the required consensus for approval can be reached. This may further affect the design of the implemented solutions. Just like the BEPS Multilateral Instrument, conventions may leave the jurisdictions with choices and have an impact only to the extent there is a “match” between the jurisdictions.⁸ This gives a lot of freedom to the contracting jurisdictions. However, this approach may not be suitable to address all tax issues. For example, a completely new and complex system for the (re)allocation of taxing rights, notably, Amount A of Pillar One, would not be manageable in practice if jurisdictions could individually redesign and fragment this system through reservations. The adoption of uniform rules may be an objective in itself.⁹ Thus, conventions may also leave little to no choices, except for the choice to join or not.¹⁰ To ensure broad participation, however, the proposed solutions may be watered down, not

⁷ For example, it is more meaningful to regulate Amount A separately through a multilateral treaty rather than including relevant provisions directly into bilateral double taxation conventions.

⁸ While the BEPS Multilateral Instrument is a very flexible instrument, it also limits the choices the contracting jurisdictions have by providing for pre-determined reservations.

⁹ See, for example, the preamble of the Amount A Multilateral Convention, which mentions the desire of an “effective reform to the international tax system through adoption of uniform rules [...]”

¹⁰ See, for example, Art. 45 of the Amount A Multilateral Convention, which states that “[n]o reservations may be made to this Convention” and thereby limits choices about the implementation of Amount A. Also see Art. 9 of the STTR Multilateral Instrument, which contains the same statement.

rely on clear principles, introduce arbitrary thresholds and formulas, try to navigate between conflicting purposes at the same time, or be phrased in an ambiguous way to allow everyone identifying with the chosen wording. Arguably, many of the design choices of Amount A of Pillar One and the Global anti-Base Erosion (GloBE) rules of Pillar Two (the latter being implemented through a common approach¹¹ and not through a multilateral treaty) can be explained by such a need for a compromise.

3. Amount A

Amount A of Pillar One, a new taxing right for market jurisdictions, would represent a fundamental shift of how taxing rights are allocated between jurisdictions. It would not only rely on consolidated financial statements and formulary calculations, but would also establish new and quite complex nexus rules. Thus, it needs to be implemented in a multilateral framework so it can succeed. While the current framework relies on principles developed more than hundred years ago and, thus, heavily relies on physical presence, under Amount A, market jurisdictions would have a taxing right even without such physical presence. Although taxation without physical presence is familiar when it comes to dividends, interests, royalties or technical services, Amount A would constitute a deviation from the well-established permanent establishment principle. In some cases, even the mere delivery of goods to a business customer in another jurisdiction may trigger a reallocation of taxing rights to that jurisdiction, notably where this customer is the final customer.¹²

Amount A is a compromise. What began with BEPS Action 1 and the tax challenges of the digital economy ended with a suggestion for a fundamental tax reform for all kinds of businesses, either digital or not. It seems impossible to ringfence the digital economy, as the whole economy

¹¹ This means that jurisdictions are not required to adopt the GloBE rules. However, if they choose to do so, they agree to implement and administer them in a way that is consistent with the agreed standards.

¹² See, for example, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Amount A of Pillar One (2023), p. 469, box 37, example 4, regarding the sale of manufacturing equipment used by the (final) customer in its process to manufacture electronic chips as a sale of a finished good.

is becoming more and more digital.¹³ From a legal perspective, it is not impossible to do so. Various tax measures such as digital services taxes (DSTs) do exactly this. They ringfence a certain type of business. Rather than impossible, it seems not desirable to ringfence the digital economy. Both in the traditional economy and in the digital economy there is no strict need to maintain a fixed place of business in another jurisdiction to do business. In fact, the concept of the dependent agency permanent establishment already recognized this a century ago. It deems another person to constitute a permanent establishment if that person meets certain conditions of dependency. There is still a physical link caused by the physical presence of that person. Some kind of physical presence is (almost) always relevant, whether it is the presence of the taxpayer, the agent, the customer, the consumer or the product. Shifting the taxing rights to market jurisdictions under Amount A means that the physical presence of the taxpayer would lose significance, while the physical presence of customers, consumers, users and goods would become more important.

Amount A would apply to (almost) all kinds of businesses, but it would only apply to approximately 100 multinationals worldwide due to the choice of arbitrary thresholds, namely, the revenue threshold of EUR 20 billion and the profitability threshold of 10% of the revenues. If market jurisdictions are justified in having a right to tax independently of physical presence in the form of a fixed place of business, this should be true in all situations, not only with the largest and most profitable multinationals. Any justification for a new taxing right should be valid for all multinationals, all corporations and all individuals doing business cross-borderly. The limited scope of Amount A can be explained from a practical standpoint and by the fact that the multinationals actually covered are profitable enough to have a substantial impact on the reallocated tax revenues. The complexity of Amount A, its reliance on consolidated financial statements and the administrative burdens associated with Amount A prevent a wide

¹³ See OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report (2015): “As digital technology is adopted across the economy, segmenting the digital economy is increasingly difficult. In other words, because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy.”

application of the suggested regime. The amount of potentially reallocated tax revenues seems sufficiently high to bring the conflicting views of winning and losing jurisdictions closer together and to reach a compromise under a multilateral agreement.

Amount A is, in principle, not about increasing tax revenues, but about reallocating tax revenues. In order to prevent double taxation, the tax paid in the market jurisdiction should trigger some form of relief in another jurisdiction. While market jurisdictions would receive a new taxing right, they would also have to give up their DSTs in return. This is the still existing connection to the digital economy. Many US multinationals of the digital economy avoided (or had no need for) physical presence in market jurisdictions. As a result, and due to some clever forms of tax planning, they paid little to no corporate income taxes. If others do not tax, why should market jurisdictions not tax instead? Thus, market jurisdictions started introducing different forms of DSTs. In reality, those jurisdictions do not want to tax digital services. They want to tax the US multinationals providing those services because those multinationals do (or did) not pay any substantial corporate income tax. Since DSTs arguably fall outside of the existing tax treaty network, it is possible to levy them without physical presence as a compensation for a low level of corporate taxation.

Here Amount A comes into play. Amount A will not become a reality without the US¹⁴ (but the same is arguably true for Article 12B of the UN Model). While the market jurisdictions would gain a new taxing right, they would also lose their DSTs. While the US would have to give up taxing rights (to some extent: it is also a large market), it would avoid a proliferation of unilateral DSTs. Thus, the removal of DSTs is an integral part of the multilateral agreement to implement Amount A.

Should all DSTs be abolished? No, market jurisdictions may benefit from both Amount A and DSTs at the same time. This is the case as long as DSTs are not designed in a discriminatory manner¹⁵ or, in short, as long as they

¹⁴ See Art. 48, paragraph 1, subparagraph b of the Amount A Multilateral Convention in connection with Annex I.

¹⁵ See Art. 39, paragraph 2, subparagraph b of the Amount A Multilateral Convention.

do not predominantly target US multinationals. Austria, for example, has had an advertising tax for many years. Its scope covers various forms of advertising, except digital advertising. If Austria would extend this advertising tax to digital services (and abolish its current separate DST), this would not constitute a problem from the perspective of the Amount A framework. This is true as long as the revised advertising tax applies to all kinds of enterprises, large and small, carried on by individuals and by corporations and without discrimination.

4. GloBE

A third trend to discuss relates to the GloBE rules. The GloBE rules of Pillar Two arguably pursue two different objectives at the same time:

- Setting a floor to tax competition; and,
- Tackling remaining BEPS issues.

There is a certain conflict between these two objectives. If limiting tax competition is at the forefront, there is no need to exclude (or limit the impact on) substance-based activities through a substance-based carve-out, or to restrict the relevant substance to tangible assets and payroll. Despite that, the GloBE rules permit tax competition without limitations as long as the profits are supported by sufficient substance, and exclude intangible assets from the definition of substance. If tackling remaining BEPS issues is the priority, minimum taxation should only apply if there is an indication of abuse or missing economic substance and business reason. However, the GloBE rules apply and may impose additional taxes even if no abuse or base erosion and profit shifting is involved.

The fact that the GloBE rules do not specifically look at the existence of either abuse or base erosion and profit shifting does not necessarily mean that they give up on their purpose of addressing such situations. Indirectly, the GloBE rules will change (or have already changed) the behaviour of both taxpayers and jurisdictions, and that is their primary objective. Some tax havens without a corporate income tax system will introduce a corporate income tax because of the GloBE rules. Some jurisdictions with a nominal corporate income tax rate below 15% may consider increasing

it. Many jurisdictions will review their tax incentives to align them better with the GloBE rules. Many will also introduce a Qualified Domestic Minimum Top-up Tax (QDMTT). If they consider the GloBE rules and the QDMTT too complex, they may reform their domestic corporate income tax system to avoid reaching an effective tax rate of less than 15%. All this – and the GloBE rules themselves – will affect how taxpayers will behave. If tax planning is not able to lower the effective tax rate below 15% due to the GloBE rules, there will be less incentives for the taxpayers to get involved in what may be a BEPS practice.

While the GloBE rules are expected to significantly increase tax revenues,¹⁶ this is not their ultimate objective. Rather, if the GloBE rules would never apply and would therefore only cause administrative burdens without raising any tax revenues, they would still fulfil their objectives. In such a situation, for the GloBE rules not to apply, all in-scope MNEs would have to be subject to an effective tax rate of at least 15% in every jurisdiction. If that is the case, there is no need to apply the GloBE rules. Nevertheless, the existence of the GloBE rules remains crucial, as they guard over the behaviour of taxpayers and jurisdictions, similarly as anti-hybrid mismatch rules de-incentivize taxpayers getting involved in hybrid mismatch arrangements and still would fulfil their goal if taxpayers would not enter into hybrid mismatch arrangements. On the one hand, taxpayers know that their involvement in BEPS will not be fruitful as long as the GloBE rules exist. On the other hand, jurisdictions will ensure that they raise the tax revenue up to the minimum level of 15% to prevent the application of the GloBE rules in another jurisdiction. Jurisdictions will still compete between each other, but through “GloBE-compliant” measures, such as by switching from non-qualified refundable tax credits to qualified credits, replacing income-based incentives with expenditure-based incentives, granting non-tax subsidies, or granting incentives in other areas of taxation, such as in the area of labour taxation or value added tax.

While the GloBE rules raise many legal and practical challenges, they are here to stay. Many design choices of the GloBE rules can be seen as a

¹⁶ See OECD, Economic Impact Assessment of the Global Minimum Tax: Summary (2024).

compromise that do not rely on clear principles. Why is 15% the minimum rate and not 10% or 20%? Why is the substance-based carve-out restricted to 5% of the tangible assets and payroll and not higher or broader? Why are only multinationals with at least € 750 million revenues within the scope of the GloBE rules and not their smaller competitors (this threshold may lead to situations in which large multinationals have a competitive disadvantage in low-tax jurisdictions compared to their local and/or smaller competitors)? The fact that so many jurisdictions have been able to agree on a common approach is a respectable achievement of the OECD and the Inclusive Framework. Is a similar compromise possible in the future at OECD or UN level to revise and improve the GloBE rules, for example by extending or removing the substance-based carve-out? It seems more likely that the GloBE framework will continue to exist as already agreed rather than that we will see an agreement for any kind of major revision of the GloBE rules.

On a technical level, the GloBE rules achieve their goals by encouraging (or some would say: forcing) all jurisdictions, even those that decided not to implement the GloBE rules, to revise their domestic tax law systems in order to be “GloBE-compliant”. This is achieved through the interaction of the Income Inclusion Rule (IIR) and the UTPR, ensuring that if one jurisdiction does not levy at least 15% corporate income tax, another jurisdiction will tax the income instead. The IIR is to some extent comparable to CFC rules, the most significant difference being that the IIR does not require any particular form of (presumed) avoidance or abuse, whereas most CFC rules do so. CFC rules are arguably compatible with tax treaty law because they tax the shareholder as a resident and not the CFC.¹⁷

This rather formal argument of taxing only a resident could theoretically also justify the application of the UTPR without any limits. However, the UTPR is a somewhat different method, and a cleverly designed mechanism. It ensures minimum taxation of profits regardless of where those profits have been earned within the structure of a multinational

¹⁷ See, for example, OECD, Commentary on Article 7 of the Model Tax Convention (2017), paragraph 14.

group. The UTPR's compatibility with double taxation conventions can be doubted. It taxes extraterritorial profits of another person that are protected under tax treaty law without relying on a shareholder connection like CFC rules.

From a practical perspective, however, any incompatibility of the UTPR (or IIR) with a tax treaty may not have much effect on the whole GloBE system. If the UTPR is successfully challenged in one jurisdiction, the UTPR of another jurisdiction might apply instead, and that jurisdiction may have no tax treaty in force that could potentially limit the UTPR's application. This means that a taxpayer may win the battle, but not the war. If the UTPR is incompatible with a tax treaty, the issue can be solved by amending (or overriding) the treaty. Perhaps in a few years we will therefore see a multilateral instrument ensuring the compatibility of the GloBE rules with the existing tax treaty network.

5. Conclusions

The future of international tax law is hard to predict, but it will be full of fascinating developments and challenges. The nexus for the allocation of taxing rights seems to move away from the traditional understanding of physical presence. It puts a stronger focus on consumers, users and markets. It remains to be seen to what extent this new understanding of nexus will not only affect the largest multinationals, but all businesses, large and small, regardless of their legal form.

There also seems to emerge a revised understanding of how far jurisdictions can go to compensate for untaxed profits. Taxation of extraterritorial but undertaxed profits due to group membership might soon become an accepted practice under international tax law, even if there is no shareholder relationship and/or predominant anti-abuse purpose. This could be achieved through the conclusion of a new multilateral instrument to ensure the compatibility of the GloBE rules with tax treaties.

So much has been done in the area of corporate taxation that the focus is shifting to the taxation of individuals. The increased mobility of individuals as well as different forms of tax incentives and opportunities to minimize

taxes lead to issues similar to those in the corporate tax world. Thus, some of the existing rules and multilateral approaches might serve as an inspiration for new initiatives.

I am very much looking forward to discuss these developments with Hans Arts and to learn from his experience and expertise (and hopefully soon I will be able to do so with him in Dutch).

CATCH-22 IN BOX 3

Prof.dr. Peter Essers¹

1. Inleiding

In deze bijdrage² aan het liber amicorum voor mijn goede collega Hans Arts, zal ik aandacht besteden aan de problematische situatie waarin box 3 verkeert. Ik ben me ervan bewust dat dit onderwerp op het moment dat ik dit schrijf, eind januari 2024, zich bepaald niet in een rustig vaarwater bevindt en het daarom ook een beetje riskant is om het er over te hebben in een bundel die voor de eeuwigheid is bedoeld. Aan de andere kant lijkt het me juist, in een bundel als deze, op zijn plaats om - als het ware vanuit het oog van de storm - terug te kijken naar hoe het allemaal zo uit de hand heeft kunnen lopen. Aan de hand van de uitkomsten van die analyse kunnen we daar voor de toekomst hopelijk lering uit trekken. Daartoe kijk ik eerst in paragraaf 2 naar de introductie van box 3 in 2001 als meest in het oog springend onderdeel van de Wet IB 2001. Vervolgens komt in paragraaf 3 de vooral onder invloed van de kredietcrisis van 2007-2011 steeds heviger wordende maatschappelijke kritiek op box 3 aan de orde. In paragraaf 4 behandel ik de jurisprudentie van de Hoge Raad in aanloop naar het Kerstarrest van 24 december 2021³ en de wettelijke aanpassingen van box 3 vanaf 2017. In paragraaf 5 komt het Kerstarrest aan bod, gevolgd door paragraaf 6 met kritiek op dit arrest. Paragraaf 7 ziet op de reacties van de wetgever op het Kerstarrest in de vorm van de Herstelwet en Overbruggingswet, gevolgd door het door demissionair staatssecretaris van Fiscaliteit en Belastingdienst Van Rijn voor consultatie ingediende

¹ Als emeritus hoogleraar belastingrecht verbonden aan Tilburg University; oud-Eerste Kamerlid voor het CDA.

² Onderdelen van deze bijdrage zijn eerder door mij opgenomen in mijn afscheidsrede van 15 maart 2024 'Belastinghervormingen tussen Frustratie en Fascinatie (Van de Franse Revolutie tot Box 3)', Tilburg University, Tilburg, 2024.

³ HR 24 december 2021, nr. 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963, BNB 2022/27.

voorstel ‘Wet werkelijk rendement box 3’. In paragraaf 8 sluit ik deze bijdrage af met een slotbeschouwing.

2. Introductie van box 3

Tegen het eind van de jaren '90 van de vorige eeuw was het duidelijk dat de Wet IB 1964 dringend aan vervanging toe was. Vergeleken met andere landen was de lastendruk in Nederland hoog, in het bijzonder wat betreft de lasten op arbeid.⁴ Als gevolg van het gebruik van steeds meer aftrekposten door vooral hogere-inkomensgroepen leed het systeem aan grondslagerosie. Inkomsten uit vermogen werden door voor steeds grotere groepen belastingplichtigen toegankelijke belastingconstructies ontgaan via nieuwe beleggingsproducten, gericht op onbelaste vermogensgroei in ruil voor tegen het progressieve tarief belaste rente- of dividendinkomsten. In plaats van steeds weer andere beperkte aanpassingen en reparaties aan te brengen, besloot het tweede paarse kabinet-Kok tot een radicale hervorming van het belastingstelsel om het bestand te maken tegen de uitdagingen van de 21^e eeuw. Deze plannen werden begin december 1998 door minister van Financiën Gerrit Zalm en staatssecretaris van Financiën Willem Vermeend gepubliceerd in de nota ‘Belastingen in de 21^e eeuw. Een verkenning’.

De volgens Zalm en Vermeend meest ‘revolutionaire’ maatregel, was de invoering van een vermogensrendementsheffing (box 3). Inkomsten uit sparen en beleggen werden in een aparte box met een forfaitaire vermogensrendementsheffing van een vast tarief van 30% over een fictief rendement van 4% van het jaarlijkse (gemiddelde, later aan het begin van het jaar aanwezige) vermogen (na aftrek van een heffingsvrij vermogen ad € 50.000) belast. Er was geen aftrek meer mogelijk van financieringsrente en van rente op consumptief krediet. Met de komst van de vermogensrendementsheffing was niet alleen een einde gekomen aan de voortschrijdende grondslagerosie die in de loop van de jaren '90 was

⁴ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30375, nrs. 1-2, Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001, p. 5.

ontstaan, maar werd ook voldaan aan de doelstelling om stabiele budgettaire opbrengsten te behalen.⁵

In 2005-2006 had de helft van de belastingplichtigen in box 3 een effectief forfaitair rendement van slechts 2,2% of lager. Een aanpassing van de 4% bijtelling vanwege lagere rente werd echter niet nodig geacht vanwege het ‘robuuste karakter’ van de vermogensrendementsheffing. Daaruit vloeide volgens de wetgever voort dat dit percentage werd gerelateerd aan het gemiddelde rendement dat gedurende een langere periode (20 à 25 jaar) op vermogen risicovrij kon worden behaald.⁶ Box 3 werd ook als aanzienlijk eenvoudiger beschouwd dan het vermogensinkomstenregime van de Wet IB 1964. Deze voordelen droegen eraan bij dat de inherente spanning tussen een forfaitaire vermogensrendementsheffing en het op werkelijk behaald inkomen gerichte draagkrachtbeginsel destijds als minder problematisch werd ervaren.

Vanaf de introductie van de vermogensrendementsheffing was duidelijk dat de indieners het ten opzichte van het bestaande stelsel van belastingheffing van inkomsten uit vermogen superieur vonden. Box 3 belaste de facto niet alleen de directe inkomsten uit vermogen maar ook de voorheen niet of nauwelijks belaste indirecte inkomsten (vermogenswinsten). De vermogensrendementsheffing was volgens Vermeend en Zalm ‘internationaal concurrerend en rechtvaardig’. Ze was moeilijk te ontwijken en lokte vanwege de lage tarieven, kapitaal terug naar Nederland.

Een belangrijke reden voor de fascinatie van de bewindslieden voor box 3 was dat er onder de Wet IB 1964 een geringe maatschappelijke acceptatie was voor de progressieve belastingheffing van vermogensinkomsten als rente en dividend in combinatie met een vermogensbelasting. Ook het feit dat box 3 garant stond voor veel stabielere belastingopbrengsten dan het vorige stelsel en de relatief eenvoudige uitvoering ervan maakte de

⁵ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30375, nrs. 1-2, Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001, p. 78

⁶ S.M.H. Dusarduijn en J.L.M. Gribnau m.m.v. J.A.G. van der Geld en A.C. Rijkers, *Vermogensrendementsheffing*, in: A.C. Rijkers en H. Vording (redactie), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Kluwer, Deventer, 2006, p. 515. Zie eveneens TK, 1999/2000, 26727, nr. 8, p. 26.

beleidsmakers enthousiast. Wel was er vanaf het begin veel kritiek op de vermogensrendementsheffing, omdat deze belastingplichtigen niet voor hun werkelijke inkomsten uit vermogen belastte. Die kritiek kon in de ogen van de beleidsmakers echter niet op tegen de vele voordelen die box 3 had ten opzichte van het stelsel onder de Wet IB 1964. Pas laat in het wetgevingsproces zijn de op de belastingheffing van werkelijke rendementen gerichte vermogenswinst- dan wel vermogensaanwasbelasting naar voren geschoven als mogelijke alternatieven.

Het lijkt er dan ook sterk op dat het enthousiasme voor het feit dat box 3 een oplossing was voor de vele frustraties onder de Wet IB 1964 bij de invoering van box 3 in de weg heeft gestaan aan een serieuze afweging van alternatieven als een vermogenswinst- of vermogensaanwasbelasting. Vele critici waren uiteindelijk bereid om box 3 te accepteren, maar dan als een ‘tussenstation’ op weg naar een vermogenswinst- of vermogensaanwasbelasting, ook omdat zij ervan uitgingen dat de uitvoeringsproblemen die inherent zijn aan dergelijke alternatieve stelsels een spoedige invoering ervan in de weg stonden.⁷

Ook de tijdens de parlementaire discussie over de invoering van box 3 bestaande hausse op de aandelenmarkt in combinatie met het, ten opzichte van het tarief van box 1, lage box 3-tarief van 30% over een fictief rendement van 4%, heeft bijgedragen aan de succesvolle invoering ervan. Minister Zalm benadrukte dit door bij de introductie van box 3 te roepen: ‘Elke sukkel haalt meer dan 4 procent rendement. Wie dat niet lukt, kan bij mij staatsobligaties krijgen, met een procent of 6’.⁸

Aangezien echter spoedig na de invoering van de Wet IB 2001 het fictieve rendement van 4% voor de meeste spaarders en beleggers hoger was dan hun feitelijke rendement werd ook de degressieve werking van het box 3-stelsel al snel voelbaar (afgezien van de werking van het belastingvrij vermogen, die leidde tot een Benthamse progressie). De algemene gedachte van de wetgever was toen echter dat dit geen probleem was. Het

⁷ Zie S.R.A. van Eijck, Vermogensrendementsheffing, in: A.C. Rijkers en H. Vording (redactie), Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer, Deventer, 2006, p. 568.

⁸ P. de Witt Wijnen, NRC 17 februari 2016. Overigens bedroeg het rendement op Nederlandse staatsobligaties op 1 januari 2001 4,8%.

feit dat de fortuinlijke belegger relatief licht werd belast in vergelijking met de onfortuinlijke belegger en risicomijdende spaarder werd niet als bezwaarlijk gezien. Zolang het 4% rendement ook voor risicomijdende beleggers en spaarders maar structureel haalbaar was als langetermijnrendement, werd deze inbreuk op de draagkrachtgedachte op de koop toe genomen.

3. Kredietcrisis: dalende rente

Hoewel de regering na de invoering van box 3 de dalende trend van de rendementen op vermogen negeerde omdat het immers bij box 3 ging om een benadering van een langjarig rendement, nam het maatschappelijk verzet tegen box 3 vanaf 2007 toe toen als gevolg van de kredietcrisis het structurele rendement van 4% voor grote groepen spaarders en beleggers steeds minder gemakkelijk haalbaar bleek. De vanaf de invoering van box 3 inherente spanning met het draagkrachtbeginsel kwam steeds scherper naar voren. Vanaf 2017 was het rendement op spaarrekeningen amper 0%.⁹ Het verzet werd al helemaal urgent toen de spaarrente tussen april 2021 en oktober 2022 zelfs negatief werd. Vanaf 1 december 2022 ging de rente weer naar een bescheiden plus-niveau.

Het heeft echter tot het op de jaren 2017 en 2018 (toen de spaarrente nog positief was) betrekking hebbende Kerstarrest van 24 december 2021, nr. 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963, BNB 2022/27 geduurd voordat duidelijk werd dat de vermogensrendementsheffing ook juridisch niet meer te handhaven was. In zoverre is de wens van de paarse bewindslieden Zalm en Vermeend in 2001 om tot in de eerste decennia van de 21^e eeuw een systeem te hebben dat de verwachte (en onverwachte) trends en ontwikkelingen op adequate wijze fiscaal tegenspel zou bieden, redelijk goed uitgekomen. Toch voldeed box 3 al geruime tijd vóór het Kerstarrest niet meer aan de in 2001 bestaande rendementsverwachtingen. Box 3 was vooral voor spaarders steeds meer een ‘spaartax’ in plaats van een ‘pretbox’ geworden. Hadden na de invoering van box 3 veel spaarders nog het idee dat ze over hun spaargeld relatief laag werden belast, door de

⁹ E.A. van Uunen, Verbetering van de huidige box 3-wetgeving, in: P.W. Bos e.a., (redactie), RB Verbeterbundel, Wolters Kluwer, Deventer, 2023, p. 109.

gewijzigde rendementscijfers na vooral de kredietcrisis sloeg het sentiment om en werd niet alleen kritiek geleverd op de overbelasting van de risicomijdende spaarder en onfortuinlijke belegger, maar kwamen ook de fortuinlijke beleggers/risicozoekers onder vuur te liggen omdat zij met de relatief lage belasting over hun hoge rendementen werden geacht te profiteren van box 3 ten koste van de onfortuinlijke categorie spaarders.

4. De jurisprudentie in aanloop naar het Kerstarrest en de aanpassingen van box 3 vanaf 2017

Een voor de kwalificatie van box 3 cruciale kwestie was vanaf haar introductie de vraag of de vermogensrendementsheffing nu een inkomsten- of een vermogensbelasting was.¹⁰ De regering hield tijdens de parlementaire behandeling stug vol dat het een inkomstenbelasting was. Op de achtergrond speelden daarbij vooral verdragsrechtelijke gevolgen een grote rol. Voor de toepassing van belastingverdragen maakt dit onderscheid namelijk veel uit. Wil bijvoorbeeld de door Amerikaanse staatsburgers of inwoners betaalde Nederlandse vermogensrendementsheffing verrekenbaar zijn met Amerikaanse inkomstenbelasting, dan moet wel sprake zijn van een inkomstenbelasting. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 1 december 2006, nr. 42211, BNB 2007/68 voor de toepassing van het verdrag Nederland-Frankrijk de knoop doorgehakt in het voordeel van een inkomstenbelasting.¹¹ De Hoge Raad achtte voor deze beslissing doorslaggevend ‘dat de heffing over het belastbare inkomen uit sparen en beleggen is geïntegreerd met de heffing over de overige inkomensbestanddelen’ (r.o. 3.2.2). Daarmee ging de Hoge Raad in tegen het advies van A-G Overgaauw, die in box 3 de aspecten van een vermogensbelasting vond overheersen. Ook in de literatuur was veel steun te vinden voor het standpunt dat box 3 een vermogensbelasting was.¹² Het is daarentegen naar mijn mening zeker niet uit te sluiten dat de grote

¹⁰ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26727, nr. 5, p. 280-281.

¹¹ De Amerikaanse Internal Revenue Service was al in 2002 tot deze beslissing gekomen; zie Internal Revenue Bulletin 2002-15 van 15 april 2002.

¹² Zie S.M.H. Dusarduijn, *De vermogensrendementsheffing*, FED Brochure, Kluwer, 2010, p.12-15 en de aldaar aangehaalde literatuur.

(inter)nationale gevolgen van een andersluidende beslissing een belangrijke rol hebben gespeeld bij dit arrest. Aan de andere kant had een andersluidende beslissing wellicht veel van de naderhand ontstane problemen met box 3 kunnen voorkomen.

In de jurisprudentie voorafgaande aan het Kerstarrest nam de Hoge Raad de wetgever nog in bescherming. Zo werd in HR 28 oktober 2011, nr. 10/03727, BNB 2011/297 beslist dat box 3 geen inbreuk vormde op art. 1 Eerste protocol EVRM (ongestoorte genot van eigendom).¹³ In HR 14 juni 2019, nr. 17/05606, ECLI:NL:HR:2019:816, BNB 2019/161 oordeelde de Hoge Raad echter dat de vermogensrendementsheffing op stelselniveau een voorwaardelijke schending was van het ongestoord genot van eigendom. Met deze beslissing schoten de spaarders echter in eerste instantie niets op. Het was slechts een oproep aan de wetgever om box 3 aan te passen in de richting van een stelsel dat beter aansloot bij het werkelijke rendement. Alleen in individuele gevallen met een buitensporige last, waarbij zowel de forfaitair bepaalde box 3-heffing hoger was dan het werkelijk gerealiseerde rendement over het vermogen en bovendien het totale inkomen van een belastingplichtige (waaronder inkomen uit tegenwoordige arbeid) zodanig laag was dat de burger moest interen op zijn vermogen, werd de box 3-heffing door de rechter in strijd met art. 1 Eerste Protocol EVRM geoordeeld en voor de desbetreffende belastingplichtige naar beneden bijgesteld.¹⁴ Die vraag was in de procedure leidende tot HR 14 juni 2019, nr. 17/05606, ECLI:NL:HR:2019:816, BNB 2019/161 (voor de jaren 2013 en 2014) niet aan de orde gesteld. Voor de jaren 2015 en 2016 werd evenmin ingegrepen.¹⁵ Over de periode tot 2017 paste de Hoge Raad dan ook nog geen rechtsherstel toe. Dat zag hij in de eerste plaats als de taak van de wetgever

¹³ In dezelfde zin: HR 21 mei 2010, nr. 08/05036, BNB 2010/258 (over heffingsrente) en HR 12 augustus 2011, nr. 10/02949, BNB 2011/248 (ook over heffingsrente).

¹⁴ E.A. van Uunen, Verbetering van de huidige box 3-wetgeving, in: P.W. Bos e.a., (redactie), RB Verbeterbundel, Wolters Kluwer, Deventer, 2023, p. 109.

¹⁵ HR 29 mei 2020, nr. 19/03319, ECLI:NL:HR:2020:994, BNB 2020/140; HR 29 mei 2020, nr. 19/03944, ECLI:NL:HR:2020:831, BNB 2020/141 en HR 2 juli 2021, nr. 20/02453, ECLI:NL:HR: 2021:1047, BNB 2021/149 over de jaren 2016 en 2017.

die nu eenmaal een ‘wide margin of appreciation’ heeft; deze moest maar zo spoedig mogelijk de box 3-systematiek aanpassen.

Als reactie op de alsmear sterker wordende kritiek op box 3 en de roep om voortaan de werkelijke vermogensinkomsten te belasten, wijzigde het kabinet Rutte II vanaf 2017 het stelsel van de vermogensrendementsheffing. Afhankelijk van de omvang van het vermogen werd verondersteld dat een vaststaand percentage daarvan werd gespaard en dat het andere deel werd belegd (de zogenoemde ‘vermogensmix’). Er vond niet langer een berekening van de rendementsgrondslag plaats op basis van een vast percentage van 4, maar op basis van een combinatie van een forfaitair rendement op een gedeelte dat een burger werd geacht te sparen en een gedeelte dat een burger werd geacht te beleggen. Daarbij werd een extra fictie geïntroduceerd: naarmate het vermogen van een burger hoger was, werd verondersteld dat hij verhoudingsgewijs meer belegde. Elke beleggingscategorie (sparen en beleggen) kende haar eigen forfaitair rendement, gebaseerd op historische gemiddelden. Oftewel: hoe hoger het vermogen, des te hoger werd het vermogensinkomen geacht te zijn en des te meer belasting werd men verschuldigd. Aangezien de wetgever geen tegenbewijsregeling wilde invoeren, vooral vanwege de beperkte uitvoeringscapaciteit van de Belastingdienst, werd in gevallen waarin het werkelijk inkomen van een belastingplichtige lager was dan het fictieve inkomen, toch belasting geheven over dat hogere fictieve inkomen. Belangrijk voor het vervolg richting het Kerstarrest was ook dat de wetgever vanaf 2017 niet meer keek naar het langjarige gemiddelde rendement dat alle belastingplichtigen risicovrij konden behalen, maar naar het rendement dat door belastingplichtigen in de voorafgaande jaren gemiddeld was behaald.

5. Het Kerstarrest

Het per 2017 door de wetgever aangepaste box 3-stelsel werd door de Hoge Raad afgewezen in het befaamde Kerstarrest, HR 24 december 2021, nr. 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963, BNB 2022/27, wegens strijd met het eigendomsrecht en met het discriminatieverbod. De Hoge Raad benadrukte daarbij dat de wetgever vanaf 2017 het box 3-percentages niet

meer afstemde op het door elke belastingplichtige met sparen/beleggen te behalen risicovrije rendement:

”Door deze verandering is het forfaitair stelsel verder af komen te staan van een heffing over inkomen waarvan kan worden aangenomen dat een individuele belastingplichtige het daadwerkelijk heeft genoten. Het nieuwe stelsel perkt de door artikel 1 EP gegarandeerde vrije beschikkingsmacht in doordat het een verhoudingsgewijs zware financiële last verbindt aan de keuze om niet over te gaan tot het risicovol beleggen van vermogen. Verder brengt het middel, onder verwijzing naar de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 25 maart 2021, [ECLI:NL:PHR:2021:293](#), terecht onder de aandacht dat het stelsel degenen benadeelt die wel overgaan tot het risicovol beleggen van hun vermogen, maar die - door gebrek aan inzicht of fortuin - hun keuze moeten bekopen met een laag rendement of met vermogensverlies. Zoals Advocaat-Generaal Wattel laat zien, is eigen aan het begrip ‘risico’ dat een individuele belegger geen garantie heeft dat hij het gemiddelde rendement zal behalen. Door niettemin de heffing van inkomstenbelasting mede te baseren op het gemiddelde rendement op risicovolle beleggingen creëert het stelsel een relatieve ongelijke behandeling op basis van een omstandigheid die de betrokkenen niet zelf in de hand hebben.” (r.o. 3.3.5)

Tot de groep stelselbenadeelden behoren derhalve zowel spaarders als (ongeinformeerde dan wel onfortuinlijke) beleggers. Bijzonder was ook dat de Hoge Raad voor de voorliggende aanslagen over de jaren 2017 en 2018 zelf voorzag in het rechtstekort voor die jaren:

”In dat geval rijst de vraag of, en zo ja op welke wijze, de rechter effectieve rechtsbescherming kan bieden tegen deze verdragsschending. In het algemeen dient de rechter bij schending van verdragsrechtelijk gewaarborgde rechten aanstonds zelf in het rechtstekort te voorzien indien uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende aanknopingspunten zijn af te leiden voor de

beantwoording van de vraag hoe dit dient te geschieden. (r.o. 3.6.1)

‘Zulke aanknopingspunten aan de hand waarvan de rechter binnen het bestaande wettelijk stelsel zou kunnen vaststellen hoe de geconstateerde schending van het recht op ongestoord genot van eigendom valt op te heffen, zijn in dit geval niet voorhanden. Het formuleren van een daartoe geschikte rechtsregel en de in dat verband te maken keuzes, dient de Hoge Raad, gelet op de te dezen geboden terughoudendheid, aan de wetgever over te laten. Niettemin ziet de Hoge Raad zich thans genoodzaakt belanghebbende adequate rechtsbescherming te bieden tegen de geconstateerde schending van zijn fundamentele rechten. Niet langer kan worden volstaan met de constatering van de schending of een onderzoek naar een individuele buitensporige last. Daaraan staan in de weg dat het ontbreken van een ‘fair balance’ ook het hiervoor genoemde discriminerende karakter heeft, dat de thans geldende regeling nog steeds dezelfde tekortkomingen bevat als die voor de jaren 2017 en 2018, en dat de wetgever weliswaar sinds 2015 werkt aan spoedige invoering van een heffing op basis van werkelijke rendementen, maar die invoering niet vóór 2025 kan worden verwacht.’ (r.o. 3.6.2)

De Hoge Raad besliste vervolgens dat voor de onderhavige jaren 2017 en 2018 het werkelijk behaalde rendement moest worden belast.

In zijn arrest van 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:720, 21/04407, BNB 2022/89, besliste de Hoge Raad dat er geen ruimte is voor ambtshalve vermindering voor niet-bezwaarmakers. Dat heeft geresulteerd in de zogenoemde ‘bezwaar plus’-procedure.

6. Kritiek op het Kerstarrest

Met Dusarduijn vind ik het opvallend dat de Hoge Raad in het Kerstarrest zonder motivering de rechtsvraag heeft gewijzigd. Hij toetst namelijk niet of het eigendomsrecht óf het discriminatieverbod zijn geschonden, zoals

de rechtsvraag luidde; hij toetst of het eigendomsrecht én het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden.¹⁶

Verder is opmerkelijk de cruciale betekenis die de Hoge Raad in navolging van A-G Wattel hecht aan de wetswijziging voor de jaren vanaf 2017. Bij de invoering van box 3 in 2001 was er op twee punten een duidelijk spanningsveld met de andere boxen: (1) op het terrein van het ten opzichte van de andere boxen relatief lage tarief van 30% (beargumenteerd vanuit de beweeglijkheid van vermogen in een toenemende internationale samenleving), en (2) het fictief rendement van 4%. Deze twee spanningen heeft de Hoge Raad aanvankelijk geaccepteerd, zij het dat hij naderhand een schending op stelselniveau van het eigendomsrecht constateerde, maar de wetgever voor de aanpassing van dat stelsel nog uitstel bood met een beroep op diens ‘wide margin of appreciation’. Daarna is de Hoge Raad voor individuele gevallen overgegaan op de toets van de individuele en buitensporige last.

Na de wetswijziging van box 3 voor 2017 en volgende jaren is daar een door het Kerstarrest door de Hoge Raad bevestigde nieuwe tegenstelling binnen box 3 zelf bijgekomen: die tussen ‘risicomijdende spaarders en onfortuinlijke beleggers’ versus ‘fortuinlijke risiconemers’. Volgens A-G Wattel geldt dit niet alleen voor de vroegere box 3 maar ook voor de Herstelwet (conclusie van 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:655). Zie ook punt 1.8 in zijn conclusie van 25 maart 2021, [ECLI:NL:PHR:2021:293](#), waarin hij dit koppelt aan het non-discriminatiebeginsel, voor de schending waarvan volgens Wattel (punt 1.8) geen ‘legitimate aim’ bestaat:

”Het wezenlijke doel en effect van het stelsel is dan immers om enerzijds willekeurig vergaand te discrimineren en anderzijds willekeurig vergaand te privilegiëren om de ondergemiddelden de belasting te laten opbrengen die de bovengemiddelden te weinig betalen, nu voor iedereen een plat tarief van 30% zou moeten gelden.”

¹⁶ Zie S.M.H. Dusarduijn, Het Kerstarrest: de vlijmscherpe rafels van een doorgehakte knoop, MBB 2022/8, p. 4-20, in het bijzonder p. 17.

Eerder was al door de Hoge Raad beslist dat sprake was van strijd met het eigendomsrecht, omdat belastingplichtigen over een fictief rendement worden belast dat hoger is dan het werkelijke rendement. De argumenten van de Hoge Raad in het Kerstarrest in r.o. 3.6.2 voor rechterlijk ingrijpen waren in de eerste plaats de afwachtende houding van de wetgever (eerst 2025, daarna 2026, nu 2027) en in de tweede plaats het discriminerende karakter van box 3. Beide argumenten gaan naar mijn mening echter ook op voor het tot 2017 geldende (oude) stelsel, dat als gevolg van vooral de kredietcrisis ook te kampen had met een onhaalbaar gebleken rendementsveronderstelling waardoor voor spaarders en onfortuinlijke beleggers een risicovrij rendement niet meer haalbaar was, met de daaruit voortvloeiende strijd met het non-discriminatiebeginsel als gevolg.

Kennelijk is de extra fictie van het stelsel van box 3 per 2017 - hoe hoger het vermogen des te eerder wordt geacht sprake te zijn van beleggen - in combinatie met het loslaten door de wetgever van het streven dat een risicovrij rendement moet kunnen worden behaald, voor de Hoge Raad bepalend geweest voor zijn beslissing in het Kerstarrest om box 3 in strijd met het EVRM te verklaren. Daaraan stond niet in de weg dat de wetswijziging voor de jaren 2017 en volgende nu net de bedoeling had om de belastingheffing van box 3 dichter bij het werkelijke rendement te brengen. In zoverre lijkt die wetswijziging voor de Hoge Raad de 'reddende engel' te zijn geweest om zich te bevrijden van zijn eigen jurisprudentie voorafgaande aan het Kerstarrest. Die jurisprudentie nam de wetgever te zeer in bescherming door de ruime 'margin of appreciation', die de wetgever op zijn beurt weer verleidde tot het in de ogen van de Hoge Raad te gemakkelijke uitstelgedrag. Mogelijk hebben ook meegespeeld de praktische problemen voor de rechterlijke macht van de toetsing van de individuele en buitensporige last. Door het Kerstarrest dwingt de Hoge Raad de wetgever om nu eindelijk een stelsel te ontwikkelen dat voldoet aan het draagkrachtbeginsel en (dus) zoveel mogelijk aansluit bij het werkelijke rendement.

Met het Kerstarrest lijkt de Hoge Raad ook afstand te nemen van zijn bekritiseerde, voor de toepassing van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk, gewezen arrest van 1 december 2006, nr. 42211, BNB 2007/68, waarin hij besliste dat de vermogensrendementsheffing een

inkomstenbelasting was en geen vermogensbelasting. In het Kerstarrest zegt hij immers dat box 3 geen legitieme inkomstenbelasting is die voldoet aan de grondrechten. Als de conclusie is dat box 3 geen legitieme inkomstenbelasting is, zou dat naar mijn mening ook gevolgen moeten hebben voor de toepassing van belastingverdragen. De vraag welke gevolgen het Kerstarrest heeft voor de toepassing van belastingverdragen zal aan urgentie winnen als de Hoge Raad in toekomstige jurisprudentie moet beslissen over de vraag of ook de Herstelwet en de Overbruggingswet in strijd zijn met het eigendomsrecht en het non-discriminatiebeginsel van het EVRM.

Een terecht ander kritiekpunt op het Kerstarrest is, naar mijn mening, dat de Hoge Raad in het Kerstarrest geen referentiekader creëert hoe een alternatieve heffing over inkomsten uit vermogen eruit moet zien.¹⁷ Moet er bijvoorbeeld rekening worden gehouden met zowel het directe als het indirecte rendement? Als het laatste de bedoeling is, moet dan het indirecte rendement worden bepaald door de jaarlijkse vermogensaanwas te berekenen of pas op basis van gerealiseerde vermogenswinsten? Uiteraard kan men repliceren dat wetgeving ook niet de primaire taak is van de Hoge Raad, maar het is een feit dat dit wel allemaal vraagtekens zijn voor (demissionair) staatssecretaris Fiscaliteit en Belastingdienst Marnix van Rij, die, in tegenstelling tot de Hoge Raad, ook rekening moet houden met de bestaande uitvoeringsproblemen bij de Belastingdienst alsmede met het voorkomen van te grote budgettaire effecten. In feite leidt dit tot een catch 22-situatie; een onoplosbare situatie, tussen de Hoge Raad, de wetgever en Van Rij als leider van de Belastingdienst. Het is primair aan Van Rij om tegemoet te komen aan de eisen van de Hoge Raad, maar de hiervoor vermelde beperkingen van uitvoeringstechnische en budgettaire aard maken die opdracht nagenoeg onmogelijk. De huidige beperkingen aan de uitvoeringscapaciteit van de Belastingdienst brengen met zich dat er niet kan worden ontkomen aan een zekere forfaitaire benadering, maar op haar beurt leidt deze weer tot spanningen met het eigendomsrecht en gelijkheidsbeginsel.¹⁸

¹⁷ Zie E.J.W. Heithuis in zijn noot in BNB 2022/27.

¹⁸ Zie in dit verband ook het arbeidskostenforfaitarrest HR 12 mei 1999, nr. 33320, BNB 1999/271, waarin de Hoge Raad aangaf dat in voorkomende gevallen de rechter de zaak niet alleen zelf mag

Het is ook de vraag of de beslissing van de Hoge Raad in zijn arrest van 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:720, 21/04407, BNB 2022/89, dat er geen ruimte is voor ambtshalve vermindering voor niet-bezwaarmakers, hetgeen heeft geresulteerd in de zogenoemde ‘bezwaar plus’-procedure, terecht was gelet op de in het Kerstarrest geconstateerde schending van het eigendomsrecht en het non-discriminatiebeginsel van het EVRM. Naar mijn mening zou in dergelijke zwaarwegende gevallen wel degelijk ruimte moeten zijn voor een ambtshalve vermindering.

7. Reacties van de wetgever op het Kerstarrest

Het kabinet reageerde op het Kerstarrest met de Wet rechtsherstel box 3 voor de jaren 2017 tot en met 2022 en de Overbruggingswet box 3 voor de jaren 2023 tot de definitieve nieuwe box 3-wetgeving in werking treedt (volgens de huidige planning: 2027). Beide wetten zijn gebaseerd op de zogenoemde ‘forfaitaire spaarvariant’, inhoudende dat de belasting over het inkomen uit sparen en beleggen wordt berekend door uit te gaan van een fictief rendement met betrekking tot drie vermogenscategorieën: (1) banktegoeden (2023: 0,92%), (2) overige bezittingen (2023: 6,17%) en (3) schulden (2023: -2,46%). Het is de bedoeling van de regering dat met deze percentages het daadwerkelijk behaalde rendement zo goed mogelijk wordt benaderd door uit te gaan van de zogeheten ‘werkelijke vermogensmix’, waarmee de werkelijke samenstelling van het vermogen wordt bedoeld. Het forfaitair rendement over de diverse vermogenscategorieën wordt jaarlijks vastgesteld.

De belangrijkste veranderingen van de Overbruggingswet ten opzichte van het box 3-systeem tot en met 2017 zijn:

1. dat spaargeld als afzonderlijke categorie wordt belast naar een fictief rendement dat het werkelijke rendement zoveel mogelijk benadert;

afdoen in gevallen ‘waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt’. Zie ook de noot van P.J. Wattel bij dit arrest, met name onderdeel 4, waarin hij pleit voor terughoudendheid van de Hoge Raad.

2. dat voor overige bezittingen een hoger forfaitair rendement geldt dan voorheen;
3. dat de (kosten van) schulden slechts gedeeltelijk aftrekbaar zijn; er zit een verschil tussen de hoogte van enerzijds het fictieve rendement op overige bezittingen en anderzijds de fictieve kosten van schulden; en,
4. dat de omvang van het forfaitaire rendement niet meer afhankelijk is van de hoeveelheid vermogen die een belastingplichtige bezit.

A-G Wattel (ten aanzien van de Herstelwet) en Koek¹⁹ (voor de Herstelwet en Overbruggingswet) concluderen echter dat er strijd blijft bestaan met het eigendomsrecht ‘en/of’ het discriminatieverbod. Naar mijn mening bestaan voor die conclusie goede gronden. Er blijft immers sprake van een ongelijke behandeling van onfortuinlijke en risicomidende beleggers ten opzichte van fortuinlijke risicozoekers. Ook het ontbreken van een tegenbewijsregeling al dan niet met een ‘tolerantiemarge’ is een probleem.²⁰ Het accepteren van tegenbewijs zou wellicht een oplossing zijn, maar dat leidt weer tot problemen voor onder andere de Belastingdienst.²¹ Tekenend is dat de staatssecretaris Fiscaliteit en Belastingdienst voor het geval dat de Hoge Raad toch een tegenbewijsregeling noodzakelijk acht al voorbereidingen heeft getroffen om een dergelijke regeling in te kunnen voeren ‘om op ieder scenario voorbereid te zijn’.²² Verder is er spanning tussen box 3 en de boxen 1 (waar voor IB-ondernemers goed koopmansgebruik geldt bij de vaststelling van de fiscale jaarwinst) en 2 (die uitstelmogelijkheden biedt van aanmerkelijkbelangheffing). Het streven om verschillende categorieën te hanteren voor box 3 leidt tot voortdurende problemen. Enerzijds is de

¹⁹ J.L. Koek, Overbruggingswet box 3: in strijd met het eigendomsrecht en/of discriminatieverbod?, WFR 2023/262.

²⁰ Zie ook E.A. van Uunen, Verbetering van de huidige box 3-wetgeving, in: P.W. Bos e.a., (redactie), RB Verbeterbundel, Wolters Kluwer, Deventer, 2023, p. 118 e.v.

²¹ Zie E.A. van Uunen, Verbetering van de huidige box 3-wetgeving, in: P.W. Bos e.a., (redactie), RB Verbeterbundel, Wolters Kluwer, Deventer, 2023, p. 119.

²² Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Fiscaliteit en Belastingdienst aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 29 september 2023, kenmerk 2023-0000217278.

afbakening tussen banktegoeden en overige bezittingen te ruw, anderzijds zijn er te veel ongelijksoortige beleggingen in de categorie overige bezittingen. Een belangrijk probleem is verder dat als de Belastingdienst de berekening van het werkelijke rendement niet of onvoldoende aan kan, er niet kan worden ontkomen aan een zekere forfaitaire benadering, die echter opnieuw tot spanningen leidt met het eigendomsrecht en gelijkheidsbeginsel.

Op 8 september 2023 werd het voorstel ‘Wet werkelijk rendement box 3’ voor consultatie gepubliceerd.²³ Uitgangspunt is een stelsel van vermogensaanwasbelasting: de werkelijke inkomsten uit vermogen alsmede positieve en negatieve waardeontwikkelingen worden in de heffing betrokken; kosten zijn aftrekbaar. Voor onroerende zaken en (niet tot een aanmerkelijk belang behorende) aandelen in familiebedrijven en startende innovatieve bedrijven geldt een vermogenswinstbelasting, waarbij de waardeontwikkeling pas wordt belast bij realisatie.²⁴

8. Slotbeschouwing

In vergelijking met het stelsel van belastingheffing van (inkomsten uit) vermogen van de Wet IB 1964 en de vermogensbelasting van de Wet VB 1964 was box 3 duidelijk een vooruitgang. In plaats van omwegconstructies gericht op het omzetten van progressief belaste rente- en dividendinkomsten in onbelaste vermogenswinsten zorgde box 3 voor een stabiel stelsel van belastingheffing van zowel directe als indirecte vermogensinkomsten. Dit resulteerde in een stabiele jaarlijkse budgettaire opbrengst. Daarnaast leverde box 3 geen grote uitvoeringsproblemen op voor belastingplichtigen en de Belastingdienst en was het fictieve rendementspercentage van 4 aanvankelijk ook haalbaar voor risico-averse

²³ V-N 2023/43.3, p. 12. In de brief van staatssecretaris Van Rij aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 25 januari 2024, kenmerk 2024-0000009211 worden naar aanleiding van opmerkingen uit de internetconsultatie een aantal inhoudelijke wijzigingen aangebracht op het geconsulteerde voorstel.

²⁴ Zie Voorstel ‘Wet werkelijk rendement box 3’, dat op 8 september 2023 voor consultatie is gepubliceerd en de Opinie van R.P.C. Cornelisse, Het voorgestelde box 3-stelsel en fiscale winstbegrippen, NTFR 2023/2201. Zie ook conclusie A-G Wattel over de Wet rechtsherstel box 3 van 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:655, NTFR 2023/1857 en het voorstel van J.A.G. Knol, Verbetering van het toekomstige box 3-stelsel, in: P.W. Bos e.a., (redactie), RB Verbeterbundel, Wolters Kluwer, Deventer, 2023, p. 121 e.v.

beleggers en spaarders. In zoverre voldeed box 3 bij haar introductie ruimschoots aan de toentertijd bestaande verwachtingen van de wetgever. Mede daardoor werd onvoldoende aandacht besteed aan alternatieven als een vermogenswinst- of aanwasbelasting. Vooral na de kredietcrisis (2007-2011) werd echter de inherente spanning tussen de vermogensrendementsheffing en het draagkrachtbeginsel, dat niet uitgaat van verwacht inkomen maar van werkelijk inkomen, steeds manifester. Box 3 veranderde als gevolg daarvan bij veel spaarders en onfortuinlijke beleggers van een ‘pretbox’ tot een ‘spaartax’. De roep om afschaffing van box 3 werd daardoor steeds luider, maar de beperkingen in de uitvoeringscapaciteit van de Belastingdienst verhinderden een snelle omschakeling naar een vermogensaanwas- of vermogenswinstbelasting, die beter zijn afgestemd op het draagkrachtbeginsel. Ook is te lang gewacht met het moderniseren van de Belastingdienst op voornamelijk ICT-terrein. Het ingrijpen van de wetgever voor de toepassing van box 3 via een nieuw wettelijk stelsel vanaf 2017 heeft gelet op het Kerstarrest feitelijk averechts gewerkt. Dat arrest heeft uiteindelijk geleid tot de huidige catch 22-situatie tussen de Hoge Raad, de wetgever en de demissionaire staatssecretaris Fiscaliteit en Belastingdienst als leider van de Belastingdienst. Die situatie zal waarschijnlijk pas veranderen als een alternatief wettelijk stelsel gericht op de belastingheffing van het wettelijk rendement is ingevoerd.

Hans, hartelijk bedankt voor de jarenlange prettige samenwerking. Geniet van je herwonnen vrije tijd!

OVER HET ZAKELIJKHEIDSBEGINSEL, EEN ARREST EN EEN KENNISGROEPSTANDPUNT

Prof.dr.mr. Edwin Heithuis¹

1. Inleiding

Een onderwerp vinden voor een bijdrage aan een liber amicorum ter ere van Hans' afscheid was niet moeilijk. Hans heeft altijd een bijzondere belangstelling gehad voor de fiscale winstbepaling en daarbinnen vooral voor het zakelijkheidsbeginsel, getuige zijn publicaties en met name zijn Fed-brochure over de onzakelijke leningen. Over dit zakelijkheidsbeginsel heeft de Hoge Raad op 13 januari 2023 een belangrijk arrest gewezen en over dit arrest heeft de Belastingdienst op 13 juni 2023 een zogenoemd kennisgroepstandpunt gepubliceerd. Daarover gaat deze bijdrage.

2. Zakelijkheidsbeginsel

Alle (rechts)handelingen die gelieerde partijen onderling verrichten, liggen fiscaal onder het vergrootglas. Zij dienen op hun zakelijke merites te worden beoordeeld. Meer concreet moet worden beoordeeld of willekeurige derden diezelfde (rechts)handeling(en) tegen diezelfde prijs en onder dezelfde voorwaarden ook zou(den) hebben verricht. Is de conclusie dat dit niet zo is - de (rechts)handeling is dan onzakelijk - dan wordt die (rechts)handeling zodanig getransformeerd dat wel sprake is van een zakelijke (rechts)handeling. Een eventueel verschil met hetgeen daadwerkelijk is geschied, wordt dan 'recht getrokken' door middel van een verkapte winstuitdeling of een informele kapitaalstorting. Beide raken de fiscale winst niet.

¹ Hoogleraar fiscale economie aan de Universiteit van Amsterdam en wetenschappelijk adviseur van BDO Belastingadviseurs.

3. HR 13 januari 2023, BNB 2023/40

Een goed voorbeeld waarin we dit mechanisme recentelijk toegepast hebben gezien, betreft het arrest HR 13 januari 2023, BNB 2023/40.² Dit arrest betrof een directeur-grotaandeelhouder (dga) die gelden had geleend van ‘zijn’ bv. De inspecteur nam het standpunt in dat die gelden op enig moment definitief waren onttrokken aan het vermogen van de bv en er dus sprake was van een verkapte dividenduitdeling. De dga vond uiteraard dat hiervan geen sprake was.

3.1 Onttrekking versus winstuitdeling

In genoemd arrest maakte de Hoge Raad een scherp onderscheid tussen een onttrekking enerzijds en een winstuitdeling anderzijds. Dat lijkt een semantische discussie, want beide zijn niet aftrekbaar van de winst van de bv. Maar semantisch is die discussie zeker niet. Voor de fiscale winst van de bv is het namelijk voldoende om vast te stellen dat de uitgave het zakelijke (ondernemings)belang van de bv niet dient. Als dat zo is, is de uitgave niet aftrekbaar. Waartoe die uitgave dan wel heeft gediend of wat die uitgave dan wel is, is voor de bv verder niet relevant. Voor de belastingheffing over de onttrekking bij de dga is dit onderscheid echter wezenlijk. Om tot belastingheffing bij de dga te kunnen geraken moet namelijk sprake zijn van een verkapte winstuitdeling. Daarvoor is vereist dat zowel de bv als de dga zich van de bevoordeling bewust zijn. Bewezen zal dan dus moeten worden dat (i) de onttrekking heeft geleid tot een bevoordeling van de dga én (ii) hij en ‘zijn’ bv zich hiervan bewust waren.

Dit verschil in perspectief van de bv en de dga zag men goed terug in het arrest HR 21 september 1994, BNB 1995/15.³ In die zaak ging het om door de bv aan de dga vergoede reis- en verblijfkosten. Aangezien de inspecteur voor het hof niet kreeg bewezen dat de dga door de kostenvergoeding was bevoordeeld, ook al stond vast dat de uitgaven geen zakelijk karakter droegen, waren de kosten volgens het hof (toch) aftrekbaar van de winst van de bv. De Hoge Raad casseerde dit oordeel met de volgende

² HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26, BNB 2023/40 (m.nt. Albert).

³ HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, BNB 1995/15 (m.nt. Hoogendoorn).

overweging: “’s Hofs oordeel dat de onderhavige uitgaven niet een zakelijk karakter dragen, dwingt immers tot de slotsom dat zij niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen.”⁴ Voldoende voor niet-aftrekbaarheid van de uitgaven was dus dat de uitgaven geen zakelijk karakter droegen, in de zin van bijdragend tot de winst van de onderneming, en dus vreemd waren aan de onderneming. In HR 21 september 1994, 29356, BNB 1995/16⁵ bevestigde de Hoge Raad dit oordeel: “Indien vaststaat dat een belastingplichtig lichaam een betaling heeft gedaan zonder dat blijkt van enige tegenprestatie, kan deze uitgave slechts dan tot de kosten van de door de belastingplichtige gedreven onderneming worden gerekend, indien deze aannemelijk maakt dat de uitgave ten behoeve van die onderneming is gedaan”.⁶ Om mij onduidelijke redenen hebben deze arresten destijds het nodige stof doen opwaaien, maar ik vind het volstrekt logisch dat voor aftrekbaarheid van de uitgave bij de bv voldoende is om te toetsen of de uitgave het zakelijke belang van de onderneming heeft gediend en meer niet. Irrelevant daarvoor is of de uitgave ook heeft geleid tot een bevoordeling van de aandeelhouder (winstuitdeling). Beide begrippen moet men niet vereenzelvigen, zoals veel praktijkfiscalisten tot de arresten van september 1994 wel deden. De verhouding tussen beide begrippen is dat elke winstuitdeling tevens een onttrekking is, maar niet elke onttrekking een winstuitdeling.⁷

3.2 Twee momenten

Ditzelfde onderscheid zien we terug in genoemd arrest HR 13 januari 2023, BNB 2023/40. Zoals gezegd, ging het in die zaak om een geldlening van de dga bij ‘zijn’ bv en of die geldlening als een verkapte winstuitdeling moest

⁴ Ibid., punt 3.3.

⁵ HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964, BNB 1995/16 (m.nt. Hoogendoorn).

⁶ Ibid., punt 3.2. De Hoge Raad legde de bewijslast voor aftrekbaarheid mijns inziens terecht bij belanghebbende.

⁷ P.G.H. Albert illustreert dit verschil in zijn noot bij BNB 2023/40 mooi met de onzakelijke leningen: wel een onttrekking (dus geen aftrek van het afwaarderings- of kwijtscheldingsverlies), maar geen winstuitdeling (want de schuldenaar heeft nog steeds de juridische verplichting om de schuld af te lossen).

worden aangemerkt. Het nieuwe van dit arrest zit hem vooral in het feit dat de Hoge Raad met betrekking tot de onttrekking twee momenten onderscheidt, te weten het moment van verstrekking van de gelden en het moment daarna, elk met eigen toetsingscriteria. Voor dit arrest had de Hoge Raad dit onderscheid nog niet zo duidelijk gemaakt.

Met betrekking tot het eerste moment (van verstrekking van de gelden) oordeelt hij dat gelden op het moment van hun verstrekking moeten worden aangemerkt als een onttrekking “indien op dat moment vaststaat of zo goed als zeker is dat de aandeelhouder deze geleende gelden niet kan of zal aflossen. In dat geval moet namelijk worden aangenomen dat die gelden op het moment van verstrekking daarvan het vermogen van de vennootschap definitief hebben verlaten en tot het vermogen van de aandeelhouder zijn gaan behoren op grond van de tussen hen bestaande vennootschappelijke betrekkingen.”⁸ De nadruk ligt in het eerste geciteerde zinsgedeelte wat mij betreft op de woorden “kan of zal aflossen”. “Kan aflossen” zegt naar mijn mening iets over de solvabiliteit van de schuldenaar: is hij wel in staat om de geldlening af te lossen? “Zal aflossen” zegt naar mijn mening iets over de intentie van de schuldenaar: heeft hij wel de bedoeling om de geldlening (ooit een keer) af te lossen?

Na het moment van de geldverstrekking kan ook nog sprake zijn van een onttrekking, namelijk “indien dat bedrag het vermogen van de vennootschap definitief heeft verlaten doordat de vennootschap rechten die haar als crediteur toekomen, geheel of gedeeltelijk prijsgeeft op grond van de met de aandeelhouder bestaande vennootschappelijke betrekkingen.”⁹ In dat geval vindt de onttrekking dan plaats op het moment van dit prijsgeven.¹⁰ Na het moment van geldverstrekking, zo begrijp ik de Hoge Raad, is voor een onttrekking niet meer relevant of de schuldenaar

⁸ HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26, BNB 2023/40 (m.nt. Albert), punt 3.4.2. Dit wordt niet anders, zo voegt de Hoge Raad er onder verwijzing naar HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761 aan toe, indien de mogelijkheid bestaat dat die gelden in de toekomst worden verrekend met een dividenduitkering van de vennootschap.

⁹ HR 13 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:26, BNB 2023/40 (m.nt. Albert), punt 3.4.3.

¹⁰ Daaraan voegde de Hoge Raad nog toe dat, zou de vennootschap ook zonder die betrekkingen zulke rechten hebben prijsgegeven, maar tot een lager bedrag, slechts een onttrekking plaatsvindt, voor zover het prijsgegeven bedrag dit lagere bedrag overtreft; zie HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:355, r.o. 3.5.

de lening nog kan of zal aflossen, maar enkel of de schuldeiser haar rechten prijsgeeft. Anders gezegd, is de schuldenaar dan inmiddels aan lager wal geraakt, zodat hij onvoldoende solvabel is om de geldlening nog af te lossen, dan leidt dit feit niet tot een onttrekking. Ook als de schuldenaar op een later moment de intentie heeft opgevat om niet langer af te lossen, is geen sprake van een onttrekking. Dit laatste is natuurlijk wel een pikante conclusie.

Uit dit arrest leren we dat voor het antwoord op de vraag of op het moment van verstrekking van de gelden sprake is van een onttrekking, moet worden beoordeeld of de schuldenaar de lening kan of zal aflossen. Na het moment van verstrekking van de gelden moet voor het antwoord op deze vraag (enkel) worden beoordeeld of de schuldeiser haar rechten uit hoofde van de geldverstrekking (geheel of gedeeltelijk) heeft prijsgegeven. Het zal duidelijk zijn dat dit tweede moment na de geldverstrekking voor de Belastingdienst vervelende consequenties kan hebben, want op dat moment speelt dus geen enkele rol meer of de schuldenaar de verstrekte gelden nog “kan of zal aflossen”. En de praktijk leert dat de Belastingdienst dit zo wel toepast. Dit arrest leidt er dus toe dat de Belastingdienst voortaan attenter zal moeten zijn op het moment van verstrekking van de gelden en op dat moment moet toetsen of de dga de gelden nog kan of zal aflossen. Daarna kan dit namelijk niet meer en kan enkel nog een onttrekking aanwezig zijn als de schuldeiser/bv de geleende gelden prijsgeeft.

3.3 Begrip ‘prijsgeven’

De belangrijke vraag die na dit arrest rijst, is wanneer sprake is van prijsgeven. Natuurlijk, als de schuldeiser/bv een briefje stuurt aan de schuldenaar/dga met de mededeling dat hij de geleende gelden niet meer hoeft terug te betalen, is sprake van prijsgeven. Dat lijkt mij evident. Interessanter is of ook sprake is van prijsgeven als de schuldeiser/bv niks doet en (ook) niet overgaat tot inning van de geleende gelden, wellicht omdat dit, gelet op de inmiddels ontstane beroerde vermogenspositie van de schuldenaar/dga, toch geen succes zou hebben. P.G.H. Albert wijst in

zijn noot in BNB 2023/40 op het arrest HR 8 februari 2019, *BNB* 2019/67¹¹. Daarin oordeelde de Hoge Raad – het betrof het prijsgeven van een pensioenaanspraak – dat het hof heeft miskend dat het enkele stilzitten van belanghebbende onvoldoende is om aan te nemen dat belanghebbende de aanspraak op pensioen heeft prijsgegeven. Het hof had de enkele omstandigheid dat belanghebbende geen actie had ondernomen, toen de bv de verschuldigde pensioentermijnen niet had betaald, namelijk nog voldoende geacht voor het oordeel dat belanghebbende de gehele aanspraak had prijsgegeven. Stilzitten van een schuldeiser, zo kan uit dit arrest worden geconcludeerd, vormt derhalve (nog) geen prijsgeven door die schuldeiser. Prijsgeven vereist een handeling van de schuldeiser, waarbij de schuldeiser de schuldenaar laat weten dat hij afziet van inning van de vordering.¹² Kortom, stilzitten leidt dus (nog) niet tot prijsgeven en daarmee ook (nog) niet tot een onttrekking, naar mijn mening ook niet als dit stilzitten onzakelijk is, dat wil zeggen wanneer een willekeurige derde wel zou hebben gehandeld.¹³

3.4 Winstuitdeling

Na dit oordeel over de onttrekking komt de Hoge Raad in genoemd arrest toe aan de kwestie van de winstuitdeling. Allereerst merkt hij op dat “indien en voor zover een onttrekking (...) kon plaatsvinden uit winst of winstreserves dan wel in het vooruitzicht van te maken winst, kan zij onder omstandigheden een winstuitdeling door de vennootschap aan de aandeelhouder zijn.”¹⁴ Hieruit blijkt dus dat, zoals ik al aangaf, de

¹¹ HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:189, *BNB* 2019/67 (m.nt. Meussen).

¹² Dit is ook in lijn met de jurisprudentie over het begrip ‘prijsgeven’ voor toepassing van de kwijtscheldingswinstvrijstelling van art. 3.13, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001. Zo is bij beëindiging van het faillissement wegens de toestand des boedels (gebrek aan baten) geen sprake van prijsgeven maar wel bij homologatie van een akkoord; zie HR 14 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5122, *BNB* 1992/392.

¹³ Onzakelijk stilzitten kan er wel toe leiden dat de zakelijke lening een onzakelijke lening wordt, zoals P.G.H. Albert naar mijn mening terecht opmerkt. Men zie HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, *BNB* 2013/148 (m.nt. Heithuis). Maar dit leidt nog niet tot een onttrekking, omdat de schuldenaar nog steeds de juridische verplichting heeft de geleende gelden terug te betalen.

¹⁴ Vgl. HR 1 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:BH7458, *BNB* 1990/63 (m.nt. Hofstra), r.o. 4.3.

winstuitdeling een species is van het genus onttrekking. Anders gezegd: zonder onttrekking geen winstuitdeling.

Vervolgens geeft de Hoge Raad de vereisten voor een winstuitdeling:

- a. de vermogensverschuiving naar de aandeelhouder is geschied met de bedoeling de aandeelhouder als zodanig te bevoordelen; en,
- b. zowel de vennootschap als de aandeelhouder was zich bewust of had zich bewust moeten zijn van niet alleen die vermogensverschuiving maar ook van die bevoordelingsbedoeling (dubbele bewustheid).¹⁵

Dit zijn de bekende vereisten en is ook niet het vernieuwende van het arrest. De bewijslast van beide elementen ligt overigens bij de belastinginspecteur.¹⁶

De voor de praktijk belangrijke vraag die na dit arrest is gerezen, is of er ook een bevoordeling (vermogensverschuiving) kan zijn van de schuldenaar/dga, en dus van een verkapte winstuitdeling, als de schuldeiser/bv de schuld kwijtscheldt, wanneer inning ervan tot niks meer leidt vanwege de slechte financiële situatie van de schuldenaar/dga. P.G.H. Albert meent in zijn noot in BNB 2023/40 dat dan geen sprake is van een bevoordeling. De vordering was immers al niks waard, zodat ter zake van de kwijtschelding bij de schuldenaar/dga geen belastingheffing kan plaatsvinden in box 2 wegens een verkapte winstuitdeling. Ik zou zo ver (nog) niet willen gaan. Naar mijn mening kan de kwijtschelding zo worden geduid dat de bevoordeling/vermogensverschuiving erin bestaat dat de schuldenaar/dga door de kwijtschelding definitief wordt gekweten van zijn terugbetalingsverplichting. Daarmee hebben de eerder door de schuldenaar/dga van de bv geleende gelden definitief het vermogen van de bv verlaten en zijn deze definitief in het vermogen van de schuldenaar/dga gevloeid. Ik vind het niet een heel grote stap om die juridische kwijting van

¹⁵ Waarbij dit laatste vereiste zich niet hoeft uit te strekken tot de exacte omvang van het bedrag van die vermogensverschuiving; zie HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0411, BNB 2004/112 (m.nt. Van der Geld), r.o. 4.3, en het aldaar genoemde arrest HR 8 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2193, BNB 1997/295 (m.nt. Juch), r.o. 5.1.

¹⁶ Zie r.o. 3.4.5 van het arrest.

de terugbetalingsverplichting als de bevoordeling/vermogensverschuiving te zien.

4. Belastingdienst 13 juni 2023, KG:003:2023:1, V-N 2023/33.4

Naar aanleiding van het arrest van 13 januari 2023 heeft de Belastingdienst op 13 juni 2023 een kennisgroepstandpunt gepubliceerd. In dit standpunt legt de Belastingdienst het eerste oordeel van de Hoge Raad mijns inziens te beperkt uit. Met betrekking tot het “kan of zal aflossen” schrijft de Belastingdienst dat dit ziet op de schijnlening of de bodemlozeputlening ‘omhoog’. De schijnlening zal slaan op het “zal aflossen”, de bodemlozeputlening op het “kan aflossen”. Die twee situaties zullen er zeker onder vallen, maar het komt mij voor dat het “kan of zal aflossen” niet tot deze twee situaties is beperkt. Overigens kan men de vraag stellen of de schijnlening hier wel onder valt, want in de kern is dit naar mijn mening geen lening, althans niet in fiscale zin. Van aflossen, al dan niet “kan of zal”, van een niet-bestaande lening kan dan geen sprake zijn, lijkt mij. Maar dat is een semantische discussie zonder praktisch belang, want ook de schijnlening moet dan op het moment van ‘verstrekking’ worden gekwalificeerd als een onttrekking, net zoals dat geldt voor de ‘echte’ lening die niet “kan of zal” worden afgelost.

Met betrekking tot het (tweede) moment na de geldverstrekking werpt de Belastingdienst een tegenstelling op waarvan ik mij afvraag of die er wel is. Die tegenstelling betreft de begrippen “prijsgeven” en “vrijwillig prijsgeven”. Het “vrijwillig prijsgeven” gebruikt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.1., waarin hij zijn hierboven vermelde rechtsregels toepast op de voorliggende casus. Hij oordeelt dan (cursivering EH): “Het Hof heeft (...) ten onrechte geen onderscheid aangebracht tussen (a) onttrekkingen die plaatsvinden op het moment waarop een vennootschap geldmiddelen ten titel van lening aan haar aandeelhouder verstrekt, en (b) onttrekkingen die pas later plaatsvinden doordat een vennootschap de rechten die haar op grond van een overeenkomst van geldlening als schuldeiser toekomen, naderhand *vrijwillig* prijsgeeft”. Opeens voegt de Hoge Raad hier dus het woord “vrijwillig” toe, waar hij dat eerder nog niet

deed, zodat de vraag rijst of hieraan betekenis moet worden toegekend. De Hoge Raad geeft overigens geen nadere invulling aan deze beide begrippen.

Maar dan komt de kern van het standpunt. De Belastingdienst schrijft letterlijk: “Afhankelijk van feiten en omstandigheden geldt in grote lijnen het volgende:

- Als de schuldeiser/vennootschap een vordering (materieel) kwijtscheldt op grond van de met de aandeelhouder bestaande vennootschappelijke betrekkingen, is sprake van een onttrekking. Door het handelen van de schuldeiser/vennootschap wordt de schuldenaar namelijk bevrijd van de verplichting tot betaling van rente en aflossing. Het criterium (materieel) kwijtschelden wordt overigens ook gebruikt in het Verzamelbesluit aanmerkelijk belang, nr. 2018-27139. Zie in dit kader de onderdelen 3.2. en 4.12.
- Als door het handelen of nalaten van de schuldeiser/vennootschap de schuldenaar niet wordt bevrijd van de verplichting tot betaling van rente en aflossing (met andere woorden, de vordering blijft in stand), maar op grond van de met de aandeelhouder bestaande vennootschappelijke betrekkingen [de]¹⁷ schuldenaar in – kort gezegd – een betere positie terecht komt, kan sprake zijn van (gedeeltelijk) prijsgeven van rechten die de vennootschap als crediteur toekomen en kan dus sprake zijn van een (gedeeltelijke) onttrekking. Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ6508, ECLI:NL:GHARL:2015:1367 en ECLI:NL:RBGEL:2015:6019 (...).”

Wat deze passage met de begrippen ‘prijsgeven’ en ‘vrijwillig prijsgeven’ heeft te maken, ontgaat mij. De Belastingdienst gebruikt in deze passage deze begrippen ook niet meer, maar heeft het opeens over “(materieel) kwijtschelden”, waarbij “materieel” ook nog eens tussen haakjes is geplaatst. Mij ontgaat geheel wat ik onder “(materieel) kwijtschelden” moet verstaan. Ter onderbouwing hiervan verwijst de Belastingdienst naar ‘eigen werk’, namelijk naar het aanmerkelijkbelangbesluit uit 2018 van haar hoogste baas, de Staatssecretaris van Financiën. Deze “wij van WC-eend”-benadering heeft natuurlijk geen enkele kracht van argument.

¹⁷ In het gepubliceerde standpunt ontbreekt hier het lidwoord “de”.

Overigens, net zomin als de Hoge Raad de begrippen “prijsgeven” en vrijwillig prijsgeven” nader invult, doet de Belastingdienst dat met het begrip “(materieel) kwijtschelden” ook niet in genoemd aanmerkelijkbelangbesluit. Wat onder “(materieel) kwijtschelden” moet worden verstaan, blijft dus in nevelen gehuld. Als je het mij vraagt, slaat dit nergens op en is deze passage gewoon uit de hoge hoed getoverd om de consequenties van het arrest van 13 januari 2023 niet te hoeven trekken, namelijk dat na het moment van geldverstrekking alleen nog sprake kan zijn van een onttrekking bij “prijsgeven” door de schuldeiser. Want de Belastingdienst voelt ook wel aan dat daarvan in de praktijk niet snel sprake zal zijn, zeker niet als men de uitleg hiervóór in par. 3.3 volgt dat ‘prijsgeven’ een bewuste handeling is en niet tevens een nalaten of stilzitten.

Maar de Belastingdienst maakt het mijns inziens nog bonter. In het tweede deel van de geciteerde passage neemt de Belastingdienst het standpunt in dat sprake kan zijn van (gedeeltelijk) prijsgeven van rechten en dus van een (gedeeltelijke) onttrekking, “als door het handelen of nalaten van de schuldeiser/vennootschap (...) op grond van de met de aandeelhouder bestaande vennootschappelijke betrekkingen [de] schuldenaar in – kort gezegd – een betere positie terecht komt.” Dus als door het handelen of nalaten van de schuldeiser de schuldenaar in een betere positie terecht komt, is sprake van (gedeeltelijk) prijsgeven. Wat moet worden verstaan onder “in een betere positie terecht komt”, legt de Belastingdienst niet uit en blijft dus onduidelijk. Voorts vind ik het bijzonder dat de Belastingdienst ter onderbouwing van dit standpunt verwijst naar een paar willekeurige uitspraken van lagere rechters van vóór het arrest van 13 januari 2023, waarmee die lagere rechters dus geen rekening hebben kunnen houden. Pas sinds het arrest van 13 januari 2023 weten we dat voor het tweede potentiële onttrekkingsmoment bepalend is of de schuldeiser haar rechten (geheel of gedeeltelijk) prijsgeeft. Daarvóór was dat onbekend.

Kortom, ik kan voor dit standpunt weinig begrip opbrengen en niet anders kwalificeren dan als een – wat mij betreft mislukte – poging om de voor de Belastingdienst nadelige gevolgen van het arrest van 13 januari 2023 te neutraliseren.

5. Zakelijkheidsbeginsel failliet?

Ik had voor dit liber amicorum voor Hans eigenlijk iets anders willen schrijven, namelijk over het failliet van het zakelijkheidsbeginsel. Ik stoor mij namelijk al vele jaren aan het feit dat transacties tussen gelieerde partijen langs de meetlat moeten worden gelegd van onafhankelijke derden. Het probleem daarmee is namelijk dat die meetlat niet bestaat. In abstracto kan men zich bij het zakelijkheidsbeginsel – had een onafhankelijke derde dit ook zo gedaan? – nog wel een voorstelling maken, maar men verzandt hopeloos zodra men dit ten aanzien van een specifieke transactie concreet maakt. Dit komt, omdat er geen modellen en gegevens beschikbaar zijn van wat niet-gelieerde partijen allemaal met elkaar afspreken en doen. Ik loop inmiddels lang genoeg mee in de fiscale praktijk om te weten dat onafhankelijke derden onderling de meest waanzinnige transacties verrichten die ikzelf nooit zo zou doen. Maar toch doen ze het. En we volgen dit fiscaal, want het zijn niet-gelieerde partijen. Maar zodra de dga een dergelijke zelfde transactie verricht met ‘zijn’ bv, is opeens sprake van een onzakelijke transactie en moet er worden gecorrigeerd. Maar wat is dan het referentiekader, waaraan men de verrichte (rechts)handelingen tussen de dga en ‘zijn’ bv moet toetsen? Dat referentiekader is er simpelweg niet en dat komt omdat we fiscaal iets doen wat bezijden de economische werkelijkheid is, namelijk een strikt onderscheid maken tussen de dga als natuurlijk persoon en de bv als rechtspersoon. Dat is een fictie. Een dga is een ondernemer die enkel zijn onderneming drijft in de vorm van een aparte rechtspersoon, maar dat maakt die aparte rechtspersoon nog geen onafhankelijke derde van de dga. Door zulks fiscaal toch te fingeren, doet men iets wat in strijd is met de economische werkelijkheid. En dan komt elke correctie in het luchtledige te hangen. Het zou mij daarom een lief ding waard zijn als we het zakelijkheidsbeginsel zouden kunnen afschaffen. Dat zou de fiscale praktijk, belastingplichtigen, adviseurs én inspecteurs, veel rust geven.

De wens uitspreken is echter gemakkelijker dan hem laten uitkomen. De vraag is namelijk: wat dan? Dan raken we aan de kern van ons belastingstelsel, namelijk de mogelijkheid tot arbitrage. Aangezien de wetgever verschillende inkomsten verschillend belast en steeds niet-neutrale systemen ontwerpt, kiezen belastingplichtigen logischerwijs de

voor hen fiscaal voordeligste weg. En, om in het hierboven gegeven voorbeeld te blijven, dat is geen dividenduitdeling maar een lening van de bv. De excessieflenenmaatregel die sinds 2023 voor dga's van kracht is geworden, helpt wat dit betreft al enorm, maar tot het maximumbedrag van € 500.000 is het nog steeds fiscaal aantrekkelijker om te lenen van de bv dan om dividend uit te keren. Idealiter zou men bij elke ontvangst, in geld of in natura, door de dga van 'zijn' bv box 2-belasting moeten heffen. Maar dat kan niet, want op sommige ontvangsten drukt geen vennootschapsbelasting, omdat die ontvangsten aftrekbaar zijn van de winst van de bv. De belastingheffing in box 2 schiet dan tekort. Denk aan huur op het aan de bv verhuurde bedrijfspand en aan rente op aan de bv verstrekte leningen. Niet voor niets is hiervoor de terbeschikkingstellingsregeling in box 1 ontworpen. En dit verschil met de belastingheffing over dividend in box 2 leidt alweer tot arbitrage.

Men zou de afschaffing van het zakelijkheidsbeginsel kunnen combineren met de regel dat betalingen die de bv doet aan haar aandeelhouder(s), niet langer aftrekbaar zijn van de winst. Op huur en rente drukt dan net als op dividend ook vennootschapsbelasting, zodat heffing in box 2 de geëigende belastingheffing is. Nationaal kan men dit nog wel bepalen, maar internationaal komt men dan al snel in de knel. Om te beginnen zal in concernverband voor rente en huur dan, net als voor dividend, een deelnemingsvrijstelling moeten worden ontworpen teneinde dubbele belastingheffing te voorkomen. Echter dan ligt internationale dubbele heffing of juist internationale niet-heffing op de loer als het andere land een ander systeem hanteert. En die kans is levensgroot, aangezien het internationaal gebruikelijk is dat rente en huur aftrekbaar is van de winst en dividend niet. Hier komt nog bij dat de vordering van de dga op de bv en het aan de bv verhuurde (bedrijfs)pand ook wordt belast in box 2, terwijl de voordruk van VPB hierbij geen enkele rol speelt. Kortom, ik vrees derhalve dat dit een onoplosbaar probleem is en ik zal moeten toegeven dat voor het zakelijkheidsbeginsel op dit moment geen geschikt alternatief voorhanden is. We zullen derhalve nog wel even door moeten blijven

modderen met dit beginsel.¹⁸ Of we moeten accepteren dat dga's en hun bv's geheel vrijwillig en naar willekeur de belastingheffing kunnen inrichten, zoals zij dat wensen. Ik neem echter niet aan dat iemand dat een aanlokkelijk vooruitzicht vindt.

6. Afsluiting

Hans en ik gaan al een hele lange tijd terug. Als ik het me goed herinner, hebben wij elkaar voor het eerst leren kennen in de jaren '90 van de vorige eeuw, toen ik toetrad tot het bestuur van het Post-Academisch Onderwijs Belastingwetenschap (PAOB). Hans zat daar toen al in en is daarin blijven zitten tot aan zijn afscheid van de universiteit. Voorts is Hans vele jaren verbonden geweest aan Wesselman Accountants | Adviseurs, in welke hoedanigheid hij mij met enige regelmaat heeft uitgenodigd voor een spreekbeurt voor dit kantoor. Onze samenwerking gaat derhalve vele jaren terug. En daar komt nu helaas een eind aan en dat is spijtig. Maar zo gaan de dingen des levens. Ik wens Hans nog vele gelukkige jaren. En wie weet, komen wij elkaar nog wel eens tegen. Misschien wel bij de Vereniging voor Belastingwetenschap?! Hans, het ga je goed!

¹⁸ Sterker nog, het bereik van het zakelijkheidsbeginsel zal zelfs toenemen, want in de nieuwe box 3 gaat vanaf 2027 ook een zakelijkheidsbeginsel gelden voor transacties tussen gelieerde partijen, zoals tussen partners onderling en tussen ouders en kinderen.

DE KONING VAN ARTIKEL 81 RO EN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING NEEMT AFSCHEID

Prof.dr. Hans van den Hurk¹

1. Inleiding

Als kamergenoot van Hans Arts heb ik veel gelachen als hij weer eens een principiële zaak voorlegde aan de Hoge Raad die daar echter niet in mee wilde gaan en de zaak afdeed met artikel 81 RO. De frustratie was niet alleen van het gezicht van Hans af te lezen. De aandachtige lezer begrijpt wat ik bedoel. Ik heb altijd zijn fanatisme om het recht te laten zegevieren bewonderd. En dan is het meer dan cru wanneer de hoogste rechter je zaak niet in behandeling wil nemen.

Inmiddels begrijp ik wat beter hoe je je kunt voelen indien de Hoge Raad meent dat je zaak geen inhoudelijke behandeling verdient. In een zaak die ik namens een internationaal advieskantoor voerde, kwamen meerdere punten aan de orde met betrekking tot artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969; de zogenoemde tussenhoudsterregeling.² Aan de orde kwam onder andere de vraag of een miskoop gelijk staat aan een waardedaling. Dit is relevant omdat de waardedaling van een dochtervennootschap niet ten laste mag komen van het liquidatieverlies van de tussenhoudster. Maar wat als er geen sprake is van een waardedaling, maar van een miskoop? De Hoge Raad meldt dat feitelijk is vastgesteld dat sprake is van een waardedaling en gaat dus niet in op de vraag wat de uitkomst geweest zou zijn ingeval van een miskoop. En dat terwijl er een waarderingsrapport lag van een onafhankelijke partij die concludeerde dat sprake was van een miskoop. Mocht deze laatste conclusie zijn gevolgd en een miskoop niet gelijkgesteld zijn aan een waardedaling, dan was er wel een liquidatieverlies te nemen.

¹ Hoogleraar aan Maastricht University en verbonden aan HHP Chambers en Apertas BV.

² Inmiddels artikel 13d, lid 7 Wet Vpb 1969.

En natuurlijk realiseer ik me dat het in 'een dergelijk geval nemen van een liquidatieverlies arbitrair is. Op het moment van aankoop meende het concern immers blijkbaar wel, tegen bestaande adviezen in, dat sprake was van een waarde die overeenkwam met hetgeen voor de deelneming betaald is.

Zeer essentieel in de discussie was de vraag of de toepassing van het toenmalige artikel 13d, lid 4 Wet Vpb ook tot gevolg kan en mag hebben dat de eigen verliezen van de tussenhoudster als gevolg van deze bepaling in aftrek beperkt kunnen worden. Maar juist op dit onderdeel wenste de Hoge Raad met een beroep op artikel 81, lid 1 RO geen oordeel te vellen. Het is usance dat wetenschappers niet publiceren over zaken waar zij zelf bij betrokken zijn en die nog onder de rechter zijn. Mijn zaak is verwezen naar Hof Den Haag. Waar ik mij in deze bijdrage echter op richt, is een aantal elementen uit deze zaak die niet in behandeling zijn genomen door dat beroep op artikel 81 RO, hetgeen mij de vrijheid geeft hier toch over te schrijven. Eén ervan betreft de vraag of, als een vennootschap een andere entiteit koopt die een dochter houdt en er voor de houdster en dochter meer betaald wordt dan het totaal van de intrinsieke waarde, het verschil (de goodwill) moet worden toegerekend aan de houdstermaatschappij of aan de dochter. Een andere betreft de vraag hoe om te gaan met een miskoop.

2. Artikel 81, lid 1 RO

Om te begrijpen wat de achtergrond is van artikel 81 RO verwijs ik graag naar de website van de Hoge Raad die daar probeert een en ander te verduidelijken. De Hoge Raad meldt daar dat hij het als zijn maatschappelijke taak beschouwt de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid te bevorderen alsmede het bieden van individuele rechtsbescherming.³ Ook meldt de Hoge Raad dat hij de afgelopen jaren de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid in steeds sterkere mate als zijn primaire taken is gaan zien. Aanleiding hiervoor was de in 2012 ingevoerde Wet Versterking Cassatierechtspraak die als doel had om de Hoge Raad beter in staat te stellen zich te concentreren op deze kerntaken. Bij deze

³ www.hogeraad.nl/over-ons/rechtsontwikkeling (geraadpleegd op 16 oktober 2023).

nieuwe wet werd onder andere artikel 80a RO ingevoerd. Dit artikel creëert een ‘selectie aan de poort’. Feitelijk houdt dit in dat de Hoge Raad cassatieberoepen niet-ontvankelijk kan verklaren als de klachten evident niet tot cassatie kunnen leiden of als een partij evident onvoldoende belang heeft bij haar cassatieberoep.

Valt een zaak onder artikel 81 RO dan is er dus geen sprake van een zaak die evident niet tot cassatie kan leiden. Dan rest nog slechts de vraag of die zaken van belang zijn voor de rechtsontwikkeling of rechtseenheid. En op die criteria gaat de Hoge Raad selecteren, want regelmatig worden zaken voorgelegd waarvan de Hoge Raad vindt dat ze niet richtinggevend en belangrijk zijn. En om nu tijd te besparen worden zaken die dat niet zijn weliswaar in behandeling genomen, maar niet voorzien van een motivering.⁴ Hierdoor kan er zogenaamd meer tijd worden gestoken in de meest richtinggevende beslissingen. "Het is dus van belang dat de Hoge Raad selectief met de schaarse en kostbare tijd omgaat", aldus de Hoge Raad.⁵

Artikel 81, lid 1 RO luidt als volgt:

Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.

Deze sinds 1988 bestaande regeling voorziet in een afdoening van zaken zonder inhoudelijke motivering door de Hoge Raad. De Hoge Raad past dit artikel toe als het cassatieberoep ongegrond is en geen juridisch belangrijke nieuwe vragen oproept. Dit lezende zullen bij Hans Arts de wenkbrauwen enigszins gefronst raken: ‘Zijn mijn zaken dan onbelangrijk? Wat maakt dan dat deze zaken onbelangrijk zijn? De hoogte van de bedragen? Het academische karakter van de rechtsvraag? Zou het niet zo moeten zijn dat iedere vraag die als rechtsvraag kan worden gekenschetst,

⁴ Onder artikel 80a RO wordt een zaak niet in behandeling genomen.

⁵ <https://www.hogeraad.nl/over-ons/rechtsontwikkeling/> (laatstelijk geraadpleegd op 16 oktober 2023).

behandeld zou moeten worden?’ Dat is zeker het geval binnen de tijdsgeest waarin wetten complexer zijn dan ooit en steeds meer onbegrijpelijke bepalingen bevatten, doordat belastingwetten meer en meer politiek worden. En dan is de ratio zoek en hebben we toch echt de Hoge Raad nodig om zijn licht te doen schijnen op die rechtsvragen.

Een belangrijk verschil tussen het jongere artikel 80a RO en de wat oudere broer schuilt in het gegeven dat de selectie van zaken die worden afgedaan met artikel 80a RO in het begin van de cassatieprocedure plaatsvindt, terwijl de selectie ten aanzien van artikel 81 RO aan het ‘einde’ van de cassatieprocedure geschiedt. Toch zegt de Hoge Raad ook in dit laatste geval tijd te kunnen besparen om zich verder te verdiepen in zaken die er in juridisch opzicht echt toe doen. Het probleem is dan natuurlijk wel dat als de Hoge Raad tien zaken heeft die beoordeeld moeten worden en, laten we zeggen, maar tijd heeft voor de behandeling van zeven zaken, er hoe dan ook drie geselecteerd worden die niet behandeld zullen worden. Betekent dit dat een zaak die in januari voorligt wellicht een grotere kans krijgt om behandeld te worden dan een zaak die in november wordt voorgelegd? Dat zou een grote mate van ongelijkheid betekenen die we in een fatsoenlijke rechtsstaat niet zouden moeten willen, dunkt me.

Het gevolg van de toepassing van artikel 81 RO is, zoals Hans Arts wellicht beter dan wie ook weet, dat de Hoge Raad geen inhoudelijke onderbouwing geeft als hij het gehele cassatieberoep of het cassatiemiddel niet-ontvankelijk of ongegrond verklaart. Neen, de Hoge Raad gebruikt op de website de volgende beroemde laatste woorden: *‘Dat de Hoge Raad een dergelijke beslissing niet motiveert, wil dus niet zeggen dat hij de aangevoerde klachten niet serieus bekeken heeft. Integendeel’*.⁶

Is het teveel gevraagd om, indien een zaak na jaren bij de Hoge Raad is beland, op zijn minst kenbaar te maken in welke mate de Hoge Raad die zaak serieus heeft bekeken en waarom hij heeft gemeend geen gemotiveerde uitspraak te hoeven doen?

Voor de praktijk betekent dit dus dat als een rechtsvraag niet evident niet tot cassatie aanleiding kan geven ingevolge artikel 80a RO,

⁶ www.hogeraad.nl/over-ons/rechtsontwikkeling (geraadpleegd op 16 oktober 2023).

belastingplichtige nog altijd kan stuklopen op een Hoge Raad die vindt dat de casus niet relevant is voor de rechtsontwikkeling of de eenheid van recht.

3. Artikel 13d, lid 4 (tegenwoordig lid 7) Wet Vpb 1969

Ik heb inmiddels een vergelijkbare ervaring als Hans. In essentie gaat de zaak over artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969. Dit artikel is een bepaling die voorkomt dat meer dan één keer een liquidatieverlies genomen zou kunnen worden. Het artikel luidt als volgt:

“Indien, onmiddellijk of middellijk, tot het vermogen van het ontbonden lichaam een deelneming heeft behoord die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering of die is vervreemd en die in waarde is gedaald sedert de verkrijging van de deelneming in het ontbonden lichaam, wordt het liquidatieverlies slechts in aanmerking genomen voor zover dit verlies het bedrag van die waardedaling te boven gaat.”

Een voorbeeld van een situatie waarvoor dit artikel is geschreven betreft het geval van een houdstermaatschappij met een dochtervennootschap waarbij de dochtervennootschap een kleindochter koopt voor een bedrag van € 100. Na verloop van tijd wordt de tussenhoudster geliquideerd. Op dat moment is de waarde van de kleindochter nog maar € 80. Het gevolg van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969 is dat het liquidatieverlies op de tussenhoudster moet worden verminderd met € 20.

Deze situatie is de uitgangssituatie van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969, maar die bepaling is niet geëquipeerd om alle verschijningsvormen even duidelijk aan te pakken als die in het hierboven gegeven gestileerde voorbeeld. Het wordt lastiger wanneer een complete structuur wordt gekocht, waarbij dus een vennootschap met een of meerdere dochtervennootschappen wordt gekocht en onder een bestaande houdstermaatschappij wordt gehangen. In dat geval komt de vraag op wie fiscaal eigenaar is van de goodwill.

4. Wie is de fiscale eigenaar van de goodwill?

Het wordt echter nog een stuk complexer wanneer een vennootschap een tussenhoudster koopt met een of meer dochtervennootschappen. En dit heeft alles te maken met de bij 'een dergelijke acquisitie betaalde goodwill. De essentiële en principiële vraag die voorligt is of, voor de toepassing van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969, indien een acquisitie wordt vormgegeven door aankoop van een (tussen)holding en een actieve werkmaatschappij (kleindochter) en voor het geheel meer wordt betaald dan de intrinsieke waarde van beide vennootschappen gezamenlijk (met andere woorden: er wordt goodwill betaald), deze door de koper betaalde goodwill moet worden toegerekend aan de fiscale boekwaarde van de kleindochter op de fiscale balans van de tussenholding of dat deze goodwill de tussenhoudster toekomt. Wat maakt het verschil?

Op het moment dat de goodwill mag worden toegerekend aan de tussenhoudster, dan betekent dit dat bij liquidatie van de tussenhoudster de waardedaling van de goodwill niet op het liquidatieverlies in mindering komt omdat die niet toebehoort aan de kleindochter. Zou de goodwill worden toegerekend aan de kleindochter, dan vermindert de waardedaling van de goodwill in die kleindochter het aftrekbare liquidatieverlies bij de tussenhoudster juist wel.

In de literatuur is weinig te vinden over deze problematiek. Het meest concreet is een bijdrage van Van de Streek. Hij schrijft:⁷

“Dit voorbeeld geeft overigens naar onze mening wel aan dat de regeling van artikel 13d lid 7 (voorheen lid 4; HvdH) in de praktijk tot schier onoverkomelijke problemen aanleiding zal geven, indien tot de bezittingen van een aangekochte ‘tussenhoudstermaatschappij’ meerdere deelnemingen behoren. Een antwoord op de vraag voor welk bedrag de overnameprijs van een ‘tussenhoudstermaatschappij’ aan de ‘onderliggende’ deelnemingen gealloceerd moet worden, heeft fiscaal vergaande gevolgen en zal in de praktijk nauwelijks

⁷ Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.13.D.d Wijze van berekening van de waardedaling ex art. 13d, lid 7 Wet Vpb 1969.

objectief bepaalbaar zijn (zeker niet indien dat bedrag retrospectief moet worden vastgesteld) alsmede niet te controleren zijn. Het probleem wordt nog verzwaaard, indien de tussenhoudster overigens een onderneming in materiële zin drijft waaraan een waarde valt toe te rekenen’.”

Hieronder worden twee situaties, en vier oplossingsrichtingen, beschreven en beoordeeld op de fiscale gevolgen als resultaat van een op zijn minst onduidelijke wetstoepassing.

Situatie 1: Tussenhoudster heeft geen eigen onderneming

Veronderstel: een BV koopt een kleine structuur van een houdstermaatschappij met een dochtervennootschap tegen een prijs van € 100. De houdstermaatschappij wordt hierdoor een tussenhoudster. Deze drijft in dit voorbeeld geen eigen onderneming en heeft een intrinsieke waarde van € 10. De werkmaatschappij heeft een intrinsieke waarde van € 40. Ergo, er wordt € 50 aan goodwill betaald. Dan zijn er dus twee mogelijkheden: de goodwill wordt ofwel toegerekend aan de houdstermaatschappij ofwel aan de werkmaatschappij. De tussenhoudster wordt geliquideerd met een liquidatie-uitkering van € 0. Op het moment van liquidatie heeft de werkmaatschappij nog maar een intrinsieke waarde van € 25.

Mogelijkheid 1: de goodwill wordt toegerekend aan de houdstermaatschappij

De tussenhoudster wordt geliquideerd. De goodwill is onderdeel van het opgeofferd bedrag en derhalve bedraagt het liquidatieverlies in de eerste stap € 50 (goodwill) plus € 10 (intrinsieke waarde) verminderd met de liquidatie-uitkering van 0. Per saldo resulteert dat dus in een liquidatieverlies van € 60. Hierop komt in mindering de waardedaling van de deelneming die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering welke € 15 (€ 40 -/- € 25) bedraagt. Het liquidatieverlies komt dan uit op € 45.

Mogelijkheid 2: de goodwill wordt toegerekend aan de werkmaatschappij

De tussenhoudster wordt wederom geliquideerd. De goodwill behoort nu niet toe tot het opgeofferd bedrag van de houdster en dus bedraagt het

liquidatieverlies in de eerste stap een ferme € 10, namelijk de intrinsieke waarde verminderd met de liquidatie-uitkering. Hierop komt in mindering de waardevermindering van de deelneming die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering welke € 65 bedraagt ($[\text{€ } 40 + \text{€ } 50] - \text{€ } 25 = \text{€ } 65$). Het liquidatieverlies bedraagt dan $-\text{€ } 55$. Gelukkig, en dat gold ook in de hierboven genoemde zaak bij de Hoge Raad, betekende dit niet dat er een belaste opbrengst ontstond en kwam het liquidatieverlies uit op 0.

Situatie 2: Tussenhoudster drijft een eigen onderneming

Veronderstel: een BV koopt een kleine structuur bestaande uit een houdstermaatschappij met een werkmaatschappij tegen een prijs van € 120. Deze (tussen)houdster drijft in dit voorbeeld een eigen actieve onderneming en heeft een intrinsieke waarde van € 30. De werkmaatschappij heeft een intrinsieke waarde van € 40. Ergo, er wordt € 50 aan goodwill betaald. Dan zijn er dus wederom twee mogelijkheden, de goodwill wordt toegerekend aan de (tussen)houdstermaatschappij of de goodwill wordt toegerekend aan de werkmaatschappij. De tussenhoudster wordt geliquideerd. De liquidatie-uitkering bedraagt € 10. Op het moment van liquidatie heeft de werkmaatschappij nog maar een intrinsieke waarde van € 25.

Mogelijkheid 1: de goodwill wordt toegerekend aan de houdstermaatschappij

De gekochte houdstermaatschappij wordt geliquideerd. De goodwill is onderdeel van het opgeofferd bedrag en derhalve bedraagt het liquidatieverlies in de eerste stap € 50 (goodwill) plus €30 (intrinsieke waarde), verminderd met de liquidatie-uitkering van € 10. Per saldo dus een liquidatieverlies van € 70. Hierop komt in mindering de waardedaling van de deelneming die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering welke € 15 ($\text{€ } 40 - \text{€ } 25$) bedraagt. Het liquidatieverlies komt dan uit op € 55⁸.

Mogelijkheid 2: de goodwill wordt toegerekend aan de werkmaatschappij

⁸ Iets anders benaderd: het verschil tussen de intrinsieke waarde en de liquidatie-uitkering vermeerderd met de goodwill en verminderd met de waardedaling van de dochter tijdens de houdsterperiode.

De tussenhoudster wordt wederom geliquideerd. De goodwill behoort nu niet tot het opgeofferd bedrag van de tussenhoudstermaatschappij en dus bedraagt het liquidatieverlies in de eerste stap € 20, namelijk de intrinsieke waarde van € 30 verminderd met de liquidatie-uitkering van € 10. Hierop komt in mindering de waardevermindering van de deelneming die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering ($€ 40 + € 50 - € 25 = € 65$). Het liquidatieverlies bedraagt dan $-€ 45$. Het liquidatieverlies komt hierbij uit op 0.

Waarom dit tweede voorbeeld? Aangezien in dit voorbeeld de gekochte houdstermaatschappij een eigen verlies leed van € 30 $-€ 10$. Wordt vervolgens gekozen voor het alternatief waarbij de goodwill wordt geacht te zijn toegerekend aan de werkmaatschappij, dan resteert er dus een liquidatieverlies van 0 terwijl die entiteit eigen verliezen had die bij de BV (als houdster van de geliquideerde vennootschap) toch minstens in aftrek gebracht zouden moeten kunnen worden.

Kan het zo zijn dat de eigen verliezen van een vennootschap niet meer verrekenbaar zijn bij een liquidatie? Is dat redelijk gezien vanuit de wetshistorie? Om dat te kunnen beoordelen zou er naar het totaalplaatje gekeken moeten worden. Wat gebeurt er indien in dit laatste geval de dochtervennootschap ook wordt geliquideerd en de liquidatie-uitkering € 10 bedraagt.

Het liquidatieverlies kan in dit geval als volgt worden berekend: € 40 (intrinsieke waarde) + € 50 (goodwill) verminderd met de liquidatie-uitkering van € 10 is € 80. In totaal was er € 120 geïnvesteerd. In totaal heeft de houdster dus twee keer € 10 liquidatie-uitkering en een keer € 80 aan verlies gekregen ter compensatie. Opgeteld is dat € 100. Er valt € 20 in het water, want het totaal geïnvesteerde bedrag bedraagt € 120.

5. Een intermezzo: zijn eigen verliezen altijd aftrekbaar?

Wat is nu de juiste methode om het liquidatieverlies te bepalen. Het makkelijkste antwoord is: ‘we weten het niet’. Dat zou Hans echter niet passen en dat geldt ook voor de auteur van deze bijdrage. De fiscus gaat voor methode 2 en rekent de gekochte goodwill toe aan de actieve

werkmaatschappij, zelfs in situaties waarin de tussenhoudster een eigen onderneming drijft. Belastingplichtige kiest voor methode 1, omdat de belastingplichtige minstens de eigen verliezen van de geliquideerde tussenhoudster wil kunnen verrekenen.

De vraag komt dan ook op hoe een en ander door de wetgever bedoeld is geweest. Daarvoor moeten we een aantal decennia terug in de tijd. En de wezensvraag is dan of bij een liquidatie van een vennootschap waarbij tot de liquidatie-uitkering een deelneming behoort die gedurende de bezitsperiode in waarde is gedaald, niet toch minstens de eigen verliezen van die geliquideerde tussenhoudster in aftrek moeten kunnen worden gebracht.

Het is duidelijk dat de discussie hangt op de vraag hoe naar het begrip waardevermindering in de tekst van artikel 13d, lid 4, Wet Vpb 1969 (oud) gekeken dient te worden. Het dient in ieder geval te gaan om een *“een deelneming (...) die in waarde is gedaald”* waarbij op basis van de wetsgeschiedenis ervan uit mag worden gegaan dat het dus moet gaan om een waardedaling die bij de tussenhoudster onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen. In de Kamerstukken is dit als volgt beschreven:⁹

“In een dergelijke situatie zou het in strijd zijn met de grondgedachte waarop ook de liquidatieverliesregeling van artikel 13d van de Wet is gebaseerd (ne bis in idem), om een verlies dat voortvloeit uit de activiteiten van — in dit geval — de vervreemde (en niet geliquideerde) kleindochter, welk verlies nog kan worden verrekend met winsten uit de activiteiten (van die kleindochter) en waarvan de mogelijkheid tot verrekening niet voorgoed verloren is gegaan, als liquidatieverlies van de tussenhoudster in aanmerking te nemen.”

Maar in het verlengde hiervan:¹⁰

⁹ Vgl. Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20 Ik, en Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 4-5.

¹⁰ Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 6-7.

“Doel en strekking van het vierde lid brengen met zich dat deelnemingsresultaten van de tussenholding niet kunnen worden getransformeerd in een aftrekbaar liquidatieverlies. Andere resultaten dan deelnemingsresultaten mogen dus wel (onderstreping HvdH) van invloed zijn op de hoogte van het liquidatieverlies.”

De Kamerstukken vervolgen met:¹¹

“Voor zover er sprake is van verliezen — andere dan liquidatieverliezen — geleden op deelnemingen van de tussenholding, wordt voorgesteld om deze verliezen niet als liquidatieverlies te accepteren, daar die verliezen immers de afspiegeling zijn van de verliezen in de deelnemingen welke ook nog verrekenbaar zijn bij de deelnemingen zelf. Is er sprake van andere verliezen dan wordt voorgesteld om deze wel als liquidatieverlies te accepteren, daar anders deze verliezen, na de liquidatie, verloren zouden gaan.”

Voor de tweede volzin is bijzonder. Hieruit kan worden afgeleid dat ingeval het liquidatieverlies bij de tophoudster voortvloeit uit bij de geliquideerde deelneming (tussenholding) geleden eigen verliezen, dit verlies wel aftrekbaar is. Dus samenvattend geldt dat als de goodwill bij de tussenhoudster hoort, er dan in ieder geval een liquidatieverlies te nemen is. Echter, wordt de goodwill gealloceerd aan de (klein)dochter, dan zou op bovenstaande overwegingen uit de kamerstukken in ieder geval het eigen verlies van die tussenhoudster in aftrek moeten kunnen worden gebracht. De vraag die dan nog openstaat, is of er elders argumenten kunnen worden gevonden die ertoe verplichten dat die goodwill aan de dochter moet worden toegerekend.

¹¹ Hof Amsterdam nam de eerste voor belastingplichtige negatieve quote wel op, maar de tweede voor belastingplichtige positieve noot niet.

6. Behoort goodwill tot de tussenhoudster of tot de werkmaatschappij?

Het allerbelangrijkste aanknopingspunt is de wijze waarop de deelneming bij de tussenhoudster is opgenomen op de balans. Immers, ingeval er geen deelnemingsresultaat is, hoeft er geen inperking van het liquidatieverlies plaats te vinden. Voor de vraag of sprake is van een deelnemingsresultaat, is van belang op welke wijze bij de tussenhoudster de deelneming op de balans is opgenomen. Gebruikelijk is een waardering op kostprijs. Vanwege de deelnemingsvrijstelling is het zinloos een deelneming jaarlijks te waarderen op de actuele intrinsieke waarde. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij een verkoop van de aandelen in de kleindochter is mitsdien de fiscale waardering van deze aandelen relevant, die bepaalt of sprake is van een waardedaling die onder de deelnemingsvrijstelling valt.

Fiscaal is de deelneming gewaardeerd op de verkrijgingsprijs. De tekst van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969 spreekt uitsluitend van ‘waardedaling’ en geeft geen expliciete invulling aan dit begrip. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bij het begrip waardedaling het oog had op een waardedaling als deelnemingsresultaat. Maar misschien moet de aankoopprijs gesplitst worden in een component ‘intrinsieke waarde’ (die aan de tussenhoudster toebehoort) en een stuk ‘goodwill’ (dat bij de werkmaatschappij hoort). De Hoge Raad¹² besliste echter al een halve eeuw geleden dat ook voor deelnemingen een splitsing van de kostprijs in componenten geen plaats is. Hij besliste:

“dat het Hof terecht heeft aangenomen, dat de kostprijs van de deelnemingen gelijk was aan het geheel van de voormelde door belanghebbende voor de respectievelijk door haar verworven aandelen feitelijk betaalde prijs en dat de bedrijfswaarde ervan op hetzelfde bedrag moet worden gesteld.”

De Hoge Raad volgde hierbij Advocaat-Generaal Van Soest die in zijn conclusie bij deze zaak, onder andere, het volgende opmerkte:

¹² Hoge Raad 24 september 1975, nr 17612, BNB 1976/184, m.nt. Hofstra.

“Naar ik meen, is het principieel niet mogelijk te onderscheiden tussen de elementen van zodanige winstcapaciteit die de goodwill van de overgenomen onderneming en daarmee in de intrinsieke waarde van de aandelen worden teruggevonden, en de elementen ten aanzien waarvan dat niet het geval is. Het is de gehele onderneming die voor de belanghebbende van belang was en dit belang is uitgedrukt in de koopprijs; eerst indien en voor zover de bedrijfswaarde - dat is het belang dat de belanghebbende bij de onderneming heeft - lager wordt, is er aanleiding tot enige afboeking op de kostprijs.”

Ook annotator Hofsta ziet dat zo. Hij legt de beslissing van dit arrest als volgt uit:

“Juridisch zijn niet ondernemingsactiva plus een afzonderlijke goodwill gekocht, doch aandelen, die de totale waarde van de gekochte vennootschap representeren, en waarvoor de betaalde koopsom geacht kan worden een maatstaf te zijn. Ook materieel is het resultaat bevredigend. Zou belanghebbende niet de aandelen van de overgenomen vennootschappen hebben gekocht, doch haar bedrijfsactiva en passiva, onder toevoeging van een afzonderlijk bedrag voor goodwill, dan had zij inderdaad op de gekochte goodwill mogen afschrijven, maar dan zou de haar onderneming verkopende vennootschap over het voor de goodwill ontvangen bedrag belasting verschuldigd zijn geworden.”

En hiermee is ook duidelijk dat de commerciële waardering, volgens de regels voor de jaarverslaggeving, die een splitsing van de kostprijs deelneming in intrinsieke waarde en goodwill inhoudt, waarbij over de laatste component ten laste van het commerciële resultaat mag worden afgeschreven, fiscaal niet wordt gevolgd. Wel kan uit de commerciële waarderingswijze worden afgeleid dat de goodwill in beginsel thuishoort op de balans van de (tussen)holding. Toerekening aan de (klein)dochter is in elk geval jaarrekening-technisch onjuist en lijkt mede daarom niet logisch. Zou toerekening wel aan de (klein)dochter moeten plaatsvinden, dan moet er iets bijzonders aan de hand zijn dat nadere toelichting vergt,

maar als hoofdregel kan uit de jaarrekeningregels worden afgeleid dat toerekening van de goodwill dient plaats te vinden aan de (tussen)holding.

In de hierboven vermelde casus die is afgedaan met artikel 81 RO nam de staatssecretaris het standpunt in dat de prijs waarvoor het bedrijf de tussenhoudster en de werkmaatschappij(en) heeft aangekocht, gesplitst zou moeten worden in een stuk intrinsieke waarde en een stuk goodwill. En dan moet vervolgens die goodwill worden toegerekend aan de dochter. Met het oog op de jurisprudentie is dat een bijzonder standpunt. Het was logischer geweest indien de wetgever had ingezet op een wetswijziging als het gevolg van het toerekenen van goodwill aan de tussenhoudster ongewenst zou worden geacht.

7. De relatie met artikel 81 RO

Als de Hoge Raad inderdaad rechtsontwikkeling en de rechtseenheid in steeds sterkere mate als zijn primaire taken is gaan zien, dan valt niet te begrijpen dat de bovenliggende vraag naar doel en strekking van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969 is afgedaan met artikel 81 RO. De bepaling vindt zijn rechtvaardiging in het simpelweg voorkomen dat door tussenschuiven van een houdsterentiteit een liquidatieverlies meer dan één keer wordt genomen. In de onderhavige situatie werd de Hoge Raad echter de vraag gesteld naar doel en strekking van de wet, namelijk of het niet in de rede ligt van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969 dat als de tussenhoudster eigen verliezen heeft geleden, deze in ieder geval als een liquidatieverlies in aftrek gebracht zouden moeten kunnen worden. Van enig misbruik is immers geen sprake. In de onderhavige situatie was een tussenhoudster met een eigen onderneming gekocht die een ondernemende dochtervennootschap hield. Juist in 'een dergelijke situatie klemmt het dat artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969 zo wordt toegepast dat zelfs de eigen verliezen van de tussenhoudster niet in aftrek gebracht kunnen worden. De rechtsvraag acht de auteur, anders dan de Hoge Raad, relevant en ook van belang voor de rechtsontwikkeling. Het hierboven opgenomen citaat van Van de Streek maakt duidelijk tot wat voor complexe situaties artikel 13d, lid 4 Wet Vpb 1969 kan leiden. En juist die conclusie maakt dat een oordeel van de Hoge Raad van groot belang was en is.

Het duiken van de beantwoording van een voor de praktijk belangrijke rechtsvraag met artikel 81 RO valt te kenschetsen als oneigenlijk gebruik van dit instrument. Het artikel is bedoeld om tijd te besparen als er geen belangrijke rechtsvragen spelen en de Hoge Raad vindt dat een reeds bestaande motivering niet opnieuw uit hoeft te worden geschreven (waarbij je je kunt afvragen of dit echt zoveel tijdswinst oplevert als de afwegingen toch al zijn gemaakt en waarschijnlijk al vastliggen in een interne technische notitie bij de Hoge Raad), maar niet om beantwoording van rechtsvragen te omzeilen.

8. Hans als Mister Vennootschapsbelasting

Het moest ervan komen. Hans moet met pensioen. Een aderlating van jewelste voor de capaciteitsgroep Belastingrecht, want wie is echt in staat om hem op te volgen? Voor degenen die Hans niet heel erg goed kennen: Hans ademt vennootschapsbelasting. Jaren gaf ik met hem dit prachtige vak in zowel de bachelor- als de masterfase. Waar zat het grote verschil tussen Hans en de andere Hans, degene die deze bijdrage schrijft? Hans Arts wist alles, of het nu te maken had met iets dat met zijn proefschrift te maken had (i.e., kapitaal in de vennootschapsbelasting, een boek dat veel te weinig aandacht heeft gekregen), ging over de VBI, de deelnemingsvrijstelling of over natuurschoonlichamen... Hans wist overal heel erg veel van. Alleen gedurende de laatste jaren, waarin de vennootschapsbelasting als gevolg van Europese en internationale ontwikkelingen steeds meer een ander karakter kreeg als gevolg van allerlei nieuwe regelingen, kon ik hem weleens nieuwe zaken melden. Hans is een wandelende encyclopedie en dat maakt hem uniek.

Overigens, en dat moet ook gezegd worden, Hans was altijd de ideale docent voor de studenten. Hij kende iedereen uit zijn werkgroepen bij naam. Er was echter ook een kant die de studenten minder leuk vonden. Vraag de fiscale student van zo'n tien jaar geleden maar eens welk artikel dat werd voorgeschreven voor het vak vennootschapsbelasting hem het meest bijstond en de kans is groot dat ze verwijzen naar een artikel over de onzakelijke lening dat Hans publiceerde in MBB. Zoals Hans denkt, zo schrijft hij ook. Iedere zin telt voor twee. Dat specifieke MBB artikel is

alleen maar te begrijpen als de student het, in volle concentratie, zin voor zin tot zich neemt. Hans gebruikt geen woord teveel.

Dat was lastig voor de studenten maar ook voor Hans zelf. Het eerste artikel over de onzakelijke lening was van zijn hand.¹³ Het was meteen het meest consistente artikel, maar andere auteurs citeerden Hans weinig. Hij bracht nog een boek uit over het onderwerp,¹⁴ maar zelfs daarna leek het wel of hij genegeerd werd. Toen er daarna een artikel over de onzakelijke lening in het Weekblad voor Fiscaal Recht kwam van een andere niet nader te noemen auteur en deze nergens een citaat wijdde aan de analyses van de man die toch echt het meeste onderzoekswerk op dit terrein verrichtte, heb ik namens Hans bij de redactie van het Weekblad een soort van klacht ingediend. Het deerde Hans niet. Tegelijkertijd was het tekenend voor het gebrek aan respect dat Hans onder vakbroeders genoot, ondanks zijn grote verdiensten voor het belastingrecht.

Een ander voorbeeld hiervan is het feit dat Hans tot op de dag van vandaag nooit is gevraagd om een annotatie te schrijven voor de BNB. Het was een grote wens die helaas nooit in vervulling ging. Spijtig voor Hans, maar zeer zeker ook voor de abonnees van de BNB. Voor de Maastrichtse studenten maakt het allemaal niet uit. Zij hebben Hans altijd op zijn echte waarde weten te schatten.

Tijd voor afscheid. Gedurende zo'n 18 jaar deelden Hans en ik de kamer. We hebben er serieus gewerkt, veel gelachen, zwaar gediscussieerd en nog veel meer. Voor Hans breken er nu andere tijden aan. Eindelijk weer meer mogelijkheden om met Marlies een stuk te fietsen, zijn moeder te bezoeken of uiteraard hun zonen op te zoeken, want Hans is maar wat trots op ze. En uiteraard ook op zijn kleinkind(eren).

Hans, het was een groot genoegen om met je te mogen werken. We gaan elkaar zeker nog vaak zien, maar ga jij voorlopig eerst maar eens lekker genieten. Desalniettemin blijkt uit medisch onderzoek dat mensen die langer hun hersenen op de proef stellen door bijvoorbeeld academisch te

¹³ J.H.M. Arts, De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleren van de keizer, Maandblad Belasting Beschouwingen 2012/02.

¹⁴ J.H.M. Arts, Onzakelijke leningen, Kluwer Deventer 2018.

schrijven langer en gezonder leven. Ik zou zeggen Hans: 'zie dit als een uitdaging!' Hou je jong en gezond door ons nog jaren te trakteren op mooie fiscale bespiegelingen!

RENTEAFTREKBEPALINGEN IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING: IS ER RUIMTE VOOR EEN OPEN NORM ANNO 2024?

Mr.dr. Sieb Kingma¹

Samenvatting:

In de zomer van 2011 schreef ik onder supervisie van Hans mijn bachelor essay met het onderwerp ‘renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting: is er ruimte voor een open norm?’ Ik concludeerde dat de toen geldende specifieke renteaftrekbepalingen vervangen moesten worden door een open norm. In deze bijdrage reflecteer ik op mijn bachelor essay, sta kort stil bij de nu geldende renteaftrekbepalingen en kom tot de conclusie dat ik anno 2024 heel anders tegen deze materie aan kijk dan in 2011.

Kernwoorden:

lening, rente, renteaftrek, vennootschapsbelasting, open norm, financiering, grondslaguitholling, mismatch, reflectie, bachelor essay

1. Inleiding

Als sluitstuk van mijn bachelor heb ik het genoeg gehad om onder supervisie van Hans mijn bachelor essay te schrijven. Doordat ik onder de oude regeling viel, had ik de hele zomerperiode van 2011 de tijd om mijn essay te schrijven. Dit resulteerde in het schrijven van een essay op de flanken van het Trasimeense Meer in de Italiaanse zon onder het genot van een hapje en drankje. Nu Hans toe is aan zijn welverdiende pensioen, leek het me leuk om in deze bijdrage te reflecteren op mijn essay met als onderwerp en titel: “Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting: Is er ruimte voor een open norm anno 2024?”. Ik ga in deze bijdrage

¹ S. Kingma is werkzaam als fiscalist bij de Belastingdienst.

allereerst in op de belangrijkste bevindingen van mijn bachelor essay. Vervolgens sta ik stil bij renteaftrek anno 2024. Ik sluit af met een reflectie op mijn bachelor essay door een antwoord te geven op de vraag: is er anno 2024 ruimte voor een open norm om ongewenste renteaftrek tegen te gaan?

2. Bachelor essay

Bij de bepaling van de winst komt de vergoeding over vreemd vermogen, rente, in beginsel in aftrek, terwijl de vergoeding over eigen vermogen, dividend, niet aftrekbaar is. Deze verschillende fiscale behandeling stimuleert aandeelhouders om te kiezen voor een financiering met vreemd vermogen. Daarbij biedt renteaftrek mogelijkheden om de belastinggrondslag uit te hollen. Om dit tegen te gaan had de wetgever anno 2011 al een aardig arsenaal aan renteaftrekbepalingen in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) opgenomen. De vraag die toentertijd, naar aanleiding van een aantal prikkelende opmerkingen van Hans tijdens een college Vennootschapsbelasting, bij mij opkwam was of de wetgever dit niet anders kon oplossen. Meer specifiek: was er ruimte voor een open norm om ongewenste renteaftrek tegen te gaan?

Om deze vraag te beantwoorden ben ik in mijn bachelor essay ingegaan op het winstbegrip in de Wet Vpb 1969 en heb ik de vraag beantwoord wanneer rente aftrekbaar is. Daarbij heb ik stilgestaan bij de renteaftrekbepalingen in de Wet Vpb 1969, heb ik de werking van open normen onderzocht en heb ik uiteengezet welke rol een open norm zou kunnen spelen in de bestrijding van ongewenste renteaftrek. Uiteraard ga ik niet al mijn bevindingen hier herhalen. Wat ik wel ga behandelen zijn renteaftrek anno 2011 (paragraaf 2.1) en de rol die een open norm volgens mij anno 2011 zou kunnen spelen om ongewenste renteaftrek te voorkomen (paragraaf 2.2). Ik blijf daarbij zo dicht mogelijk bij mijn essay met al zijn tekortkomingen. De onzakelijke lening laat ik volledig buiten beschouwing. Ten tijde van het schrijven van mijn essay liep hier, in de woorden van Hans, nog “een heftige discussie” over. Voor een

beschouwing van de onzakelijke lening verwijs ik naar de vele bijdragen van Hans in de fiscale literatuur.²

2.1. Renteaftrek anno 2011

Er is geen fiscaalrechtelijke bepaling die bepaalt wanneer sprake is van een lening. Er wordt dus in beginsel aangesloten bij de civielrechtelijke invulling van het begrip lening. De civielrechtelijke lening werd in 2011 in art. 7A:1791 BW omschreven. Tegenwoordig is de vergelijkbare definitie opgenomen in art. 7:129 BW. Voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van het Burgerlijk Wetboek is het voldoende dat een verplichting tot terugbetaling bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan.³ In beginsel is de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking beslissend voor de fiscale gevolgen.⁴ De Hoge Raad heeft echter drie gevallen gegeven waarin sprake is van een verkapte kapitaalverstrekking: de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.⁵ Op de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening ga in paragraaf 2.1.1. nader in.

Wanneer fiscaalrechtelijk sprake is van een lening, is de rente in beginsel aftrekbaar van de winst. Een lening die qua rente onzakelijk is, wordt naar at arm's length gecorrigeerd. Anno 2011 waren drie bepalingen in de wet opgenomen die ervoor zorgden dat de rente niet (volledig) in aftrek mocht worden gebracht: de anti-winstdrainage-regeling (art. 10a Wet Vpb 1969), de aftrekbeperking op langrentende leningen (art. 10b Wet Vpb 1969) en de

² O.a. Hans Arts, *Onzakelijke leningen* (Wolters Kluwer 2018); Hans Arts, 'De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke lening. Een benadering vanuit een juridisch perspectief. Reactie op prof. Dr. R.P.C. Cornelisse, De fiscale gevolgen van het verbreken van de vennootschappelijke betrekkingen tussen de crediteur en de debiteur van een onzakelijke lening' [2017] WFR 77; Hans Arts, 'De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening' [2015] WFR 314.

³ Hoge Raad 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE700.

⁴ Hoge Raad 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327.

⁵ Hoge Raad 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744.

toenmalige thincap-regeling (art. 10d Wet Vpb 1969). Deze bespreek ik hieronder in achtereenvolgens paragrafen 2.1.2., 2.1.3. en 2.1.4.

Ten tijde van het schrijven van mijn essay stond ook de invoering van de renteaftrekbepierking voor overnameholdings (art. 15ad Wet Vpb), dat uiteindelijk is ingevoerd per 1 januari 2012 en afgeschaft per 1 januari 2019, op de fiscale agenda. Op deze bepaling ga ik niet nader in.

2.1.1. Art. 10, lid 1, onder d, Wet Vpb 1969

Hoewel dit niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis is af te leiden, vallen volgens Arts de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening alle drie onder het bereik van art. 10, lid 1, onder d Wet Vpb 1969.⁶ De schijnlening doet zich voor als een nv of een bv ten titel van geldlening een bedrag ontvangt, terwijl in wezen een verstreking van kapitaal is beoogd. De bodemlozeputlening doet zich voor wanneer debiteur en crediteur wel de verstreking van een geldlening hebben beoogd, maar het van meet af aan duidelijk moet zijn geweest dat de debiteur nimmer tot terugbetaling in staat zou zijn. De deelnemerschapslening doet zich voor wanneer de crediteur met zijn vordering in zekere mate deel heeft in de onderneming van de nv of de bv.⁷ Dit is het geval wanneer de vergoeding afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.⁸

In het geval een lening het karakter van een verkapte kapitaalverstreking heeft, wordt deze vanuit fiscaal perspectief gezien als eigen vermogen. Een eventueel verlies of een betaling van rente over deze lening - deze rentebetaling wordt fiscaal gezien als een winstuitdeling - komt, aldus art. 10, lid 1, onder d Wet Vpb 1969, niet in aftrek van de winst. Het is echter

⁶ J.H.M. Arts, 'Verkapte kapitaalverstrekingen vanaf 2007' [2007] WFR 147, par. 2.5.

⁷ *ibid*, par. 2.1.

⁸ Hoge Raad 11 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2453.

niet duidelijk of de verkapte kapitaalverstrekking voor de belastingheffing van de crediteur moet worden gezien als een vordering of niet.⁹

2.1.2. Art. 10a Wet Vpb 1969

Art. 10a Wet Vpb 1969 verbiedt onder omstandigheden de aftrek van rente, kosten en valutaresultaten van geldleningen die zijn afgesloten binnen een concern of bij een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon. Het betreft rente die een zakelijk karakter heeft en om die reden geen onttrekking vormt.¹⁰ Deze rente is niet aftrekbaar in de gevallen waarin de schulden verband houden met (a) de uitdeling van winst of de teruggave van gestort kapitaal aan een verbonden partij, (b) de storting van kapitaal in een verbonden lichaam, of (c) de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat daarna verbonden is met de belastingplichtige.

Art. 10a Wet Vpb 1969 is door de wetgever ingevoerd om uitholling van de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting te voorkomen. Deze uitholling, ook wel winstdrainage genoemd, vindt plaats wanneer er binnen een concern schuldverhoudingen worden gecreëerd die de winst van ‘gewoon’ belaste lichamen in Nederland laten wegvloeien naar laagbelaste, vrijgestelde of verlieslijdende concernmaatschappijen. Concreet vindt de uitholling plaats doordat de belaste Nederlandse concernonderdelen de rente over de door hen aangegane schulden ten laste van hun winst brengen en de corresponderende rentebaten niet worden getroffen door belasting.¹¹

Voor de invoering van art. 10a Wet Vpb 1969 werd winstdrainage bestreden met de bijzondere rechtsmiddelen *fraus legis* en *richtige heffing*. *Richtige heffing* is opgenomen in art. 31 tot en met 36 Algemene wet inzake rijksbelastingen, maar wordt sinds de jaren '80 van de vorige eeuw niet meer toegepast. *Fraus legis* is daarentegen een buitenwettelijk leerstuk dat nog steeds wordt gebruikt om misbruik tegen te gaan. Om dit leerstuk toe te passen dient aan twee vereisten te zijn voldaan: (1) het motiefvereiste:

⁹ Arts (n 6), par. 2.5.

¹⁰ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting* (Sdu Uitgevers 2009) p. 208.

¹¹ *ibid*, p. 208.

verijdeling van de belastingheffing is de doorslaggevende beweegreden voor het aangaan van de rechtshandeling; en (2) het normvereiste: het resultaat van de rechtshandeling komt in strijd met doel en strekking van de wet.¹²

De via de rechter bereikte, op *fraus legis* gegronde resultaten waren voor de wetgever niet voldoende.¹³ In 1996 werd daarom de eerste winstdrainagemaatregel in de wet opgenomen, maar hier kwam kritiek op. Deze zou ingewikkeld en onduidelijk zijn. Daarbij werden er uiteenlopende criteria gehanteerd, waardoor de maatregel moeilijk uit te leggen zou zijn aan buitenlandse investeerders en tot veel onzekerheid zou leiden. In verband met de bezwaren die verbonden zouden zijn aan de afschaffing van artikel 10a Wet Vpb 1969, werd er gezocht naar mogelijkheden om het artikel op te schonen.¹⁴ Dit heeft, na wijzigingen in 2007 en 2008, geleid tot art. 10a Wet Vpb 1969 (anno 2011).

Ondanks de verbeteringen was art. 10a Wet Vpb 1969 in mijn ogen anno 2011 nog steeds een ingewikkelde regeling. Zo vond ik lid 1 en de tegenbewijsregeling van lid 3 erg moeilijk te begrijpen zonder handboek erbij. Daarnaast was art. 10a Wet Vpb 1969, hoewel het wel effectiever was dan de oude jurisprudentie, onrechtvaardig, aangezien belastingplichtigen konden worden geconfronteerd met dubbele belastingheffing. Ook had de wetgever zich niet beperkt tot codificatie, maar was de wet ook nog strenger dan de oude jurisprudentie. En daarbij kwam nog de omkering van de bewijslast.¹⁵ Er was in mijn ogen niet veel mis met de situatie voor 1996, waarin de fiscus, aan de hand van de bijzondere rechtsmiddelen *fraus legis* en richtige heffing, de grondslaguitholling tegenging.

¹² Zie ook R. Marchal, 'Artikel 31 AWR', *Artikelsgewijs commentaar NDFR* (2023) <<https://www.ndfr.nl/content/c-NDFR-BWBR0002320-31?lid=BWBR0002320&tab=commentaar>> geraadpleegd op 15 januari 2024.

¹³ Bouwman (n 10), p. 208.

¹⁴ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 572, nr. 3, p. 20 (MvT).

¹⁵ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting* (doctoraalproefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam 2006) p. 406.

2.1.3. Art. 10b Wet Vpb 1969

Art. 10b Wet Vpb 1969 verbiedt aftrek van rente die is verschuldigd over concernleningen zonder vaste looptijd of met een looptijd van meer dan tien jaren. Concernleningen zijn in dit verband leningen die zijn afgesloten tussen, in de zin van art. 8b Wet Vpb 1969, gelieerde lichamen.¹⁶ Naast de lange looptijd en de gelieerdheid, moet er nog sprake zijn van het ontbreken van een vergoeding op die lening of een vergoeding die in belangrijke mate lager is dan in het economisch verkeer gebruikelijk is. In het geval de aflossingsdatum wordt verschoven, wordt de lening geacht vanaf het tijdstip van de totstandkoming die nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad.

Volgens de Memorie van Toelichting is de achtergrond van art. 10b Wet Vpb 1969 het feit dat bij dergelijke leningen het risico van internationale mismatches evident aanwezig is.¹⁷ Het artikel maakt echter een inbreuk op de totaalwinstgedachte.¹⁸ De bepaling ziet namelijk op de debiteur van de bedoelde leningen, terwijl een corresponderende regeling voor de crediteur ontbreekt.¹⁹ In binnenlandse verhouding zal wel tegen de dubbele belasting worden opgetreden door toepassing van het onder de oude regeling geldende beleid, waarbij in binnenlandse deelnemingsverhoudingen de hardheidsclausule wordt toegepast.²⁰

De aftrekbeperking van art. 10, lid 1, onder d Wet Vpb 1969 gaat overigens voor art. 10b Wet Vpb 1969. Wanneer een renteloze of laagrentende lening dus voldoet aan de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor een verkapte kapitaalverstrekking, komt krachtens artikel 10, lid 1, onder d

¹⁶ Bouwman (n 10), p. 244.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 572, nr. 3, p. 50 (MvT).

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 83 (NV II).

¹⁹ Bouwman (n 10), p. 244.

²⁰ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 84 (NV II).

Wet Vpb 1969, geen rente in aftrek en komt toepassing van artikel 10b Wet Vpb 1969 niet meer aan de orde.²¹

Anno 2011 was ik van mening dat art. 10b Wet Vpb 1969 “erg lomp” was, omdat hij oneigenlijk gebruik veronderstelt in alle bestreken gevallen.²²

2.1.4. Art. 10d Wet Vpb 1969

Art. 10d Wet Vpb 1969, dat reeds niet meer van toepassing is op boekjaren beginnend vanaf 1 januari 2013, beoogde overmatige financiering met vreemd vermogen van een belastingplichtige binnen concernverband tegen te gaan.²³ Een deel van de rente mocht in dat geval niet worden afgetrokken. Deze niet-aftrekbare rente (daaronder begrepen kosten) was het deel, bepaald naar evenredigheid van de verhouding tussen het ‘teveel aan vreemd vermogen’ en het ‘gemiddeld vreemd vermogen’, van het totale bedrag aan renten en kosten van geldleningen. Het teveel aan vreemd vermogen werd bepaald aan de hand van de laagste van de vaste-ratio-toets, neergelegd in lid 4, en de concerntoets, neergelegd in lid 5 en 6.²⁴ Daarbij geschiedde de uitsluiting van de renteaftrek maximaal tot het bedrag van de rente aan verbonden lichamen.

Art. 10d Wet Vpb 1969 werd ingevoerd met ingang van 1 januari 2004, naar aanleiding van het Bosal-arrest, waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat het toenmalige art. 13, eerste lid, Wet Vpb 1969 in strijd was met het Europese recht.²⁵ De wetgever besloot de EU-rechtelijke beperking in het toenmalige art. 13, dat grofweg inhield dat kosten gemaakt in verband met buitenlandse deelnemingen niet aftrekbaar waren, te schrappen.²⁶ Door de aanpassing van dat artikel was de wetgever echter bang dat de Nederlandse heffingsgrondslag zou worden uitgehold, doordat

²¹ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 83 (NV II).

²² J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting* (Kluwer 2010) p. 129.

²³ Bouwman (n 10), p. 250.

²⁴ Van Strien (n 15), p. 415.

²⁵ HvJ EU 18 september 2003, C-168/01 (Bosal), ECLI:EU:C:2003:479.

²⁶ Bouwman (n 10), p. 250.

aanzienlijke rentebedragen in verband met de financiering van buitenlandse dochtermaatschappijen ten laste van de Nederlandse winst zouden worden gebracht.²⁷ Met de introductie van art. 10d Wet Vpb 1969 heeft de wetgever geprobeerd dit tegen te gaan.

Ik vond het in 2011 een belangrijk nadeel van thin capitalisation dat deze wetgeving een grens stelde aan de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen en daarmee de financieringsvrijheid van een onderneming belemmerde. Een ander bezwaar vond ik dat het beperken van renteaftrek veelal leidde tot economisch dubbele heffing. Daarnaast leidde de wijze waarop de ‘thin capitalisation’-wetgeving was ingericht mijns inziens tot een administratieve lastenverzwaring. Ook vond ik art. 10d Wet Vpb 1969 erg fraudegevoelig en zorgde het in mijn ogen voor een overkill, aangezien het ook van toepassing was op structuren die in het geheel niet waren gericht op het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag.²⁸

2.2. Open norm anno 2011

Zoals hierboven te lezen valt, vond ik de drie wettelijke renteaftrekbeperkingen anno 2011 verre van perfect, en was ik van mening dat drie bepalingen tot overkill leidden. Vanuit die gedachte heb ik onderzocht of het niet veel beter zou zijn om een open norm in te stellen, in plaats van alle gevallen waarin er een beperking van renteaftrek moet zijn te codificeren.

2.2.1. Open norm algemeen

Een open norm bevat een globaal geformuleerde doelstelling of globaal geformuleerde gedragsvoorschriften die de normadressaten ruimte laten om zelf te bepalen op welke wijze het doel wordt gerealiseerd of aan de gedragsvoorschriften wordt voldaan.²⁹ De normadressaten krijgen hier

²⁷ *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 9 (NW II).

²⁸ Van Strien (n 15), p. 471 - 474.

²⁹ B.R. Dorbeck-Jung, M.J. Oude Vrielink-van Heffen & G.H. Reussing, *Onderzoeksrapport in opdracht van het Ministerie van Justitie naar Open normen en regeldruk: Een onderzoek naar de kosten en oorzaken van irritaties bij open normen in de kwaliteitszorg* (Universiteit Twente 2005), p. 20.

ruimte voor, maar er is natuurlijk wel toezicht door de inspecteur en de rechterlijke macht, waardoor misbruik van de geboden ruimte zal worden aangepakt. In tegenstelling tot gesloten normen leggen open normen weinig in detail vast. Bij gesloten normen maakt de wetgever namelijk gebruik van gedetailleerde wetgeving, waarin hij zijn doelstellingen, de aan te wenden middelen, het toezicht op de naleving en de handhavingsmechanismen vastlegt.³⁰

Ik zag anno 2011 de volgende voordelen van de invoering van open normen:

- Open normen bieden de bonafide belastingplichtige ruimte om aan de slag te gaan met de regelgeving. Hierdoor is regelgeving minder beperkend en ook minder conflictgevoelig. Open normen hebben vanuit dat oogpunt het voordeel van efficiency en bieden de belastingplichtige de mogelijkheid tot maatwerk.³¹
- Open normen leveren een bijdrage aan de vermindering van regeldruk. Door de invoering van een open norm, die meerdere gevallen bestrijkt, zijn er minder losse regels nodig om tot hetzelfde doel te komen.
- “Open” regelgeving ademt, doordat deze open is gecodificeerd, als het ware mee met nieuwe ontwikkelingen, waardoor de regelgeving niet regelmatig aangepast hoeft te worden.³² De rechter heeft de gelegenheid om de invulling van de norm aan te passen aan gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen.

Daarnaast onderkende ik de volgende nadelen:

- Na invoering van een open norm verstrijkt doorgaans geruime tijd voordat het duidelijk is op welke wijze de rechter de norm gaat invullen. Dit zorgt voor minder rechtszekerheid.³³ Dit zou echter

³⁰ *ibid*, p. 20.

³¹ Commissie van Ondernemersklankbord Regeldruk, *Regels op maat, slotaanbevelingen aan het kabinet voor de aanpak van regeldruk* (2007), p. 48-49.

³² *ibid*, p. 49.

³³ J.N. Doornebal, ‘Goed koopmansgebruik als open norm’ [2008] NTFR Beschouwingen 33, par. 1.

een tijdelijk probleem moeten zijn, omdat de rechter op een gegeven moment heeft uitgekristalliseerd hoe de norm moet worden ingevuld.

- Een open norm biedt consequent minder rechtszekerheid aan de belastingplichtige dan een gesloten norm. Dit is met name een probleem bij een “vage” open norm. Vage normen zullen in afzonderlijke besluiten moeten worden geconcretiseerd. Hierdoor valt het voordeel van verminderde regeldruk bij een open norm weg. Wanneer het bijbehorende besluit ook nog eens na de inwerkingtreding van de open norm moet worden gepubliceerd, zal de belastingplichtige met terugwerkende kracht met deze regelgeving worden geconfronteerd.³⁴

Aangezien ik anno 2011 van mening was dat er het nodige mis was met de renteaftrekbeperkingen en de grote hoeveelheid artikelen niet voor de eenvoud zorgde, die het kabinet toentertijd zei na te streven, was ik destijds voorstander van invoering van een open norm om ongewenste renteaftrek tegen te gaan. Een open norm zou, mits hij goed geformuleerd is en een duidelijk doel en duidelijke strekking heeft, wel voor eenvoud, en overigens ook voor voldoende rechtszekerheid, kunnen zorgen. Een open norm zou daarnaast voor meer vrijheid en ruimte bij de belastingplichtige zorgen, zodat deze met de regel aan de slag kan gaan en zo het beste uit zichzelf kan halen, wat anno 2011 ook weer een streven van het toenmalige kabinet was. Een open norm, die ervoor zorgt dat geen ongeoorloofde renteaftrek plaatsvindt, zou ook nog eens fraudebestendig zijn, aangezien de Hoge Raad telkens zou kunnen optreden, wanneer er nieuwe constructies worden bedacht, zonder dat er nieuwe regelgeving hoeft te worden ingevoerd.

2.2.2. Mijn voorstel anno 2011

Anno 2011 stelde ik voor om art. 8b Wet Vpb 1969 in ieder geval te handhaven, aangezien deze bepaling meer gebieden bestrijkt dan alleen de renteaftrek en hij daarnaast is ingevoerd om de internationale

³⁴ G.T.K. Meussen, ‘Wetgever moet afzien van vage en open normen in fiscale wetgeving’ [2002] WFR 603.

beeldvorming van Nederland in het buitenland te verbeteren.³⁵ De overige bepalingen, art. 10, lid 1, onder d, 10a, 10b en 10d Wet Vpb 1969, zouden moeten worden samengevoegd tot één bepaling, die een open norm bevat.

De tekst van de open norm zou luiden:

“Bij de bepaling van de winst komen niet in aftrek vergoedingen op geldleningen, die slechts of grotendeels uit fiscaal oogpunt zijn aangegaan en/of feitelijk functioneren als eigen vermogen van de belastingplichtige. ”

Het doel van deze bepaling is te voorkomen dat belastingheffing kan worden ontlopen of de te betalen belasting kan worden verlaagd door geldleningen aan te gaan in allerlei constructies, terwijl dit slechts of grotendeels uit fiscaal oogpunt werd gedaan. Het artikel is vooral gericht op de constructies bestreken door artikelen 10, lid 1, onder d en 10a Wet Vpb 1969. Art. 10, lid 1, onder d Wet Vpb 1969 zou in dit nieuwe artikel opgaan in de woorden ‘feitelijk functioneren als eigen vermogen van de belastingplichtige’. Er zou dan wel uitdrukkelijk door de wetgever moeten worden bepaald dat deze frase zowel de schijnlening, als de bodemlozeputlening, als de deelnemerschapslening bestrijkt. De constructies die nu door art. 10a Wet Vpb 1969 worden bestreden, worden onder mijn voorstel aangepakt door de bewoordingen ‘slechts of grotendeels uit fiscaal oogpunt’. In de Memorie van Toelichting zal daarnaast moeten worden aangegeven dat de zinsnede ‘slechts of grotendeels uit fiscaal oogpunt’ ook de gevallen beslaat, die in de ‘aanstichterarresten’³⁶ in het nadeel van de fiscus waren beslecht. Zo kunnen deze, in de ogen van de wetgever, slechte beslissingen van de Hoge Raad worden rechtgezet. Art. 10b Wet Vpb 1969 zou niet meer aan de orde zijn, aangezien deze regeling voor een groot gedeelte wordt bestreken door art. 10, lid 1, onder d en daarnaast erg lomp is. Omtrent thin capitalisation zou in de Memorie van Toelichting bij dit artikel kunnen worden bepaald dat alle kosten van het vreemd vermogen boven de door Van Strien

³⁵ Bouwman (n 10), p. 176.

³⁶ O.a. Hoge Raad 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286; Hoge Raad 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682.

genoemde verhouding 85:15³⁷, wat inhoudt 85% vreemd en 15% eigen vermogen, niet aftrekbaar zou zijn van de winst. De open norm zou, zoals bij het goed koopmansgebruik, in de jurisprudentie verder worden uitgekristalliseerd en de bestaande jurisprudentie omtrent renteaftrek, zoals bijvoorbeeld de overige winstdrainage-arresten, zou wel van toepassing blijven om de rechtszekerheid van de belastingplichtige te waarborgen.

3. Renteaftrekbepalingen anno 2024

Weliswaar is anno 2024 de thincap-regeling (art. 10d Wet Vpb 1969) afgeschaft, en zijn de aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente (art. 13l Wet Vpb 1969) en de renteaftrekbeperking voor overnameholdings (art. 15ad Wet Vpb 1969) ingevoerd en weer afgeschaft, van een vermindering van regeldruk en vereenvoudiging van het belastingstelsel is geenszins sprake. De regeldruk is alleen maar toegenomen. Naast de nog steeds geldende art. 10, lid 1, onder d, art. 10a en art. 10b Wet Vpb 1969, wordt fraudus legis nog steeds - met wisselend succes - ingeroepen om renteaftrek te beperken, met name als het gaat om overnamerente. Ik verwijs in dit kader onder andere naar de recente uitspraken van de Hoge Raad van 16 juli 2021³⁸ en 3 maart 2023.³⁹ Daarnaast beïnvloeden nog een aantal regelingen anno 2024 de renteaftrek, die ik in de volgende paragrafen zal behandelen.

3.1. Art. 8c Wet Vpb 1969

Art. 8c Wet Vpb 1969 bestond reeds ten tijde van het schrijven van mijn bachelor essay, maar heb ik hier niet in meegenomen. Dit artikel zorgt er voor dat betaalde (en ontvangen) renten (en royalty's) bij doorstroomvennootschappen buiten aanmerking blijven, indien door de belastingplichtige met betrekking tot die geldleningen (of rechtsverhoudingen) per saldo geen reële risico's worden gelopen.

³⁷ Van Strien (n 15), p. 472.

³⁸ Hoge Raad 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.

³⁹ Hoge Raad 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

3.2. De earningsstrippingmaatregel van art. 15b Wet Vpb 1969

De earningsstrippingmaatregel is op 1 januari 2019 in werking getreden en vormt de Nederlandse implementatie van art. 4 jo. art. 2 van de Europese anti-ontgaansrichtlijn.⁴⁰

De earningsstrippingmaatregel beoogt grondslaguitholling binnen concernverhouding tegen te gaan én een gelijkere fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen te bereiken. De maatregel heeft een generiek karakter. Op grond van de maatregel komt bij het bepalen van de in een jaar genoten winst niet in aftrek het saldo van de rente; dat is het bedrag aan rentelasten verminderd met het bedrag aan rentebaten, voor zover dat meer bedraagt dan ofwel 20% van de gecorrigeerde winst, welke is afgeleid van de zogenoemde EBITDA (Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortization), ofwel, indien dat hoger is, € 1.000.000.

3.3. De maatregelen tegen hybride mismatches van afdeling 2.2A Wet Vpb 1969

De maatregelen tegen hybride mismatches zijn per 1 januari 2020 in werking getreden en vinden hun grondslag in de Europese anti-ontgaansrichtlijnen 1 en 2.⁴¹ De maatregelen maken geen einde aan verschillen in kwalificatie van entiteiten en financiële instrumenten door landen, maar bestrijden de gevolgen van ‘een aftrek zonder betrekking in de heffing’ en van ‘dubbele aftrek’.

In het kort werken de maatregelen tegen hybride mismatches als volgt:

- Voor hybride mismatches die leiden tot een aftrek zonder betrekking in de heffing is de primaire regel dat de aftrek van de betrokken vergoeding, bijvoorbeeld rente, wordt geweigerd in de staat waar de betaler van de vergoeding is gevestigd. Wanneer die

⁴⁰ Richtlijn van de Raad (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt [2016] OJ L193/1.

⁴¹ Richtlijn van de Raad (EU) van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen [2017] OJ L144/1.

staat de primaire regel niet toepast, dan belast de andere staat de vergoeding die zijn inwoner ontvangt; dit is de secundaire regel.

- Voor hybride mismatches die leiden tot dubbele aftrek is de primaire regel dat, indien de aftrek in de andere staat wordt geweigerd, (rente)aftrek plaatsvindt in de staat van vestiging van de betaler. Wanneer de andere staat renteaftrek wel toestaat, dan vindt geen aftrek plaats in de staat waar de betaler is gevestigd; dit is de secundaire regel.

3.4. De minimumkapitaalregel voor banken en verzekeraars van afdeling 2.9B Wet Vpb 1969

De minimumkapitaalregel voor banken en verzekeraars is per 1 januari 2020 in werking getreden en beoogt een gelijkere fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen te bereiken. Op grond van de regeling is de aftrek van door banken en verzekeraars verschuldigde rente beperkt voor zover de zogeheten aangepaste 'leverage ratio' minder bedraagt dan 10,6%, waarbij de 'leverage ratio' de verhouding tussen het eigen vermogen en het balanstotaal weergeeft.

3.5. Art. 8bb Wet Vpb 1969

Art. 8bb Wet Vpb 1969 is per 1 januari 2022 in werking getreden en maakt onderdeel uit van een aantal maatregelen dat een inbreuk op het zakelijkheidsbeginsel van art. 8b Wet Vpb 1969 maakt. Art. 8bb Wet Vpb 1969 staat in de weg aan aftrek van zakelijke, maar niet bedongen rente, wanneer tegenover de aftrek geen corresponderende belaste bijtelling bij de crediteur staat.

4. Reflectie

Anno 2024 kan ik wel stellen dat ik in 2011 aan jeugdige overmoed leidde, en het een tikkeltje naïef was om te denken dat een open norm alle problemen met betrekking tot renteaftrek zou kunnen verhelpen, zeker in de vorm die ik voorstelde. Ik zie nu veel meer de noodzaak om specifieke renteaftrekbepalingen stevig in de wet te verankeren. De wetgever zorgt er zo voor dat ongewenste renteaftrekaftrek daadwerkelijk kan worden bestreden, iets wat onder de door mij in 2011 voorgestelde open norm

hoogst twijfelachtig zou zijn. Ik zie in ieder geval niet in hoe de inspecteur thin capitalisation zou kunnen bestrijden op basis van een alinea in de Memorie van Toelichting, terwijl een relevante wettelijke bepaling ontbreekt. Daarbij zorgt verankering in de wet voor rechtszekerheid; een belastingplichtige weet bij specifieke renteaftrekbepalingen beter en eerder waar hij aan toe is. Anno 2024 ben ik dan ook niet langer voorstander van de afschaffing van alle specifieke renteaftrekbepalingen ten faveure van een open norm.

In mijn bachelor essay onderkende ik grofweg twee, elkaar niet uitsluitende categorieën van ongewenste renteaftrek: de gevallen waarin renteaftrek wordt gebruikt om de belastinggrondslag uit te hollen, en de gevallen waarin louter om fiscale redenen wordt gekozen voor financiering met vreemd vermogen. De twee categorieën worden anno 2024 – mijns inziens terecht - bestreden door de eerder besproken specifieke renteaftrekbepalingen. Alleen wat betreft art. 10b Wet Vpb 1969 heb ik nog steeds mijn twijfels. Ik verwacht echter niet dat dit artikel voor problemen in de praktijk zorgt, want, zoals Hans in zijn colleges Vennootschapsbelasting stelt, een beetje adviseur zorgt ervoor dat een lening niet onder art. 10b valt.

Wat me opviel bij lezing van mijn essay, is dat ik anno 2011 veel vertrouwen had in de goede wil van de belastingplichtige. Achteraf bezien is dit naïef, zeker gezien de omvang van belastingontwijking en internationale mismatches. Het BEPS Project heeft wat dat betreft mijn ogen geopend. Ik ben anno 2024 dan ook van mening dat het van groot belang is dat belastingarbitrage en internationale mismatches worden bestreden. Ik juich de invoering van nieuwe maatregelen, zoals die tegen hybride mismatches van afdeling 2.2A Wet Vpb 1969 en art. 8bb Wet Vpb 1969, dan ook toe.

Gevallen waarin om fiscale redenen wordt gekozen voor financiering met vreemd vermogen worden anno 2024 niet alleen bestreden door de eerder aangehaalde renteaftrekbepalingen in de Wet Vpb 1969, maar ook in de Wet IB 2001. Per 1 januari 2023 is hiertoe een regeling ingevoerd die ten

doel heeft excessief lenen van de eigen vennootschap tegen te gaan.⁴² Aangezien ik nog steeds de mening ben toegedaan dat fiscale redenen niet doorslaggevend zouden moeten zijn bij financieringskeuzes, vind ik het een goede ontwikkeling dat dit soort gevallen anno 2024 worden bestreden door duidelijke regelgeving.

Nu ik anno 2024, in tegenstelling tot in 2011, het belang van specifieke renteaftrekbepalingen wel inzie, is het de vraag of er wel ruimte is voor een open norm bij de bestrijding van ongewenste renteaftrek. Zoals hierboven al aangegeven, zou een open norm zeker niet de hoofdmaatregel tegen ongewenste renteaftrek moeten zijn, laat staan de enige maatregel. Ik zie wel een aanvullende rol voor een open norm voor de gevallen waarin (duidelijk) sprake is van misbruik. Er hoeft echter geen nieuwe open norm te worden ingevoerd, zoals ik anno 2011 betoogde, maar er kan worden teruggevallen op *fraus legis*. Mocht *fraus legis* niet werken én wil de wetgever een bepaalde constructie toch tegengaan, dan kan hij er altijd nog voor kiezen om een nieuwe, specifieke renteaftrekbepaling in te voeren.

Hans, als student en later als collega heb ik veel van je geleerd en fijn met je samengewerkt. Bedankt daarvoor. Geniet van je welverdiende pensioen.

⁴² Wanneer een aanmerkelijk belanghouder en zijn partner schulden hebben bij de eigen vennootschap die hoger zijn dan een bepaald maximumbedrag, dan wordt onder art. 4.13, lid 1, onder f, Wet IB 2001 jo. art. 4.14a Wet IB 2001 het bovenmatige deel van de schulden als regulier voordeel in de inkomstenbelasting betrokken.

ODE AAN EEN MENTOR

Mr.drs. Johan Koolen¹

Hans Arts beschouw ik als mijn voornaamste mentor. Hij was dat voor mij vrijwel direct vanaf het moment van mijn indiensttreding begin november 2011 bij Wesselman Accountants | Adviseurs als junior belastingadviseur. Ik was daar nog maar net in dienst toen de Hoge Raad op 25 november 2011 in drie arresten² zijn oordeel gaf over de onzakelijke lening. Het enthousiasme waarmee Hans dit onderwerp tot zich genomen heeft en zijn kennis daarover heeft verspreid, maakte mij nog enthousiaster. Het onderwerp past nog steeds perfect bij Hans. Het onderwerp past bij zijn proefschrift getiteld ‘Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting’, dat hij bijna 15 jaar daarvoor, op 30 mei 1997, heeft verdedigd aan de Universiteit Maastricht.³ Zijn proefschrift had en heeft daarmee nog altijd veel actualiteitswaarde.

Hans heeft zijn kennis over het leerstuk van de onzakelijke lening gebundeld in de Fed Fiscale Brochure over onzakelijke leningen⁴ en hij heeft ook gezocht naar een deugdelijke wettelijke basis voor het leerstuk van de onzakelijke lening⁵ en de plaats daarvan in het fiscale recht.⁶ Er is

¹ J.J.W.M. Koolen is werkzaam als Directeur Bureau Vaktechniek van Wesselman Accountants | Adviseurs en als promovendus fiscaal ondernemingsrecht bij de Radboud Universiteit Nijmegen, waarbij hij onderzoek doet naar de grensoverschrijdende omzetting en de grensoverschrijdende juridische splitsing naar Nederlands fiscaalrechtelijk perspectief.

² Zie Hoge Raad 25 november 2011, 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, ook opgenomen in BNB 2012/37 m. nt. P.G.H. Albert, Hoge Raad 25 november 2011, 10/05161, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, ook opgenomen in BNB 2012/38 m. nt. P.G.H. Albert en Hoge Raad 25 november 2011, 0/04588, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, ook opgenomen in BNB 2012/78 m. nt. E.J.W. Heithuis.

³ Zie J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting* (diss. Maastricht UM), Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

⁴ Zie J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (tweede druk).

⁵ Zie J.H.M. Arts, ‘De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening’, WFR 2015/34.

⁶ Zie ook bijdrage J.H.M. Arts in zijn bijdrage met de titel ‘Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting sedert de invoering van de Wet VPB 1969’ in A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*

veel debat geweest⁷ over het leerstuk en zijn zienswijze is niet altijd gedeeld⁸, maar dat heeft hem er nooit van weerhouden om zijn plek in het fiscale debat in te nemen. Het is belangrijk dat zijn stem gehoord wordt voor de fiscale ontwikkelingen op dit vlak.

De onzakelijke lening was in de tijd dat ik aanslagen vennootschapsbelasting regelde bij de Belastingdienst⁹ een thema dat hoog op de agenda stond. Mijn werkzaamheden bestonden voor een wezenlijk deel uit de beoordeling van de (on)zakelijkheid van leningen. Het laat zich raden dat Hans en ik, na mijn indiensttreding bij Wesselman Accountants | Adviseurs, ook zeer regelmatig spraken over het leerstuk van de onzakelijke lening.

Dit is een ode aan een mentor. Hans was voor mij de beste mentor die ik mij als mentee kon wensen. Hij heeft me als geen ander professioneel gevormd en me geholpen me te ontwikkelen tot de professional die ik nu ben. Daar ben ik hem heel dankbaar voor. Ik heb recent officieel zijn oude rol als directeur vaktechniek overgenomen bij Wesselman Accountants | Adviseurs, maar denk nog vaak terug aan de overleggen die wij samen hadden. Daarbij nam ik mij altijd voor: Hans heeft gelijk, tenzij ik voldoende overtuigende argumenten kan overleggen om Hans te bewegen naar mijn standpunt. Die methode van werken is mij altijd heel goed bevallen. Hans gaf me ook altijd alle ruimte om mijn eigen opvattingen te vormen, maar zeker is dat we het vaker eens dan oneens met elkaar waren. Als we het oneens waren, was het spel altijd fair en ontstonden daarbij mooie nieuwe inzichten. Een van de uitgangspunten die we zeker delen is dat we uitgaan van de eenheid van de rechtsorde. Het civiele recht is leidend en het fiscale recht lijdend.

(*Congresbundel Erasmus Universiteit*), Deventer: Wolters Kluwer 2019, meer specifiek onderdeel 14.6.

⁷ Zie bijvoorbeeld G.C. van der Burgt, 'De onzakelijke lening: een nieuw oordeel van de Hoge Raad en een ouder debat in de literatuur', WFR 2022/168.

⁸ Zie ook bijvoorbeeld C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats', WFR 2018/9.

⁹ Het jaar 2009/2010.

Vanaf het begin was me duidelijk dat Hans niet zomaar een mentor was. Zijn 'klaslokaal' is geen plek van starre regels, maar een arena vol ideeën, een laboratorium van het denken waar elk vraagstuk werd ontleed met de precisie van een chirurg en de nieuwsgierigheid van een kind. Het is onmogelijk om de volledige omvang van zijn invloed op mijn leven in woorden te vatten. Hij was meer dan een mentor; hij was een gids, een vertrouwenspersoon, en, uiteindelijk, een vriend.

Boven alles is Hans een inspirator, iemand wiens passie voor het leven en leren aanstekelijk werkte. Hij toonde me dat elke dag een kans is om te groeien, te leren en bij te dragen aan de fiscale wereld om ons heen. Zijn enthousiasme is een vonk die mijn eigen nieuwsgierigheid en passie voor het vak nog verder aanwakkerde.

Nu, jaren later, besef ik dat de grootste les die hij mij leerde is, dat mentorschap geen eenrichtingsverkeer is. Het is een cyclus van geven en nemen, een ketting van kennis en wijsheid die doorgegeven wordt van generatie op generatie. Dat doe ik vanuit het adagium om telkens de theorie aan de praktijk te verbinden en hoop anderen te inspireren zoals hij mij ook altijd geïnspireerd heeft.

Zo eindigt deze ode niet als een afscheid, maar als een belofte; een belofte om de vlam van kennis en wijsheid brandend te houden, om zijn nalatenschap als mentor voort te zetten. Want in de echo van zijn lessen ligt de sleutel tot een betere beheersing van de fiscaliteit. Een wereld waarin ik zelf ook als mentor optreedt, op mijn eigen manier, maar zeker ook met zijn wijze lessen in het achterhoofd.

Dank je wel, Hans! Dat we nog maar veel mooie en vruchtbare gesprekken mogen voeren over de fiscaliteit en al het andere dat het leven verrijkt en mooi maakt.

“VOOR DE EER RELEVANTE TEKST”: MET OF ZONDER FISCALE IMPLICATIES?

Mr.dr. Jasper Korving¹

Samenvatting:

Boven bepaalde secundaire wetgeving staat vermeld dat het de ‘voor de EER relevante tekst’ betreft. In deze bijdrage gaat de auteur in op de vraag wat die tekst betekent en welke consequenties dat heeft in het wetgevingsproces. Daarnaast geeft hij enige voorbeelden van een richtlijn en een verordening die raken aan de fiscaliteit waar dit aan de orde is geweest. Ook vraagt auteur zich hardop af waarom de toevoeging ‘voor de EER relevante tekst’ nooit ook boven daadwerkelijke fiscale richtlijnen staat en of dit wellicht wel mogelijk zou zijn, of misschien wel zou moeten.

Kernwoorden:

Europese Unie, Europese Economische Ruimte, CbCR, sociale zekerheid, richtlijnen, Moeder-Dochterrichtlijn, wetgeving, interne markt, Noorwegen, IJsland, Liechtenstein

1. Inleiding

IJsland, Liechtenstein en Noorwegen staan niet alleen bekend om hun skyr, Käsknöfle respectievelijk zalm. De drie landen vormen, met Zwitserland, de Europese Vrijhandels Associatie (EVA). De drie landen vormen ook, met de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER). Hierna zal ik naar IJsland, Liechtenstein en Noorwegen verwijzen als ‘de drie EVA-landen’, daarmee uitsluitend verwijzend naar de EVA-landen die tevens deel uitmaken van de EER.

De inmiddels 30 EER-lidstaten hebben in de EER-overeenkomst afspraken gemaakt over vergaande samenwerking. De drie EVA-landen zijn daarmee

¹ Als universitair docent belastingrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht en tevens werkzaam bij Netherlands Knowledge Management van Deloitte Belastingadviseurs BV. Een uitgebreidere, Engelstalige versie van deze bijdrage is gepubliceerd in Intertax: J.J.A.M. Korving, 30 years of the Economic European Area; a Tax Law Perspective, Intertax 2024/10, p. 647.

geen lid van de EU, maar ze werken er wel nauw mee samen. De EER-overeenkomst omvat tevens bepalingen die sterk vergelijkbaar zijn met de fundamentele verdragsvrijheden die voorzien in een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal zoals we die ook kennen uit het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU).

Desondanks beperkt de literatuur en de jurisprudentie zich vaak tot deze verdragsvrijheden en het tot de EER uitgebreide bereik van deze verkeersvrijheden. In dat kader kan ten aanzien van Nederland bijvoorbeeld worden gedacht aan een zaak als Commissie versus Nederland.² Nederland paste een inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting toe indien was voldaan aan de voorwaarden van de Moeder-Dochterrichtlijn. Het Hof van Justitie (HvJ) oordeelde echter dat dit in strijd is met de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer uit de EER-overeenkomst, omdat dividenduitkeringen aan vergelijkbare moedermaatschappijen in IJsland, Liechtenstein of Noorwegen niet voor de inhoudingsvrijstelling in aanmerking kwamen. Nederland paste vervolgens de inhoudingsvrijstelling aan.

Arresten en literatuur gaan echter zelden over de verplichting om het bereik van richtlijnen die binnen de EU worden aangenomen uit te breiden tot de drie EVA-landen binnen de EER. Om tot een zo uniform mogelijke toepassing van het EU-recht binnen de gehele EER te komen worden EU-richtlijnen (en EU-verordeningen) soms uitgebreid tot de EVA-landen binnen de EER. Dat een wens tot uitbreiding bestaat wordt zichtbaar door de toevoeging van de zinsnede 'Voor de EER relevante tekst' die aan een richtlijn kan worden toegevoegd tussen de titel van de richtlijn en de preambule. Het is echter vervolgens wel noodzakelijk om deze EU-wetgeving toe te voegen aan de EER-overeenkomst om het bereik van de EU-wetgeving daadwerkelijk uit te breiden.

In deze bijdrage ga ik in op de rol van secundair EU-recht binnen de EER. Allereerst sta ik stil bij de procedure langs welke secundair EU-recht kan worden uitgebreid tot de EER (onderdeel 2). Vervolgens zal stil gestaan worden bij twee voorbeelden waarin een uitbreiding heeft

² HvJ 11 juni 2009, C-521/07 (Commissie v Nederland), ECLI:EU:C:2009:360.

plaatsgevonden: de EU sociale zekerheidsverordening 883/2004 en richtlijn 2021/2101 wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren (hierna, met excuses voor Hans, verkort maar in het Engels: Public CbCR)(onderdeel 3). Daarna zal ik stilstaan bij de uitbreiding van het bereik van EU-richtlijnen op het gebied van de directe belastingen tot de EER (onderdeel 4) om af te sluiten met een conclusie (onderdeel 5).

2. Uitbreiding van secundair EU-recht tot EER-situaties

Op 2 mei 1992 hebben de EU-lidstaten en IJsland, Liechtenstein en Noorwegen de EER-overeenkomst ondertekend in Porto. Deze is meermaals aangepast, met name in het kader van de toetreding van nieuwe EU-lidstaten en de periodieke afspraken rondom het EER Financiële Mechanisme. De meer inhoudelijke bepalingen zijn niet gewijzigd.

De doelstelling van de EER-overeenkomst is om een voortdurende en gebalanceerde versterking van de handel en economische relatie tussen de EU-lidstaten en EVA-landen te promoten onder gelijke mededingingsvoorwaarden en dezelfde regels respecterend, met het oog op het creëren van een homogene EER.³ Om deze doelstellingen te bereiken wordt een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal geïntroduceerd. Ook wordt een systeem gecreëerd om vervalsing van de mededinging tegen te gaan en wordt nauwer samengewerkt op gebieden als onderzoek en ontwikkeling, milieu, onderwijs en sociaal beleid.⁴

Het HvJ stelde over de vergelijkbare toepassing van de fundamentele vrijheden in de EU-lidstaten en EVA-landen in het arrest *Margarethe Ospelt* het volgende vast:⁵ “Een van de belangrijkste doelstellingen van de EER-overeenkomst is bovendien een zo volledig mogelijke verwezenlijking van het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal in de gehele EER, zodat de op het grondgebied van de [Unie] verwezenlijkte interne

³ Art. 1, lid 1 EER-overeenkomst.

⁴ Art. 1, lid 2 EER-overeenkomst.

⁵ HvJ 23 september 2003, C-452/01 (*Margarethe Ospelt*), ECLI:EU:C:2003:493, punt 29.

markt wordt uitgebreid naar de EVA-staten. In die optiek streven meerdere bepalingen van deze overeenkomst ernaar een zo uniform mogelijke interpretatie ervan te waarborgen in de gehele EER [...]. Het staat aan het Hof om er in dit kader over te waken dat de regels van de EER-overeenkomst die in wezen gelijk zijn aan deze van het Verdrag, uniform worden uitgelegd in de lidstaten.”

In het arrest *Bellio F.Ili* oordeelde het HvJ nog duidelijker dat de wellicht niet helemaal gelijklopende termen van het VWEU en de EER-overeenkomst wel dezelfde invulling moeten krijgen:⁶ “Bovendien hebben het Hof en het EVA-Hof beide de noodzaak erkend om er over te waken dat de regels van de EER-overeenkomst die in essentie gelijk zijn aan deze van het Verdrag, uniform worden uitgelegd.”

De EER heeft geen zelfstandige wetgevende bevoegdheid. Om ervoor te zorgen dat EU-wetgeving toch op enige wijze kan worden uitgebreid tot EER-situaties voorziet de EER-overeenkomst in een procedure. Zo wordt een Gezamenlijk Comité (GC) opgericht dat moet zorgen voor een effectieve implementatie en werking van de overeenkomst.⁷ Hiertoe zullen de EU en EVA-landen informatie en zienswijzen met elkaar moeten uitwisselen.

Ten aanzien van EU-wetgeving wordt bepaald dat zodra de Europese Commissie nieuwe wetgeving opstelt op een gebied dat binnen het bereik van de EER-overeenkomst valt, de Europese Commissie informeel advies zal inwinnen bij experts uit de EVA-landen op dezelfde manier als ze bij EU-experts zou doen.⁸ Als het daadwerkelijke wetgevingsvoorstel naar de Raad wordt gestuurd, stuurt de Europese Commissie ook een kopie naar de EVA-landen.⁹ Tot het moment dat de Raad een besluit neemt over het aannemen van het wetgevingsinstrument blijven de EU en de EVA-landen

⁶ HvJ 1 april 2004, C-286/02 (*Bellio F.Ili*), ECLI:EU:C:2004:212, punt 34. Zie tevens D. Smit, *Freedom of investment between EU and non-EU member states and its impact on corporate income tax systems within the European Union*, (Doctoral dissertation Tilburg University, 2011), p. 348.

⁷ Art. 92, lid 1 EER-overeenkomst.

⁸ Art. 99, lid 1 EER-overeenkomst.

⁹ Art. 99, lid 2 EER-overeenkomst.

met elkaar in gesprek in het GC, op verzoek van een van de partijen.¹⁰ Tijdens deze informatie- en consultatiefase handelen alle staten in goed vertrouwen zodat, aan het einde van het proces, besluitvorming in het GC kan plaatsvinden.¹¹ Het gevolg van de besluitvorming in het GC is dat de bijlagen en protocollen bij de EER-overeenkomst worden aangevuld met de betreffende EU-wetgeving, die vanaf dat moment ook binnen het bereik van de EER-overeenkomst valt. Juridisch kwalificeren deze aanpassingen als internationale overeenkomsten.¹²

Om de rechtszekerheid en homogeniteit van de EER te verzekeren neemt het GC zo snel mogelijk na aanneming van de EU-wetgeving een beslissing over aanpassing van de bijlage bij de EER-overeenkomst.¹³ De gedachte is ongetwijfeld geweest om geen lacunes te creëren tussen de EU en de drie EVA-landen. Door de gewenste snelheid wordt beoogd parallelle toepassing van EU-wetgeving toe te staan.¹⁴ Wederom wordt herhaald dat de EU na aanneming van de EU-wetgeving de EVA-landen zo snel mogelijk op de hoogte stelt in het GC.¹⁵ In het GC wordt de nieuwe wetgeving besproken¹⁶ en in het GC wordt er alles aan gedaan om tot overeenstemming te komen op de gebieden die relevant zijn voor de EER-overeenkomst.¹⁷ Praktisch gezien gaan EVA-experts zich buigen over de vraag of de EU-wetgeving inderdaad relevant is voor de EER. Zodra het EVA-secretariaat de antwoorden op die vraag heeft ontvangen vanuit IJsland, Liechtenstein en Noorwegen wordt een voorstel voor een besluit gemaakt. Dit voorstel wordt dan weer beoordeeld door de Europese Commissie, waarna de Raad een besluit kan nemen ten aanzien van de Europese goedkeuring van het voorstel. Ten slotte kan het GC een definitief

¹⁰ Art. 99, lid 3 EER-overeenkomst.

¹¹ Art. 99, lid 4 EER-overeenkomst.

¹² <https://www.efta.int/eea/eea-agreement/eea-basic-features#13> (benaderd 19 november 2023).

¹³ Art. 102, lid 1 EER-overeenkomst.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Art. 102, lid 2 EER-overeenkomst.

¹⁷ Art. 102, lid 3 EER-overeenkomst.

besluit nemen over het voorstel.¹⁸ Indien geen overeenstemming kan worden bereikt zal het GC alle andere mogelijkheden onderzoeken om de goede werking van de EER-overeenkomst te behouden en daartoe alle beslissingen nemen. Een dergelijke beslissing moet uiterlijk worden genomen binnen zes maanden vanaf de datum dat de wetgeving naar het GC is verwezen of, indien dat later is, op de datum van inwerkingtreding van de EU-wetgeving.¹⁹ Wanneer een EU-lidstaat of EVA-land vindt dat secundaire EU-wetgeving ten onrechte niet in de EER-overeenkomst is geïmplementeerd kan een dispuut aanhangig worden gemaakt bij het GC,²⁰ dat na een diepgaand onderzoek een acceptabele oplossing moet vinden.²¹

Indien het GC besluit om de EU-wetgeving toe te voegen aan de EER-overeenkomst voorziet protocol 1 daarbij in horizontale aanpassingen. Dat protocol bepaalt allereerst dat preambules van de EU-wetgeving niet worden aangepast door de toevoeging aan de EER-overeenkomst. Ze zijn vooral relevant voor de interpretatie en toepassing van de EU-wetgeving in het kader van de EER-overeenkomst.²² Belangrijker is dat wordt bepaald dat, daar waar de EU-wetgeving spreekt van Gemeenschap of Gemeenschappelijke Markt (of de huidige termen ‘Unie’ en ‘interne markt’), deze verwijzingen voor de toepassing van de EER-overeenkomst moeten worden uitgelegd als alle EU-lidstaten, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen, behoudens de Åland eilanden.²³ Verwijzingen naar staatsburgers van EU-lidstaten worden uitgebreid tot burgers van de drie

¹⁸ <https://www.efta.int/eea/eea-agreement/eea-basic-features#13> (benaderd 19 november 2023).

¹⁹ Art. 102, lid 4 EER-overeenkomst.

²⁰ Art. 111, lid 1 EER-overeenkomst.

²¹ Art. 111, lid 2 EER-overeenkomst.

²² Art. 1 van Protocol 1 bij de EER-overeenkomst.

²³ Art. 8 van Protocol 1 bij de EER-overeenkomst jo. art. 126 EER-overeenkomst. Op de uitzondering voor de Åland eilanden worden in art. 126 EER-overeenkomst wel enige nuanceringen gemaakt.

EVA-landen²⁴ en waar wordt verwezen naar talen van EU-lidstaten moet hier mede de talen van de drie EVA-landen onder worden verstaan.²⁵

Binnen de EU is ten aanzien van deze procedure EU-Verordening 2894/94 vastgesteld.²⁶ De in de verordening opgenomen procedure is sterk vergelijkbaar met de bepalingen van de EER-overeenkomst zelf. De verordening is vooral noodzakelijk om procedureregels vast te stellen ter bepaling van het standpunt dat de EU in het GC zal innemen.²⁷ Daardoor gaat het bijvoorbeeld over de procedure waaronder lidstaten kunnen besluiten dat een door de Europese Commissie voorgesteld instrument, in tegenstelling tot de mening van de Europese Commissie, toch geen relevantie voor de EER heeft.²⁸

3. Twee voorbeelden

3.1 Sociale zekerheidsverordening 883/2004

Verordening 883/2004 ziet op de coördinatie van socialezekerheidsstelsels. Bij deze verordening is onder de titel opgenomen dat het de ‘voor de EER en Zwitserland relevante tekst’ betreft. Deze verdere uitbreiding is het gevolg van de Overeenkomst over het Vrije Verkeer van Personen dat de EU met Zwitserland heeft gesloten. De relatie met Zwitserland blijft hier verder onbesproken.

De socialezekerheidsverordening bepaalt dat iemand slechts aan de socialezekerheidswetgeving van één lidstaat is onderworpen.²⁹ Als hoofdregel is iemand, indien sprake is van een grensoverschrijdend

²⁴ Art. 9 van Protocol 1 bij de EER-overeenkomst.

²⁵ Art. 10 van Protocol 1 bij de EER-overeenkomst.

²⁶ Verordening (EG) nr. 2894/94 van de Raad van 28 november 1994 houdende bepaalde wijzen van toepassing van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, Pb [1994] L305/6.

²⁷ Preambule bij Verordening 2894/94.

²⁸ Zie bijvoorbeeld art. 1, lid 1 Verordening 2894/94.

²⁹ Art. 11, lid 1 Verordening 883/2004.

element,³⁰ sociaal verzekerd in de lidstaat waar die persoon werkzaam is.³¹ Indien iemand in meer dan één lidstaat werkzaamheden verricht wordt voorzien in regels die bepalen in welke lidstaat die persoon verzekerd moet zijn: in een van de werkstaten of in de woonstaat.³² Indien iemand vanuit zijn werkstaat wordt gedetacheerd om voor rekening van de werkgever werkzaamheden te verrichten in een andere lidstaat, kan deze persoon onder voorwaarden tot 24 maanden onderworpen blijven aan de socialezekerheidswetgeving van de oorspronkelijke werklidstaat.³³

Zoals gezegd, oordeelden de Europese Commissie en de Raad dat Verordening 883/2004 relevant was voor de EER. De verordening is zeven keer geamendeerd.³⁴ Bij alle wijzigingsverordeningen is de connotatie ‘voor de EER en Zwitserland relevante tekst’ geplaatst. Ten aanzien van de EER-overeenkomst zijn nagenoeg alle verordeningen op het gebied van de coördinatie van sociale zekerheid opgenomen in bijlage VI bij de EER-overeenkomst. Alleen verordening 2019/1149 is niet overgenomen in bijlage VI.³⁵ Deze verordening voorziet in de instelling van een Europese Arbeidsautoriteit, die de lidstaten en de Europese Commissie bijstand moet verlenen bij hun effectieve toepassing en handhaving van het Unierecht op het gebied van de arbeidsmobiliteit in de gehele Unie en de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels in de Unie.³⁶ De aanpassing van de socialezekerheidsverordening is echter maar beperkt. Binnen de EER-overeenkomst ligt de verordening nog ter beoordeling voor bij het GC, dat nog geen besluit heeft genomen ten aanzien van de opneming van de

³⁰ Met andere woorden: iemand woont in de ene lidstaat en werkt in een (of meerdere) andere lidsta(a)t(en).

³¹ Art. 11, lid 3 Verordening 883/2004.

³² Art. 13 Verordening 883/2004.

³³ Art. 12 Verordening 883/2004.

³⁴ Door de verordeningen 988/2009, 1244/2010, 465/2012, 1225/2012, 517/2013, 1372/2013 (die op haar beurt is gewijzigd door verordening 1368/2014), 2017/492 en 2019/1149.

³⁵ Verordening (EU) 2019/1149 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot oprichting van een Europese Arbeidsautoriteit, tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 883/2004, (EU) nr. 492/2011 en (EU) 2016/589, en tot intrekking van Besluit (EU) 2016/344, Pb [2019] L186/21.

³⁶ Art. 1, lid 1 Verordening 2019/1149.

verordening in een van de bijlagen bij de EER-overeenkomst. Indien de verordening echter wordt opgenomen in een bijlage zal dat overigens bijlage V (vrij verkeer van werknemers) zijn en niet bijlage VI (sociale zekerheid).³⁷

De consequentie van het opnemen van de socialezekerheidsverordening in de bijlage bij de EER-overeenkomst en de toepassing van protocol 1 ten aanzien van horizontale aanpassingen betekent effectief dat het bereik van de socialezekerheidsverordening tot de drie EVA-landen wordt uitgebreid. Dit is nog expliciet bevestigd in bijlage VI zelf, waarin wordt vermeld dat de term ‘lidstaten’ ook IJsland, Liechtenstein en Noorwegen omvat.³⁸ Hierdoor is een inwoner van Oostenrijk die vier dagen in Liechtenstein werkt en een dag in Oostenrijk voortaan volledig sociaal verzekerd in Liechtenstein, omdat ook Liechtenstein als een van de werklidstaten in de allocatie moet worden meegenomen. Maar door de tweezijdige werking geldt hetzelfde voor een inwoner van Liechtenstein die binnen de EU werkt.

Door de procedurele regeling dat EU-wetgeving pas effect heeft in relatie tot de EER wanneer deze is opgenomen in een bijlage bij de EER-overeenkomst moet echter wel worden gecontroleerd of dit voor elke verordening of richtlijn is gedaan. Ten aanzien van de socialezekerheidsverordening valt op dat Verordening 1231/2010³⁹ niet is opgenomen in een bijlage bij de EER-overeenkomst. Die EU-verordening bepaalt dat mensen met de nationaliteit van een niet-EU-lidstaat die legaal op het grondgebied van de EU verblijven – en alleen vanwege hun nationaliteit buiten het bereik van de verordening vallen – toch binnen het bereik van de socialezekerheidsverordening vallen.⁴⁰ Met andere woorden: een Amerikaan die legaal in bijvoorbeeld België verblijft en in Nederland werkt,

³⁷ <https://www.efta.int/eea-lex/32019R1149> (benaderd 20 november 2023).

³⁸ Bijlage VI (Sociale zekerheid) bij de EER-overeenkomst, onder ‘Sectoral adaptations’ sub I.

³⁹ Verordening (EU) nr. 1231/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot uitbreiding van Verordening (EG) nr. 883/2004 en Verordening (EG) nr. 987/2009 tot onderdanen van derde landen die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze verordeningen vallen, Pb [2010] L344/1.

⁴⁰ Art. 1 Verordening 1231/2010.

is door de uitbreiding van Verordening 1231/2010 in Nederland onderworpen aan socialezekerheidswetgeving. Zou diezelfde Amerikaan in meerdere lidstaten werken, dan gelden voor hem de allocatiecriteria van Verordening 883/2004. Vanwege een toegestane uitzonderingspositie geldt deze uitbreiding van het bereik echter niet voor Denemarken.⁴¹ Door het niet opnemen van Verordening 1231/2010 in een bijlage bij de EER-overeenkomst geldt deze uitbreiding niet voor EER-situaties. Opvallend genoeg werd deze uitbreiding van de socialezekerheidsverordening al bij aanvang door de Europese Commissie als niet relevant voor de EER beoordeeld, omdat een verwijzing naar een dergelijke EER-relevantie onder de titel van Verordening 1231/2010 ontbreekt (hoewel een motivering over de irrelevantie ontbreekt). Ook de EVA-landen oordeelden de uitbreiding irrelevant voor opnemings in de EER-overeenkomst.⁴² Dit heeft echter wel consequenties. Een Nederlander die in Noorwegen werkt valt bijvoorbeeld wel onder de socialezekerheidsverordening, maar een in Nederland wonende Amerikaan die (geheel of gedeeltelijk) in Noorwegen werkt niet. Mogelijk moet iemand met de nationaliteit van een niet-EU-lidstaat onder omstandigheden in twee landen socialezekerheidspremies afdragen (of, in de omgekeerde situatie, is deze nergens verzekerd). Op grond van de verordening kan iemand immers verplicht verzekerd zijn in een lidstaat (zoals de Amerikaan die slechts twee dagen in Noorwegen werkt, maar drie in Nederland), terwijl Noorwegen op grond van haar nationale recht kan stellen geen boodschap aan de verdeling te hebben en de Amerikaan aan de premieplicht onderwerpt. Dergelijke vormen van dubbele premieplicht worden dan ook niet opgelost. Ik heb er overigens begrip voor dat de EVA-landen een dergelijke uitbreiding tot niet-EU/EER-burgers niet hebben overgenomen, maar het zou de EU-lidstaten wel sieren om gevallen van dubbele premieplicht eenzijdig en proportioneel te voorkomen.

⁴¹ Artt. 1 en 2 van Protocol nr. 22 betreffende de positie van Denemarken, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁴² <https://www.efta.int/eea-lex/32010R1231> (benaderd 20 november 2023).

3.2 Public CbCR-richtlijn 2021/2101

Meer recentelijk is door de EU richtlijn 2021/2101 aangenomen.⁴³ Deze richtlijn, beter bekend als de Public CbCR-richtlijn, is een aanpassing van richtlijn 2013/34.⁴⁴

Deze laatste richtlijn is toegevoegd aan de EER-overeenkomst, waardoor de werking ervan is uitgebreid tot EER-situaties.⁴⁵ Het geeft ook een mooi overzicht van het proces. Op 25 oktober 2011 is het richtlijnvoorstel gepubliceerd, op 26 juni 2013 is de richtlijn aangenomen en vanaf 20 juli 2015 is het toepasselijk. Een paar maanden eerder, op 3 maart 2015, werd het concept-besluit van de GC naar de Europese Commissie gestuurd. Het definitieve besluit volgde op 30 oktober 2015. Nadat aan de constitutionele voorwaarden was voldaan in IJsland (10 juni 2016), Liechtenstein (18 april 2016) en Noorwegen (pas op 7 mei 2021) werd richtlijn 2013/34 per 1 juli 2021 toegevoegd aan bijlage XXII (Vennootschapsrecht) bij de EER-overeenkomst.

Aangezien richtlijn 2021/2101 een wijziging van richtlijn 2013/34 betreft en in de wijzigingsrichtlijn ook ‘voor de EER relevante tekst’ is opgenomen, mag worden aangenomen dat de intentie is om de verplichting tot Public CbCR uit te breiden tot EER-situaties. Richtlijn 2021/2101 is voorgesteld op 12 april 2016, aangenomen op 24 november 2021, in werking getreden op 21 december 2021 en moet uiterlijk op 22 juni 2023 zijn omgezet in nationaal recht. Daadwerkelijke toepassing vindt plaats over het eerste boekjaar dat op of na 22 juni 2024 aanvangt. Op basis van de procedurele voorschriften zou men verwachten dat ten minste een concept-besluit van

⁴³ Richtlijn (EU) 2021/2101 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren, Pb [2021] L429/1.

⁴⁴ Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, Pb [2013] L182/19.

⁴⁵ Besluit van het Gemengd Comité van de EER nr. 293/2015 van 30 oktober 2015 tot wijziging van bijlage XXII (Vennootschapsrecht) bij de EER-overeenkomst [2017/1082], Pb [2015] L161/87. Ten aanzien van de volledige procedure: <https://www.efta.int/eea-lex/32013L0034> (benaderd 20 november 2023).

het GC is opgesteld en naar de Europese Commissie is verzonden, maar dit lijkt nog niet het geval te zijn.⁴⁶ Vooralsnog betekent dit dat daar waar de Public CbCR-richtlijn spreekt van EU-lidstaat dat ook daadwerkelijk alleen een EU-lidstaat betreft.

Dit is relevant voor de implementatie van de richtlijn. De Public CbCR-richtlijn had immers moeten zijn omgezet in nationaal recht voor 22 juni 2023, omdat vanaf dat moment aan de richtlijnverplichtingen moest zijn voldaan. In Nederland is de richtlijn omgezet bij de Implementatiewet Richtlijn openbaarmaking winstbelasting ((EU) 2021/2101).⁴⁷ De wet is – te laat – aangenomen op 6 juli 2023. Die wet stelt op zich overigens vrij weinig voor en kwalificeert met name als de introductie van een delegatiebepaling. Het creëert de rechtsbasis in het Burgerlijk Wetboek op basis waarvan een besluit kan worden uitgevaardigd dat de daadwerkelijke regels met betrekking tot Public CbCR vastlegt. Het voorstel voor het ‘implementatiebesluit Richtlijn openbaarmaking winstbelasting’ is inmiddels ook gepubliceerd.⁴⁸ In dat besluit wordt het daadwerkelijke toepassingsbereik van de richtlijn overgenomen, worden de te rapporteren elementen benoemd en worden de beleidsmatige keuzes gemaakt waartoe richtlijn 2021/2101 de ruimte biedt.

Met betrekking tot de entiteit die de landenrapporten moet publiceren is in de richtlijn grofweg bepaald dat die verplichting rust op kwalificerende uiteindelijke moedermaatschappijen die onder het recht van een van de lidstaten vallen.⁴⁹ Wanneer de uiteindelijke moedermaatschappij buiten de EU gevestigd is, rust de openbaarmakingsverplichting in beginsel op al haar in de EU gevestigde dochtermaatschappijen (of in de EU gelegen vaste

⁴⁶ <https://www.efta.int/eea-lex/32021L2101> (benaderd 23 september 2024).

⁴⁷ Zie voor het parlementaire proces: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?cfg=wetsvoorsteldetails&qry=wetsvoorstel%3A36157#wetgevingsproces> (benaderd 20 november 2023).

⁴⁸ Besluit houdende regels ter implementatie van Richtlijn (EU) 2021/2101 van het Europees Parlement en van de Raad van 24 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren (PbEU 2021, L 429) (Implementatiebesluit Richtlijn openbaarmaking winstbelasting), 2 oktober 2023, 2023D40092.

⁴⁹ Art. 48ter, lid 1 Richtlijn 2013/34.

inrichtingen).⁵⁰ Voor Nederland betekent dat dat een in Nederland gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij specifieke landenrapporten moet publiceren voor alle afzonderlijke EU-lidstaten en landen op de EU-lijsten van non-coöperatieve jurisdicties waar dochtervennootschappen gevestigd zijn, en een landenrapport voor het totaal van alle overige niet-EU vennootschappen. Een in Nederland gevestigde dochtervennootschap van een in een andere EU-lidstaat gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij hoeft niet zelfstandig te melden, omdat de rapportage al wordt gedaan door die moedermaatschappij. Wanneer een in Nederland gevestigde kwalificerende dochtervennootschap een buiten de EU gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij heeft moet de Nederlandse vennootschap publiceren, omdat niet wordt gegarandeerd dat de niet-EU moedermaatschappij zelfstandig rapporteert.⁵¹

Nederland heeft deze regeling in het implementatiebesluit overgenomen. Nederland wijkt daarbij wel af van de richtlijn, door de uitzondering van de publicatieplicht voor Nederlandse dochterondernemingen uit te breiden voor situaties dat deze dochtervennootschappen een binnen de EER gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij hebben.⁵² Op zich is dat verklaarbaar gezien het onderschrift bij richtlijn 2021/2101 dat de richtlijn een ‘voor de EER relevante tekst’ bevat en de Europese Commissie ervan uitgaat dat de richtlijn, net als richtlijn 2013/34, aan de EER-overeenkomst wordt toegevoegd. Het protocol dat voorziet in horizontale aanpassingen heeft dan immers tot gevolg dat in de richtlijn voor ‘EU’ voortaan ‘EER’ moet worden gelezen. Daarmee zou een uiteindelijke moedermaatschappij in IJsland, Liechtenstein en Noorwegen ook een rapportageverplichting van landenrapporten hebben, waardoor hun in de EU gevestigde dochtervennootschappen van die rapportageverplichting kunnen worden ontslagen.

⁵⁰ Art. 48ter, lid 4 Richtlijn 2013/34.

⁵¹ Er wordt overigens wel voorzien in een uitzondering wanneer de niet in de EU gevestigde moedermaatschappij zelfstandig publiceert en een van haar in de EU gevestigde dochtermaatschappijen aanwijst om aan de richtlijnverplichting te voldoen. Als dat niet een Nederlandse entiteit is wordt de Nederlandse entiteit ook ontslagen van de rapportageverplichting.

⁵² Art. 5 Implementatiebesluit Richtlijn openbaarmaking winstbelasting.

Hoewel deze uitbreiding binnen het implementatiebesluit goed verklaarbaar is, is ze ook prematuur. Richtlijn 2021/2101 is immers nog niet toegevoegd aan de EER-overeenkomst, terwijl de rapportageverplichting binnen de EU al wel van kracht is. Dat leidt er potentieel toe dat een rapportagelek ontstaat. Zolang de richtlijn immers niet aan de EER-overeenkomst is toegevoegd bestaat immers geen rapportageverplichting voor de in een EVA-land gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij, maar is de Nederlandse dochtervennootschap op grond van het implementatiebesluit vrijgesteld van een publicatieplicht. Er hoeft dan helemaal niets gepubliceerd te worden. Dat geldt niet als de uiteindelijke moedermaatschappij in een andere niet-EU-lidstaat gevestigd was geweest, omdat dan wel door de Nederlandse dochtervennootschap gerapporteerd moet worden. Gezien de hierboven uiteengezette doorloopsnelheid bij de toevoeging van richtlijn 2013/34 aan de EER-overeenkomst (ongeveer zes jaar) kan het rapportagelek dus ook enige tijd voortbestaan. Om die reden zou het wat mij betreft verstandig zijn om de uitzondering voor Nederlandse dochtervennootschappen van in EVA-landen gevestigde uiteindelijke moedermaatschappijen afhankelijk te stellen van de toevoeging van richtlijn 2021/2101 aan de EER-overeenkomst.

4. Fiscale richtlijnen en de EER

Hoewel er dus voorbeelden zijn van secundair EU-recht met raakvlakken aan de fiscaliteit dat is uitgebreid tot EER-verhoudingen is de vraag of hetzelfde geldt voor de daadwerkelijk inhoudelijke fiscale richtlijnen. Dat is niet zo. De Moeder-Dochterrichtlijn,⁵³ Fusierichtlijn,⁵⁴ Interest &

⁵³ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Pb [2011] L345/8.

⁵⁴ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Pb [2009] L310/34.

Royalty-richtlijn,⁵⁵ ATAD⁵⁶ en zelfs de administratieve samenwerkings-richtlijn⁵⁷ ontberen alle het opschrift ‘voor de EER relevante tekst’.

Ook de literatuur is duidelijk: Fiscaal beleid is niet opgenomen in de EER-overeenkomst en derhalve geen onderdeel van de doelstellingen van de EER.⁵⁸ Bovendien ontbreekt in de rechtspraak van het EFTA-Hof over fiscale kwesties ook iedere verwijzing naar fiscale richtlijnen.⁵⁹ In feite geldt hier het aloude adagium: ‘Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit’.⁶⁰

Toch is het de vraag of dit volledig correct is. Ik ben het er mee eens dat fiscaal beleid niet expliciet is opgenomen als beleidsterrein in de EER-overeenkomst. En ik begrijp ook dat uitbreiding van fiscale richtlijnen tot de EVA-landen gevoelig kan liggen in die landen, omdat ze dan wetgeving moeten accepteren waar ze geen invloed op hebben gehad maar die wel een inkomstenderving kan betekenen. Toch is de conclusie dat fiscale richtlijnen niet hoeven te worden opgenomen in de EER-overeenkomst uitsluitend bij gebrek aan een verwijzing naar fiscaal beleid als beleidsterrein wat mij betreft niet volledig overtuigend.

Zoals eerder opgemerkt kunnen richtlijnen ‘op een gebied dat wordt beheerst door de EER-overeenkomst’ worden toegevoegd aan de EER-

⁵⁵ Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, Pb [2003] L157/49.

⁵⁶ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, Pb [2016] L193/1.

⁵⁷ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG, Pb [2011] L64/1.

⁵⁸ Zie, onder andere, F. Zimmer, *Direct Taxes in Norway – A Bird's-Eye View*, Bulletin 2002, 8/9, p. 356; Laurence Gormley, *The European Economic Area and the Europe Agreements*, in: J. Stuyck en A. Looijestijn-Clearie, *The European Economic Area EC-EFTA Institutional Aspects and Financial Services*, Kluwer (Deventer, 2004), p. 4. ; en, J.E. Gudmundsson, ‘European Tax Law in the Relations with EFTA Countries’, *Intertax* 2 (2006), p. 59, 60 en 63.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld zaken E-1/01 (btw) en E-1/04 (dividenden).

⁶⁰ Waar de wet het wilde, sprak hij, waar hij niet wilde, zweeg hij.

overeenkomst.⁶¹ In de EER-overeenkomst wordt opgemerkt dat de doelstelling is om een homogene EER te creëren door middel van de vier vrijheden van goederen, personen, diensten en kapitaal.⁶² Daarnaast moet nauwer worden samengewerkt op gebieden zoals onderzoek en ontwikkeling, milieu, onderwijs en sociaal beleid.⁶³ Onder het hoofdstuk ‘samenwerking buiten de vier vrijheden’ worden deze beleidsterreinen verder uitgebreid met, onder andere, consumentenbescherming, midden- en kleinbedrijf en toerisme.⁶⁴ De daar opgenomen beleidsterreinen kunnen overigens worden uitgebreid indien samenwerking op die gebieden bijdraagt aan het bereiken van de doelstellingen van de EER-overeenkomst of van wederzijds belang wordt geacht door de EU-lidstaten en EVA-landen.⁶⁵ Op zich kan fiscaal beleid dus expliciet binnen het bereik van de EER-overeenkomst worden gebracht.

De vraag is echter of dit noodzakelijk is. Het feit dat beleidsterreinen ‘buiten de vier vrijheden’ nader worden omschreven suggereert dat de vier vrijheden zelf ook een beleidsterrein vormen. De beleidsterreinen buiten de vier vrijheden zijn nader uitgewerkt in protocol 31 bij de EER-overeenkomst.⁶⁶

Toch is een parallel te trekken met het VWEU. In de doelstellingen van het VWEU wordt wel verwezen naar de ‘interne markt’, maar ontbreekt een verwijzing naar ‘fiscaal beleid’.⁶⁷ De interne markt is gedefinieerd als ‘een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van

⁶¹ Art. 99, lid 1 EER-overeenkomst.

⁶² Art. 1, lid 1 en 2, onder a tot en met d EER-overeenkomst.

⁶³ Art. 1, lid 2, onder f EER-overeenkomst.

⁶⁴ Art. 78 EER-overeenkomst.

⁶⁵ Art. 87 EER-overeenkomst.

⁶⁶ In protocol 31 komt het begrip ‘tax’ overigens slechts tweemaal voor. Eenmaal ten aanzien van btw. Daarnaast ook eenmaal waar het gaat om gedeeltelijke participatie in een MKB-verordening 2021/690, waarbij expliciet wordt opgemerkt ten aanzien van die verordening: “The EFTA States shall not participate in and shall not financially contribute to activities relating to customs and tax policy development.”

⁶⁷ Art. 4, lid 2 VWEU.

de Verdragen'.⁶⁸ Titel VII van het VWEU bevat weliswaar bepalingen betreffende de mededinging, de belastingen en de onderlinge aanpassing van de wetgevingen, maar die titel is onderverdeeld in drie separate hoofdstukken. Het hoofdstuk over belastingen gaat niet over directe belastingen. Een bepaling die wel gaat over wetgeving op het gebied van de directe belastingen is artikel 115 VWEU. Als gevolg van dat artikel mogen fiscale richtlijnen worden overeengekomen met gebruik van de bijzondere wetgevingsprocedure 'welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt'.

Voor de harmonisatie van directe belastingen binnen de EU wordt derhalve ook niet verwezen naar een doelstelling van 'fiscaal beleid', maar wordt de basis gevonden in het vereiste van de interne markt. Sinds het Witboek over de Voltooiing van de Interne Markt⁶⁹ van 1985, dus voor het sluiten van de EER-overeenkomst, is de relevantie van belastingen voor de interne markt ook steeds minder omstreden.⁷⁰ Ik vraag mij daarom – vanuit een juridisch perspectief, niet vanuit politiek oogpunt – af wat het verschil zou moeten zijn tussen richtlijnen op het gebied van directe belastingen voor het VWEU en de EER-overeenkomst. Binnen het VWEU moeten die richtlijnen relevant zijn voor de interne markt die bestaat uit de vier vrijheden. Een parallel met een 'homogene EER' die is opgebouwd aan de hand van dezelfde vier vrijheden is snel gemaakt. Een expliciete verwijzing naar de directe belastingen als beleidsterrein ontbreekt in zowel het VWEU als de EER-overeenkomst, en daar waar in het VWEU wel over belastingen gesproken wordt betreft het vooral de indirecte belastingen.

De parallellen tussen de structuur van het VWEU en de EER-overeenkomst zijn dus duidelijk aanwezig. Maar hoewel dit binnen het VWEU wel ruimte biedt om harmonisatie op het gebied van directe belastingen tot stand te brengen wordt dit stelselmatig uitgesloten in EER-verband. En dat is raar,

⁶⁸ Art. 26, lid 4 VWEU.

⁶⁹ De voltooiing van de interne markt: Witboek van de Commissie voor de Europese Raad, COM(1985)310.

⁷⁰ Uitvoeriger over de bevoegdheidsverdeling binnen de EU: J.J.A.M. Korving, Fiscal sovereignty versus tax harmonization: a matter of coordination and interpretation, in Raymond Luja, National (Tax) Autonomy and the European Union: Revival or Demise?, nog niet gepubliceerd.

omdat ook die harmoniserende maatregelen zijn gestoeld op de instelling van de interne markt.⁷¹ Het zou dus zo maar mogelijk zijn om bij volgende richtlijnen op het gebied van de directe belastingen ook het opschrift ‘voor de EER relevante tekst’ te gebruiken.

5. Conclusie

Veel mensen staan niet stil bij het opschrift ‘voor de EER relevante tekst’. Maar het heeft wel degelijk een betekenis. Het gevolg kan namelijk zijn dat het - volgens de procedure waarin de EER-overeenkomst voorziet - wordt toegevoegd aan die overeenkomst. Vanaf dat moment moet iedere verwijzing in de richtlijn naar ‘EU’ worden gelezen als ‘EER’. De Europese interne markt wordt daarmee dus ook daadwerkelijk uitgebreid ten aanzien van dat Europese wetgevingsinstrument.

Lidstaten moeten hier bij de implementatie van deze tot de EER uitgebreide richtlijnen ook rekening mee houden. Het recente voorbeeld van de Public CbCR-richtlijn illustreert dat duidelijk. Nederland heeft uiteindelijke moedermaatschappijen binnen de EU en de EVA-landen dezelfde kwalificatie gegeven. Dat is op zich correct zodra de Public CbCR-richtlijn aan de EER-overeenkomst is toegevoegd, maar vooralsnog wat voorbarig.

Ten aanzien van fiscale richtlijnen is er echter nog wat te winnen. Er lijkt consensus over het feit dat fiscale richtlijnen niet ‘voor de EER relevant’ zijn. En dat is vanuit een politiek of beleidsmatig oogpunt ook goed verklaarbaar. Maar juridisch lijkt er wel enige ruimte in de analyse te zitten. Ergens is het ook wel wat eenzijdig: EU lidstaten moeten voldoen aan de richtlijnen en eventuele richtlijnvoordelen, op grond van de vrij verkeersbepalingen uit de EER-overeenkomst, uitbreiden tot de EVA-landen. Andersom hoeven de EVA-landen de richtlijnbevestigingen niet te implementeren en zijn de richtlijnvoordelen dus niet verzekerd voor inwoners van de EU. Het blijft een interessante discussie. Maar ik voorzie

⁷¹ Ik ga hier overigens bewust niet in op de vraag of een EU-lidstaat na implementatie van een fiscale richtlijn wel verplicht is om de voordelen eenzijdig uit te breiden tot EVA-landen, zoals Nederland dat moest ten aanzien van de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting. Zie HvJ 11 juni 2009, C-521/07 (Commissie v Nederland), ECLI:EU:C:2009:360. Zie ook D. Smit, *Freedom of investment between EU and non-EU member states and its impact on corporate income tax systems within the European Union*, (Doctoral dissertation Tilburg University, 2011), p. 347.

op korte termijn binnen het GC of de EER in het algemeen geen doorbraak op fiscaal terrein, hoewel de discussie over misbruik en directe belastingen natuurlijk wel globaliseert.

EPILOOG

Ik besluit deze bijdrage graag met een korte persoonlijke noot. Toen ik als wijsneuzerige jonge docent binnenkwam bij de capaciteitsgroep Belastingrecht stond jij, Hans, direct klaar om me wegwijs te maken binnen het probleem-gestuurd onderwijs en het vak Vennootschapsbelasting in het bijzonder. Daar lag, en ligt, jouw fiscale hart. De blokboeken die jij voor jouw blokken hebt opgesteld vanaf het moment van de oprichting van de capgroep zijn legendarisch. In al die jaren heb ik geen blokboek gezien dat uitvoeriger was dan die waar jij bij aan de wieg hebt gestaan. Ze boden, en bieden, een fantastisch houvast voor iedere jonge en ervaren docent. Dat geldt zeker voor het onderwerp ‘onzakelijke leningen’, waarvan jij in Nederland de grootste expert bent. Ik noem je dan ook altijd, en tegenover iedereen, de ‘koning van de onzakelijke lening’.

Naast je fiscaal-inhoudelijke vakbekwaamheid ben je ook nog ‘gewoon’ een heel mooi mens. Iemand met oog voor collega’s, in goede en minder mooie tijden. Een behoorlijke gangmaker op feesten. En ja, ook wel eens te laat. Maar laat dat de pret niet drukken. Hans, ik ga je ontzettend missen op de faculteit, maar ga genieten van je welverdiende vrije tijd. En mocht je eens iets anders willen dan de bekendere Europese keukens van Griekenland, Italië of Spanje, probeer dan eens iets met IJslandse skyr, Liechtensteinse Käsknöfle of Noorse zalm.

TOEPASSING OVERGANGSRECHT WET IB 2001 EN HET BESLUIT PENSIOENEN INTERNATIONALE ORGANISATIES: DOOR DE BOMEN HET FISCALE BOS ZIEN...

Mr.dr. Sander Kramer¹

Samenvatting:

Met ingang van 24 augustus 2022 is het Besluit Pensioenen Internationale Organisaties in werking getreden. Uit de aan het Besluit ten grondslag liggende casuïstiek – bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 2019 – blijkt dat pensioenregelingen van Internationale Organisaties niet zonder twijfel kunnen worden aangemerkt als zuiver dan wel onzuiver. Desalniettemin wordt in de praktijk veelal aangenomen dat een pensioenregeling van een Internationale Organisatie als ‘onzuiver’ dient te worden gekwalificeerd. Als een pensioenregeling als onzuiver wordt aangemerkt, dient nader te worden bepaald op welke wijze dit pensioen in de belastingheffing wordt betrokken. Dit wordt inmiddels met name aan de hand van legio overgangsregelingen bepaald. De wijze waarop deze regelingen in de belastingheffing betrokken worden, is uitvoerig door de Hoge Raad besproken in zijn arrest van 16 januari 2009. De auteur concludeert dat hoewel het Besluit een eerste stap in de juiste richting is in deze complexe pensioencasuïstiek, het Besluit nog onvoldoende recht doet aan de vigerende overgangsregelingen en de door de Hoge Raad voorgestane benadering van deze situaties.

Kernwoorden:

pensioen, omkeerregel, onzuiver pensioen, Witteveenkader, Internationale Organisatie, Gecoördineerde Pensioenregeling, saldomethode, overgangsrecht

¹ Mr. dr. S.P.M. Kramer is universitair docent Fiscaal Recht bij ITEM / Institute for Transnational and Euregional Cross Border Cooperation and Mobility en het Maastricht Centre for Taxation, Maastricht University.

Proloog

Beste Hans, ik heb je als zowel student als collega mogen ervaren als een zeer aimabel en uiterst kundige fiscalist. We hebben in 2020 samen gepubliceerd voor het Belgisch Tijdschrift voor Fiscaal Recht waarbij we de recente ontwikkelingen in het Nederlandse belastingrecht bespraken. In jouw gedeelte lag de nadruk op de Vpb-gerelateerde ontwikkelingen; in mijn bijdrage op de IB-ontwikkelingen. Het zijn echter niet alleen maar Vpb-gerelateerde onderwerpen die ‘de klok slaan’ in jouw indrukwekkende publicatielijst. Je schreef ook regelmatig over andere onderwerpen binnen de fiscaliteit, zoals over de toepassing van het overgangsrecht Wet IB 2001 op van de Wereldbank ontvangen pensioenuitkeringen. Je annotateerde voor FED namelijk het richtinggevende HR-arrest van 18 oktober 2019.² Je noemt dit in jouw annotatie een curieus arrest waarbij de Hoge Raad zich duidelijk afzet tegen de wetgever. Volgens jou is op het moment van schrijven (2020) de wetgever aan zet om het arrest te repareren, maar je werpt de vraag op of dit nodig is. Een onderwerp dat goed past binnen mijn fiscale expertise en waarin ik je graag nog eenmaal meeneem in de ontwikkelingen sindsdien op dat gebied. Geniet van je welverdiende pensioen!

1. Inleiding

Met ingang van 24 augustus 2022 is het Besluit Pensioenen Internationale Organisaties (hierna: het Besluit) in werking getreden.³ Dit Besluit bevat beleid over de langlopende kwestie inzake de fiscale behandeling van pensioenuitkeringen van Gecoördineerde Internationale Organisaties.⁴ In het betreffende Besluit is beoogd een oplossing te vinden voor de

² Hans Arts ‘Toepassing overgangsrecht Wet IB 2001 op van de Wereldbank ontvangen pensioenuitkeringen’ [2019] FED 2020/16 (annotatie).

³ Besluit van 19 augustus 2022, nr. 2022-206968, Inkomstenbelasting, Premie volksverzekeringen en Inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet. Pensioenen Internationale Organisaties, Staatscourant nr. 21897.

⁴ Onder het begrip ‘Internationale Organisaties’ wordt volgens internationale standaarden verstaan ‘een bij verdrag opgericht samenwerkingsverband tussen staten met eigen taken en organen’.

problematiek verband houdende met de belastingheffing van pensioenuitkeringen van deelnemers die deze ontvangen op basis van de Pensioenregeling van Gecoördineerde Organisaties (Gecoördineerde Pensioenregeling), te weten de Europese Ruimtevaartorganisatie (ESA), het Europees Centrum voor weersvoorspelling op middellange termijn (ECMWF), de Raad van Europa (CoE), de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) en de Europese organisatie voor de exploitatie van meteorologische satellieten (EUMETSAT). Daarnaast geldt het Besluit ook voor gepensioneerden van het Europees Octrooibureau (EOB).

Het Besluit lijkt op het eerste gezicht als een oplossing te zijn bedoeld voor inwoners van Nederland die een pensioenuitkering ontvangen van een Internationale Organisatie en die voor het vaststellen van het belastbaar inkomen volgens de Belastingdienst zouden moeten beschikken over gedetailleerde informatie over de opbouwfase van het pensioen, zoals het toenmalig geldende pensioenreglement, loonstrookjes en bankafschriften uit een verder verleden. In de praktijk blijkt dat gepensioneerden vaak niet (meer) beschikken over deze informatie.

De door het Besluit beoogde casuïstiek wordt gekenmerkt door een opeenvolging van wijzigingen in de hiervoor omschreven sfeer. Dat leidt ertoe dat het lastig is vast te stellen in hoeverre een pensioenregeling van een Internationale Organisatie als fiscaal (on)zuiver is te kwalificeren. Het zij hierbij opgemerkt dat de fiscale zuiverheid van het opgebouwde pensioen dient te worden beoordeeld op grond van de maatstaven gebaseerd op de in de betreffende periode geldende fiscale wetgeving. Het uitgangspunt is dat een wetswijziging in beginsel onmiddellijke werking heeft – en dus ook van toepassing is op bestaande rechtsposities – tenzij uitdrukkelijk wordt bepaald hiervan af te wijken of een overgangsregeling noodzakelijk wordt geacht. Dit overangsrecht is in bovengenoemde situaties veelvuldig ingevoerd, maar is overigens pas van toepassing indien sprake is van een onzuivere pensioenregeling. De verschillende overgangsregelingen die in de loop der tijd van toepassing zijn (geweest), zullen hieronder verder worden besproken.

Uit de aan het Besluit onderliggende casuïstiek – bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 2009 dat hierna nader zal worden besproken – blijkt dat pensioenregelingen van Internationale Organisaties niet zonder twijfel kunnen worden aangemerkt als zuiver dan wel onzuiver; de betreffende jurisprudentie is ambivalent. Desalniettemin wordt in de praktijk veelal aangenomen dat een pensioenregeling van een Internationale Organisatie als ‘onzuiver’ dient te worden gekwalificeerd. Dit komt met name voort uit de karakteristieken van deze pensioenregelingen, zoals een afkoopmogelijkheid van meer dan bijkomstige betekenis. Het zijn met name deze situaties waar het Besluit op ziet. Als een pensioenregeling als onzuiver wordt aangemerkt, dient immers nader te worden bepaald op welke wijze dit pensioen in de belastingheffing wordt betrokken. Dit wordt met name aan de hand van de hiervoor benoemde overgangsregelingen bepaald. Hierbij dient een splitsing te worden gemaakt tussen diverse perioden waarin verschillende wetgeving en overgangsregelingen van toepassing zijn geweest. Hierbij neemt het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 2009 een centrale rol in.

2. Overgangsregelingen: de benadering van de Hoge Raad en compartimentering

2.1 Belastingheffing over pensioen van een Internationale Organisatie

Thans is in art. 3.82, onderdeel c Wet IB 2001 ten aanzien van de belastingheffing van een pensioenuitkering van een Internationale Organisatie het volgende bepaald:

“1. Tot loon wordt gerekend:

(..)

c. uitkeringen op grond van een pensioenregeling van een internationale organisatie, behoudens voorzover aannemelijk is dat over de aanspraken ingevolge die pensioenregeling een heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomst met de loonbelasting of inkomstenbelasting.”

Uit dit artikel kan worden afgeleid dat pensioenuitkeringen van een Internationale Organisatie in beginsel belast zijn in box 1. Gezien het aantal wijzigingen in de fiscale ‘zuiverheidseisen’ en overgangsregelingen, dient echter rekening te worden gehouden met de opbouwfase van het pensioen bij internationale organisaties en dient deze opbouwfase te worden gecompartmenteerd vanwege het feit dat sprake is geweest van diverse overgangsregelingen. Een en ander is uitvoerig aan de orde gekomen in het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 2009.⁵

In deze zaak voor de Hoge Raad was belanghebbende – woonachtig te Nederland – tot zijn pensionering in 2000 in dienst geweest van de Verenigde Naties. Van september 1964 tot februari 2000 had hij pensioenrechten opgebouwd bij het United Nations Joint Staff Pension Fund. In het arrest van 16 januari 2009 gaat de Hoge Raad uitvoerig in op de berekening van de verschuldigde belasting over het (fiscaal onzuiver) pensioen – opgebouwd bij een Internationale Organisatie – en de verschillende overgangsregelingen die van toepassing zijn (geweest) in de verschillende perioden in de opbouwfase, en met name de rangorde tussen deze verschillende regelingen.

2.2 Arrest van 16 januari 2009

In het arrest van 16 januari 2009 oordeelde de Hoge Raad dat een tweetal van deze overgangsregelingen voorrang hebben op art. 3.82 Wet IB 2001.⁶ Dit betreft ten eerste art. 38 Wet LB 1964 en, ten tweede, de overgangsregeling uit Hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, lid 1, aanhef en onderdelen b en c van de Invoeringswet Wet IB 2001. Op grond hiervan komt de Hoge Raad tot een compartimentering van de opbouwfase in vier perioden: de periode vóór 1 januari 1995; de periode van 1 januari 1995 tot 14 september 1999; van 14 september 1999 tot 1 januari 2001; en de periode vanaf 1 januari 2001. Overigens kan pas een beroep worden gedaan op dit overgangsrecht indien – in een bepaald tijdvak op grond van

⁵ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

⁶ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

de toen geldende wet- en regelgeving – sprake was van een onzuivere pensioenregeling.

2.2.1 Periode vóór 1 januari 1995

In de vóór 1 januari 1995 vigerende wetgeving waren de eisen omtrent de fiscale zuiverheid van pensioen minder strikt vormgegeven. Als open norm gold immers ‘de maatschappelijke opvattingen’. Een uitkering die uit een aanspraak voortvloeide die tot het loon behoorde (onzuiver pensioen), werd onder art. 11, lid 1, onderdeel g Wet LB 1964 (zoals deze gold tot 1 januari 1995) vrijgesteld. Dit artikel bleef overgangsrechtelijk op basis van art. 38 Wet LB 1964 van toepassing op uitkeringen opgebouwd vóór 1995.

Dit overgangsrecht brengt mee dat uitkeringen die voortkomen uit (belaste) pensioenaanspraken in de periode vóór 1 januari 1995 dus vrijgesteld bleven (volgens de Hoge Raad ‘deel 1’ van de pensioenuitkeringen). Hieraan kan volgens de Hoge Raad niet afdoen dat de pensioenuitkeringen volgens de met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 ingevoerde regeling in art. 3.82 Wet IB 2001 tot het loon worden gerekend.⁷ Gelet op deze strekking dient art. 38 Wet LB 1964 voor te gaan boven het bepaalde in art. 3.82 Wet IB 2001. Voorts overwoog de Hoge Raad dat op grond van het bepaalde in art. 2.14, lid 2 Wet IB 2001, deze pensioenaanspraken ook niet in aanmerking kon worden genomen voor de bepaling van het belastbare inkomen uit sparen en beleggen (box 3).

Overigens heeft het vervallen van art. 38 Wet LB per 1 januari 2010 hier geen effect op gehad, volgens de Hoge Raad.⁸ Dit overgangsrecht heeft namelijk zijn gelding behouden, maar dan op basis van – per die datum – het overgangsrecht van hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, lid 1, onderdeel b Invoeringswet Wet IB 2001. Aanspraken op het deel van de pensioenuitkeringen opgebouwd vóór 1 januari 1995 zijn immers aan te merken als op 31 december 2000 bestaande rechten op periodieke uitkeringen in de zin van hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, lid 1, letter b Invoeringswet Wet IB 2001. Voorts overwoog de Hoge Raad dat de wet,

⁷ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

⁸ [2019] 18/02552, ECLI:NL:HR:2019:1596 (HR).

waarbij art. 38 Wet LB per 1 januari 2010 is afgeschaft, niet de in hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, lid 1, onderdeel b Invoeringswet Wet IB 2001 voorziene eerbiedigende werking heeft afgeschaft voor uitkeringen die tot 2010 onder de werking van art. 38 Wet LB vielen. De vrijstelling van art. 11, lid 1, onderdeel g Wet LB 1964 is dus op grond van de eerbiedigende werking van het overgangsrecht opgenomen in de Invoeringswet Wet IB 2001 en in het jaar 2010 nog steeds van toepassing op pensioenuitkeringen opgebouwd vóór 1 januari 1995. Evenals de overgangsregeling van art. 38 Wet LB gaat de overgangsregeling van hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, aanhef en onderdeel b Invoeringswet Wet IB 2001 op grond van haar strekking voor art. 3.82 Wet IB 2001. Dit overgangsrecht blijft overigens van toepassing.⁹ Het bovenstaande komt erop neer dat ingeval een pensioenregeling als onzuiver is aangemerkt in de periode vóór 1 januari 1995 (op basis van de toen geldende wetgeving), de uitkeringen die voortvloeien uit de voor die datum opgebouwde aanspraken vrijgesteld blijven voor box 1 en box 3.

2.2.2 Periode van 1 januari 1995 tot 1 januari 2001

De eisen ten aanzien van de fiscale zuiverheid van pensioenregelingen zijn per 1 januari 1995 aangescherpt, met name door de toevoeging van de eis van een erkende verzekeraar. Voor zover pensioenuitkeringen voortvloeien uit aanspraken die zijn ontstaan na 31 december 1994, bracht de tot 2001 geldende regeling in art. 25, lid 1, onderdeel g Wet IB 1964 mee dat deze uitkeringen belastbaar zouden zijn als inkomsten uit vermogen, en wel vanaf het moment waarop het totale bedrag van die uitkeringen de waarde van de daarvoor geleverde tegenprestatie (i.e., werknemersbijdrage betaald uit netto-inkomen en eventueel door de werkgever betaalde premies die tot het loon hebben behoord) te boven gaat (de zogenoemde saldomethode).¹⁰

⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 302, nr. 3, p. 51: “Voor dergelijke pensioenregelingen blijft het overgangsrecht van hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, eerste lid, Invoeringswet Wet IB 2001 ook na 31 december 2020 van toepassing waardoor belastingheffing pas in box 1 plaatsvindt zodra de uitkeringen worden genoten (dit met toepassing van de saldomethode) en gaat de waarde van het recht niet tot de rendementsgrondslag van box 3 behoren.”

¹⁰ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

Deze op 31 december 2000 geldende regeling over inkomsten uit vermogen blijft echter van toepassing op een deel van de pensioenuitkeringen op grond van Hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, lid 1, aanhef en onderdelen b en c Invoeringswet Wet IB 2001. Het deel waarop deze regeling van toepassing blijft, wordt door de Hoge Raad gesplitst in ‘deel 2a’, ‘deel 2b’ en ‘deel 3’.

Deel 2a verwijst naar uitkeringen die zijn toe te rekenen aan na 1994 ontstane aanspraken waarvoor de niet-afrekbare werknemersbijdragen zijn betaald vóór 14 september 1999. Deel 2b heeft betrekking op uitkeringen die ook toegerekend kunnen worden aan na 1994 ontstane aanspraken, maar waarvoor werknemersbijdragen zijn betaald op of na 14 september 1999 en vóór 1 januari 2001, voor zover het bedrag van die bijdragen niet hoger is dan f 5.000 per kalenderjaar. Ten aanzien van deel 2b wordt de saldogeregeling dus beperkt tot het genoemde bedrag aan bijdragen. Voor zover het bedrag van die bijdragen deze grens overschrijdt – door de Hoge Raad aangeduid als deel 3 – is op het meerdere het bedoelde overgangsrecht niet van toepassing en brengt het bij Wet van 16 december 2004, Stb. 657, met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 ingevoerde art. 3.82, aanhef en onderdeel d (met ingang van 2006: onderdeel c) Wet IB 2001, mee dat dit deel van de pensioenuitkeringen tot het loon wordt gerekend.¹¹ De Hoge Raad maakt ten aanzien van de toepassing van art. 3.82 Wet IB 2001 tevens een uitzondering voor het deel van de pensioenuitkeringen dat is toe te rekenen aan de niet-afrekbare werknemersbijdragen van de belastingplichtige. Voor zover dit deel van de deel 3-pensioenuitkeringen is toe te rekenen aan niet-afrekbare werknemersbijdragen en daarom niet tot het loon wordt gerekend, behoort het recht op die deel 3-uitkeringen tot de rendementsgrondslag in box 3.

Voor zover deel 2a en deel 2b van de pensioenuitkeringen op grond van de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001 belastbaar zijn volgens de hiervoor genoemde saldogemethode, worden deze uitkeringen onder de Wet IB 2001 aangemerkt als belastbare periodieke uitkeringen uit een inkomensvoorziening als bedoeld in artikel 3.100 Wet IB 2001. Op grond van art. 2.14 Wet IB 2001 blijft dit deel buiten de heffingsgrondslag in box

¹¹ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

3. Ook deze overgangsregeling gaat overigens vóór op art. 3.82 Wet IB 2001.¹² Het bovenstaande leidt ertoe dat deel 2a/2b-uitkeringen die voortvloeien uit een pensioenregeling die als onzuiver werd aangemerkt, op grond van de saldoregeling (artikel 25, lid 1, onderdeel g van de Wet op de inkomstenbelasting 1964) worden belast in box 1 en in zoverre buiten box 3 blijven.

2.2.3 Periode vanaf 1 januari 2001

Het bij Wet van 16 december 2004, Stb. 657 ingevoerde art. 3.82, lid 1, onderdeel d (thans dus onderdeel c) Wet IB 2001 heeft terugwerkende kracht tot en met 1 januari 2001.¹³ Op grond hiervan is voor het gedeelte van de pensioenuitkeringen dat is toe te rekenen aan na 1 januari 2001 ontstane aanspraken, de regeling van dit artikel van toepassing. Daarmee worden deze uitkeringen belast in box 1, behoudens voor zover aannemelijk is dat over de aanspraken ingevolge die pensioenregeling een heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de loonbelasting of de inkomstenbelasting. Voor zover aannemelijk is dat een dergelijke heffing heeft plaatsgevonden over deze aanspraken, bijvoorbeeld indien sprake is van een ‘interne heffing’ bij de Internationale Organisatie, wordt dit deel van de aanspraken in box 3 belast.

3. Besluit Internationale Pensioenen

In de praktijk blijkt toepassing van het arrest van de Hoge Raad niet eenvoudig, zodat de inspecteur in een aanzienlijk aantal individuele gevallen een – in verschillende varianten bestaande – vaststellingsovereenkomst (VSO) heeft gesloten. Aan deze VSO's liggen uitgangspunten ten grondslag die inmiddels in het Besluit zijn opgenomen. Daarnaast beschrijft het Besluit onder welke voorwaarden gepensioneerden van EOB en gepensioneerden van de Gecoördineerde Internationale Organisaties die een uitkering ontvangen op basis van de

¹² [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

¹³ Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van belastingwetten in verband met noodzakelijk onderhoud, Staatsblad 2004, 657. Voor de terugwerkende kracht zie art. I, onderdeel D jo. art. IX.

Gecoördineerde Pensioenregeling deze uitgangspunten, ook zonder het sluiten van een VSO, kunnen toepassen in hun aangifte. Hierbij moet worden opgemerkt dat deze uitgangspunten zijn gebaseerd op de kenmerken van de betreffende pensioenregelingen en derhalve niet onverkort kunnen worden toegepast bij (gepensioneerde) deelnemers aan andere pensioenregelingen van Internationale Organisaties. Dergelijke deelnemers kunnen zich, desgewenst, tot de inspecteur wenden.

Het Besluit stelt terecht dat bij de meeste Internationale Organisaties pensioenuitkeringen niet onder de toegekende belastingvrijstelling in Nederland vallen en deze door Nederland volgens de reguliere nationale regels in de belastingheffing worden betrokken. Voor de bepaling van de Nederlandse belastingheffing is dan onder meer van belang:

- of sprake is (dan wel tijdens de opbouw: was) van een naar Nederlandse maatstaven (on)zuivere pensioenregeling zoals hiervoor besproken;
- of de door de werkgever toegekende pensioenrechten met een interne heffing zijn belast en/of de door de werknemer betaalde premies aftrekbaar waren, dan wel uit het netto-inkomen zijn betaald;
- in welke mate de werkgever en de werknemer hebben bijgedragen aan de opbouw van de pensioenrechten.

Indien de belastingplichtige stelt dat de pensioenuitkeringen (gedeeltelijk) niet in box 1 mogen worden belast – bijvoorbeeld omdat ze zijn opgebouwd in een onzuivere pensioenregeling – rust volgens het Besluit op hem/haar de bewijslast. Het blijkt in de praktijk erg lastig voor belastingplichtigen om aan deze bewijslast te voldoen. Hij dient immers ten aanzien van de hele opbouwperiode van het pensioen (per jaar) te laten zien hoeveel werknemerspremies zijn betaald en hoeveel het werkgeversdeel bedroeg. Tevens zal hij voor de hele opbouwperiode aannemelijk moeten maken op welke manier deze werknemers-/werkgeverspremies in aanmerking zijn genomen bij de toepassing van een interne heffing. Dit vergt een gedegen documentatie uitstrekkend tot het begin van deelname aan de pensioenregeling. Al met al bepaald geen sinecure dus voor de gemiddelde

belastingplichtige en de Belastingdienst. Mede met het oog hierop werd in de praktijk vaak gekomen tot een VSO.

Voorts vermeldt het Besluit dat de inspecteur ten aanzien van de pensioenregeling van EOB en van de Gecoördineerde Pensioenregeling van de betreffende pensioenuitvoerders (geaggregeerde) gegevens over de pensioenopbouw heeft ontvangen. De staatssecretaris acht het wenselijk dat deze uitgangspunten ook kunnen worden toegepast op gevallen waarin geen VSO is gesloten. Het toepassen van de gehanteerde uitgangspunten is overigens geen verplichting. Belastingplichtigen hebben de mogelijkheid in het kader van een verzoek om vooroverleg, om op basis van door hem of haar aan te dragen (gedetailleerde) gegevens een andere uitkomst van de geldende wetgeving aannemelijk te maken.

Ten aanzien van de (fiscale behandeling) van de werknemers-/werkgeversbijdrage onder de Gecoördineerde Pensioenregeling/pensioenregeling EOB, hanteert het Besluit de volgende uitgangspunten:

- De werkgeversbijdrage (de pensioenaanspraken) wordt niet in de interne heffing betrokken en het aan deze bijdrage gerelateerde deel van de pensioenuitkering valt daarom onder de omkeerregel. De aanspraken worden daarmee beschouwd onbelast te zijn geweest; het hieraan gerelateerde deel van de pensioenuitkering als belast;
- De werknemerspremies zijn niet aftrekbaar voor de interne heffing, en dus betaald uit het netto-inkomen. Het hieraan gerelateerde deel van de pensioenuitkering valt daarom niet onder de omkeerregel en is onbelast in de uitkeringsfase;
- In beginsel wordt twee derde van de totale pensioenkosten voldaan uit werkgeverspremies en één derde uit werknemerspremies. Deze verdeling mag gehanteerd worden voor de bepaling welk deel van het inkomen in box 1, dan wel box 3, valt;
- Een zogenoemde ‘allowance’ of ‘tax adjustment’ wordt geheel aangegeven in box 1, omdat bij deze ‘allowances’ en het ‘tax adjustment’ niet of veel minder sprake is van een direct verband met de ingelegde premies.

Uit het oogpunt van anti-cumulatie, kan een belastingplichtige – indien hij bovenstaande uitgangspunten toepast in zijn aangifte – volgens het Besluit geen gebruik meer maken van de in Hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O Invoeringswet Wet IB 2001 opgenomen overgangsregeling (de saldomethode). Deze overgangsregeling is alleen van toepassing op pensioenrechten die vóór 1 januari 2001 zijn opgebouwd, zoals hiervoor uiteengezet. Beide regelingen hebben immers tot doel om te voorkomen dat uit netto-inkomen opgebouwd pensioen bij uitkering nogmaals volledig wordt belast. Voor zover een belastingplichtige echter al gebruik maakt of heeft gemaakt van genoemde overgangsregeling, kan van de ‘1/3–2/3’-benadering geen gebruik gemaakt worden en zijn de pensioenuitkeringen na afloop van de overgangsregeling volledig belast in box 1. Dit geldt overigens ook indien in de VSO de genoemde overgangsregeling als uitgangspunt is genomen. In een dergelijk geval kunnen de hiervoor genoemde uitgangspunten volgens het Besluit niet meer worden toegepast.

4. Besluit nader getoetst

De jurisprudentie ten aanzien van de vraag in hoeverre de pensioenregelingen bij Internationale Organisaties – de Gecoördineerde Pensioenregeling – voldoen aan de Nederlandse fiscale eisen, blijkt ambivalent en veelal afhankelijk van de specifieke inhoud van de betreffende pensioenregeling door de jaren heen. In gevallen waar deze pensioenregelingen worden aangemerkt als fiscaal ‘onzuiver’ is de omkeerregel niet van toepassing. De wijze waarop deze regelingen in de belastingheffing betrokken worden, is uitvoerig door de Hoge Raad besproken in zijn arrest van 16 januari 2009. Met name de verschillende overgangsregelingen spelen hierbij een centrale rol, gezien de veelheid aan wetswijzigingen op dit gebied. Hierbij dient een onderscheid te worden aangebracht tussen de periode vóór 1 januari 1995; de periode van 1 januari 1995 tot 1 januari 2001 en de periode vanaf 1 januari 2001.

In de praktijk is ten aanzien van deze casuïstiek in individuele gevallen een veelheid aan VSO's gesloten. Aan deze VSO's liggen de in de ogen van de Belastingdienst meest gangbare uitgangspunten ten grondslag die nu ook in het Besluit zijn opgenomen. De vraag hierbij rijst of de meest gangbare

uitgangspunten ook de uitgangspunten zijn die het meest ‘recht doen’ aan de situatie waarin sprake is van een onzuiver pensioen, mede in het licht van het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 2009 en dan met name de verschillende overgangsregelingen. In hoeverre wordt de verdeling zoals voorgedragen door de Hoge Raad toegepast in het Besluit?

Het Besluit hanteert een pragmatisch standpunt ten aanzien van de fiscale behandeling van de Gecoördineerde Pensioenregeling en de pensioenregeling van EOB. De werkgeverspremies (2/3) – ofwel de pensioenaanspraken – worden niet in de interne heffing betrokken en het hieraan gerelateerde deel van de uitkering valt daarom onder de omkeerregel. Aldus wordt 2/3^e deel als loon uit vroegere dienstbetrekking belast in box 1. Daarnaast hanteert het Besluit het uitgangspunt dat werknemerspremies (1/3) niet aftrekbaar zijn voor de interne heffing en daarmee dat het aan dit deel gerelateerde deel van de uitkering niet onder de omkeerregel valt, zodat het recht op dit deel van de uitkeringen in box 3 wordt belast.

Het Besluit gaat hiermee echter voorbij aan de (voorrang van de) in het verleden geldende overgangsregelingen en de overwegingen van de Hoge Raad uit zijn arrest van 16 januari 2009. De pragmatische insteek van het Besluit doet aldus geen recht aan de geldende overgangsregelingen. Hoewel het Besluit erkent dat op basis van overgangsrecht afwijkende regels gelden voor pensioenrechten die voor een bepaalde datum, bijvoorbeeld 1 januari 1995 of 1 januari 2001, zijn opgebouwd, komt dit onvoldoende terug in de gehanteerde uitgangspunten ten aanzien van de heffing over deze onzuivere pensioenen. Een uitkering die uit een aanspraak voortvloeide die tot het loon behoorde, werd immers onder art. 11, lid 1, onderdeel g Wet LB 1964 (zoals deze gold tot 1 januari 1995) vrijgesteld. Dit artikel bleef zoals gezegd overgangsrechtelijk op basis van art. 38 Wet LB 1964 van toepassing op uitkeringen opgebouwd vóór 1995. Dit overgangsrecht brengt mee dat uitkeringen die voortkomen uit (belaste) pensioenaanspraken in de periode vóór 1 januari 1995 vrijgesteld zijn van belastingheffing. Hieraan kan volgens de Hoge Raad niet afdoen dat de pensioenuitkeringen volgens de met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 ingevoerde regeling in artikel 3.82 Wet IB 2001 tot het loon worden

gerekend.¹⁴ Gelet op deze strekking gaat art. 38 Wet LB 1964 boven het bepaalde in artikel 3.82 Wet IB 2001. Evenals de overgangsregeling van artikel 38 Wet LB gaat de overgangsregeling van hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, aanhef en onderdeel b Invoeringswet Wet IB 2001 op grond van haar strekking boven artikel 3.82 Wet IB 2001.

Het bovenstaande komt erop neer dat ingeval een pensioenregeling als onzuiver is aangemerkt in de periode vóór 1 januari 1995 (op basis van de toen geldende wetgeving), de uitkeringen die voortvloeien uit de voor die datum opgebouwde aanspraken vrijgesteld blijven voor box 1 én box 3. Dat pensioenuitkeringen die voortvloeien uit (onzuivere) aanspraken opgebouwd vóór 1 januari 1995 zijn vrijgesteld voor zowel box 1 als box 3 lijkt evenwel te worden miskend door de ‘1/3-2/3’-benadering zoals in het Besluit neergelegd. Voor deze pensioenuitkeringen (met betrekking tot de periode vóór 1 januari 1995) pakt het Besluit immers in vergaande mate minder gunstig uit dan op grond van de overgangsregeling.

Voor pensioenaanspraken opgebouwd in de periode van 1 januari 1995 tot 1 januari 2001 bracht de tot 2001 geldende regeling in art. 25, lid 1, onderdeel g Wet IB 1964 mee dat deze uitkeringen belastbaar zouden zijn als inkomsten uit vermogen vanaf het moment waarop het totale bedrag van die uitkeringen de waarde van de betaalde premies te boven gaat (saldomethode).¹⁵ Deze op 31 december 2000 geldende regeling over inkomsten uit vermogen bleef op grond van Hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, lid 1, aanhef en onderdelen b en c Invoeringswet Wet IB 2001 van toepassing op een deel van de pensioenuitkeringen. Het deel waarop deze regeling van toepassing blijft, wordt door de Hoge Raad gesplitst in deel 2a en deel 2b. Voor zover deel 2a en deel 2b van de pensioenuitkeringen op grond van de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001 belastbaar zijn volgens de eind 2000 geldende saldomethode, worden deze uitkeringen onder de Wet IB 2001 aangemerkt als belastbare periodieke uitkeringen uit een inkomensvoorziening als bedoeld in artikel 3.100 Wet IB 2001. Op grond van art. 2.14 Wet IB 2001 blijft dit deel buiten de heffingsgrondslag in box 3. Ook deze

¹⁴ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

¹⁵ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

overgangsregeling gaat overigens vóór op art. 3.82 Wet IB 2001.¹⁶ Het bovenstaande leidt ertoe dat uitkeringen die voortvloeien uit een pensioenregeling die tussen 1 januari 1995 en 14 september 1999/1 januari 2001 als onzuiver werd aangemerkt, op grond van de saldogeregeling (artikel 25, lid 1, letter g Wet IB 1964) worden belast in box 1 en blijven in zoverre buiten box 3.

Het onderscheid tussen deel 2a en 2b komt echter niet als zodanig terug in het besluit. Onderdeel 4.3.3. van het Besluit wijst er echter op dat indien een belastingplichtige kiest voor de benadering zoals neergelegd in het Besluit, geen gebruik kan worden gemaakt van deze in Hoofdstuk 2, art. I, onderdeel O Invoeringswet Wet IB 2001 opgenomen overgangsregeling (de saldomethode). Zowel deze overgangsregeling als de benadering van het Besluit beogen te vermijden dat uit het netto-inkomen opgebouwd pensioen bij uitkering nogmaals volledig zou worden belast. Cumulatie van deze twee regelingen wordt daarom terecht als onwenselijk beschouwd. In omgekeerde gevallen waarin, en voor zover, de belastingplichtige gebruikt maakt, dan wel heeft gemaakt, van de genoemde overgangsregeling, kan van de ‘1/3–2/3’-benadering geen gebruik gemaakt worden. De pensioenuitkeringen zijn dan na afloop van de overgangsregeling volledig belast in box 1.

5. Conclusie

Hoewel het Besluit dus gewag maakt van deze overgangsregeling, had het Besluit op deze punten dichter moeten aansluiten op de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 16 januari 2009 teneinde meer recht te doen aan de onderliggende casuïstiek en de geldende overgangsregelingen. Ook voor deze pensioenuitkeringen (opgebouwd in de periode van 1 januari 1995 tot 1 januari 2001) kan het Besluit in vergaande mate minder gunstig uitpakken dan op grond van de vigerende overgangsregeling. Concluderend kan worden gesteld dat hoewel het Besluit een eerste stap in de juiste richting is in deze complexe pensioencasuïstiek, het Besluit nog onvoldoende recht doet aan de vigerende overgangsregelingen en de door de Hoge Raad voorgestane benadering van deze situaties. De

¹⁶ [2009] ECLI:NL:HR:2009:BF7264 (HR).

overgangsrechtelijke pensioengemoederen zijn voorlopig nog niet
bedoord.

AFSCHEID NEMEN VAN EEN/DE FISCALE MAAT

Prof.mr.dr. Raymond Luja¹

1. Inleiding

Wie met Hans Arts spreekt over hoe de vennootschapsbelasting zich ontwikkeld heeft, wordt vroeg of laat geconfronteerd met de anekdote dat hij zijn studenten regelmatig de huidige wettekst van de deelnemingsvrijstelling laat vergelijken met die van de midden jaren '80 van de vorige eeuw. De studenten zien dan een enkel, niet al te lang wetsartikel, waar nu bladzijden worden gevuld.

Het belastingrecht is de afgelopen veertig jaar steeds uitgebreider en complexer geworden, terwijl de studietijd voor juristen om zich te bekwamen in het (belasting)recht in die periode terugging van zes naar vier jaren. Dat stelt studenten én docenten voor grote uitdagingen.

Daar komt bij dat het belastingrecht van destijds nog redelijk goed aan de hand van beginselen viel uit te leggen. Die beginselen zijn er ook heden ten dage nog, maar het aantal uitzonderingen dat erop is geformuleerd is legio. En dat om uiteenlopende redenen: niet alleen om misbruik tegen te gaan, maar ook vanwege budgettaire beperkingen en de wens van de overheid om het (investerings)gedrag van ondernemers en ondernemingen te sturen.

Een van de oudste bijdragen van Hans Arts aan het fiscale én civielrechtelijke discours is een met Walderveen geschreven tweeluik uit 1989 over de voorgenomen invoering van Boek 7, Titel 13 Nieuw BW. Voor wie niet bekend is met die titel, dat is verklaarbaar. Het civielrechtelijke ei is nog steeds niet gelegd.²

¹ Raymond Luja is hoogleraar rechtsvergelijkend belastingrecht en voorzitter van de Capaciteitsgroep Belastingrecht.

² J.H.M. Arts en B. van Walderveen, De maatschap de maat genomen (I), MBB, 1989, nr. 2, blz. 33-42 en idem., De maatschap de maat genomen (slot), MBB, 1989, nr. 3, blz. 66-72.

In deze korte bijdrage bespreek ik drie zaken. Eerst ga ik in op de tijd die de wetgever neemt voor de invoering van Titel 13 en de (her)bezinning daarop. Daarna ga ik in op de invoering van de fiscale transparantie die zich fiscaalrechtelijk in de tussentijd heeft voltrokken. Vervolgens nemen we afscheid van de fiscale maat, gevolgd door enkele afsluitende opmerkingen.

2. Historisch besef en fiscale jaloezie

De historie van Boek 7, Titel 13 BW is voor fiscalisten er een om jaloers op te zijn. Dit geldt zeker voor specialisten op het terrein van de vennootschapsbelasting, die op hun vakgebied de afgelopen jaren hebben gezien dat fundamentele wijzigingen er onder enorme tijdsdruk doorheen zijn gedrukt, al dan niet als uitvloeisel van Europese regelgeving. In het civiele wetgevingstraject van Boek 7, Titel 13 BW wordt daarentegen niet geschroomd om wetgeving in een laat stadium alsnog af te wijzen en zijn bij voorbaat jaren uitgetrokken voor een gedegen voorbereiding van opeenvolgende voorstellen. Ik kan me voorstellen dat met een civielrechtelijke bril met enige verbazing zal worden gekeken naar het noemen van dit proces van vallen en opstaan als voorbeeld van een gedegen wetgevingstraject. Toegegeven, het zou mooi zijn als er minder pogingen nodig waren geweest, maar dat doet niet eraan af dat er in ieder stadium ruim de tijd is genomen voor overleg en bezinning. Daarom een kort overzicht.

De meest recente versie van Boek 7, Titel 13 BW die thans voorligt is het “Tweede ambtelijk voorontwerp Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen)”, met de nadruk op *tweede* en *voorontwerp* van deze *derde* poging tot aanpassing van het BW.³

Het eerste ontwerp voor Boek 7, Titel 13 BW dateert al van 1972 van de hand van Van der Grinten. Ten tijde van een tweeluik van Arts en Walderveen uit 1989 leek invoering bijna zover. Echter, deze titel heeft de

³ De thans voorliggende ontwerpen die in deze bijdrage worden besproken zijn gecirculeerd als onderdeel van een internetconsultatie. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpv2>.

grondige herziening van het BW in 1992 niet gehaald, afgezien van enkele minimale wijzigingen.⁴

In 2003 werd een aangepast ontwerp voor Boek 7, Titel 13 BW als wetsvoorstel voorgelegd.⁵ Na enkele grondige wijzigingen was het door de Tweede Kamer in december 2004 aangenomen. Een voorstel voor een aanpassings- en invoeringswet volgde in juni 2007, dat na een fors aantal wijzigingen en amenderingen in 2009 door de Tweede Kamer werd aangenomen.⁶ In het civiele én fiscale onderwijs werd al ruimschoots op de invoering van deze wetgeving vooruitgelopen. Uiteindelijk werden beide voorstellen alsnog ingetrokken in december 2011, na forse kritiek van de Eerste Kamer op met name de bijbehorende Invoeringswet.⁷

Een derde poging tot invoering van een Boek 7, Titel 13 BW volgt in 2019. Ook hier is ervoor gekozen om ruim de tijd te nemen voor het wetgevingsproces. In 2019 is een eerste voorontwerp voor internetconsultatie vrijgegeven door het Ministerie van Justitie, deels gebaseerd op een rapport uit 2016 van een breed samengestelde werkgroep.⁸ Een tweede voorontwerp volgde in oktober 2022, deze keer ook geflankeerd door twee invoeringswetten, waaronder een fiscale.⁹ De val van het kabinet Rutte-IV heeft de invoering van een wetsvoorstel verder vertraagd en het is op het moment van het schrijven van deze bijdrage onduidelijk hoe hoog dit voorstel op het prioriteitenlijstje van een volgend kabinet zal komen.

Ondanks dat de drie voorstellen inhoudelijk zien op invoering van een Boek 7, Titel 13 BW, zijn ze inhoudelijk nogal verschillend. In deze korte bijdrage ga ik niet in op dit historische verloop. De bedoeling is vooral om aan te

⁴ Art. 7A:1655 BW en art. 15 e.v. KvK.

⁵ *Kamerstukken II* 2002/2003, 28746, nr. 2.

⁶ *Kamerstukken II* 2006/2007, 31065, nr. 2.

⁷ *Kamerstukken I* 2011/2012, 31065, nr. D.

⁸ Van Olffen c.s., Rapport van de werkgroep personenvennootschappen, 2016. Zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-793241.pdf>.

⁹ Zie voetnoot 3.

geven hoeveel tijd hier genomen is om gedegen wetgeving tot stand te brengen en ook om een voorbeeld te geven van intrekking van vergevorderde wetgeving. In het fiscale recht zijn we dit al bijna verleerd, waarbij de lang bevochten nieuwe fiscale pensioenwetgeving wellicht de uitzondering op de regel is dankzij de sterke verwevenheid met het civiele recht.

3. Transparantie: niet, geheel of gedeeltelijk?

Invoering van het ontwerp van Titel 13 zoals dat in 1989 voorlag zou zonder flankerende wetgeving geleid hebben tot vennootschapsbelastingplicht van openbare vennootschappen. Dat komt door de invoering van rechtspersoonlijkheid, aldus Arts en Walderveen. Zij stelden daarom 35 jaar geleden voor om fiscale transparantie in de wetgeving vast te leggen, behalve – zoals ook nu nog het geval is – voor de commanditaire vennoten in een open CV. (Voor de civilisten onder de lezers: de ‘open’ CV is sinds medio 1975 de fiscale aanduiding voor een CV waarbij voor toetreding en vervanging van commanditaire vennoten niet de toestemming van alle vennoten is vereist, afgezien van vererving en legatering.)¹⁰

Per 1 januari 2025 wordt in het fiscale recht de open CV na bijna 50 jaren te grave gedragen, nog voordat het nieuwe civielrechtelijke kader van de CV in kannen en kruiken is.¹¹ De keuze voor volledige fiscale transparantie lijkt er desondanks een te zijn voor de lange termijn, want volgens het Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen zal bij de voorgenomen invoering van Boek 7, Titel 13 BW gekozen worden voor fiscale transparantie na invoering van rechtspersoonlijkheid voor openbare vennootschappen.¹²

¹⁰ Zie art. 2, lid 3, sub c AWR en Arts/Walderveen (slot), blz. 66 (zie voetnoot 2).

¹¹ Artikel IX Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

¹² Art. 2, lid 1, sub e Wet Vpb 1969, volgens het Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen (zie noot 3).

4. Dag ‘maat’

Met het tweede voorontwerp wordt – net als in alle eerdere voorstellen – definitief afscheid genomen van de maatschap. Deze gaat op in de personenvennootschap. Een maatschap die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door de vennootschap gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt zal in de toekomst kwalificeren als openbare personenvennootschap.¹³ Bestaande maatschappen mogen in het handelsverkeer de term ‘maatschap’ blijven gebruik krachtens overgangsrecht.¹⁴ Indien de maatschap niet onder gezamenlijke naam is aangegaan en op die wijze deelneemt aan het maatschappelijke verkeer, zal na invoering van Boek 7, Titel 13 BW sprake zijn van een stille personenvennootschap. Hiervoor kan de term maatschap niet langer gebruikt worden.¹⁵

Met de maatschap zal ook de maat uit het spraakgebruik verdwijnen. De maat in een maatschap is al sinds de invoering van het nieuw BW aan te duiden als vennoot, maar de term ‘maat’ is al die jaren in het spraakgebruik blijven hangen. In het fiscale recht komt de term ‘maat’ nog verdoemd voor en volgens het Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen zou die term zelfs nog behouden blijven. Dit lijkt slechts een omissie en geen keuze uit nostalgische overwegingen.¹⁶

5. Afsluitende opmerkingen

Hans Arts hamert er altijd op dat het civiele en het fiscale recht onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn; iets wat in ons Maastrichtse

¹³ Art. 800, lid 2 Tweede voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen (hierna: Tweede voorontwerp). Bij deze derde poging is uiteindelijk de keuze gemaakt de nieuwe rechtsvorm als ‘personenvennootschap’ te betitelen in plaats van als ‘vennootschap’; dit komt het onderscheid met de kapitaalvennootschappen (BV/NV) ten goede en zal voor veel studenten de noodzakelijke helderheid scheppen.

¹⁴ Art. 218, lid 1 Overgangswet nieuw BW volgens het Voorontwerp Invoeringwet modernisering personenvennootschappen (hierna: Voorontwerp Overgangswet)

¹⁵ Art. 800, lid 3 Tweede voorontwerp en art. 218, lid 3 Voorontwerp Overgangswet. De stille personenvennootschap vormt een bijzondere gemeenschap met een afgezonderd vermogen, maar is zelf geen rechtspersoon onder het nieuwe recht.

¹⁶ Zie art. 33a, lid 3 Invorderingswet, ingevoerd in 2018.

onderwijs telkens terug blijft komen, ook na Hans' afscheid. Voor fundamentele wijzigingen zouden we in het fiscale recht een voorbeeld kunnen nemen aan het civiele recht en de tijd kunnen nemen; bij box 3 gebeurt dit nu al, maar dan vooral ingegeven door praktische overwegingen op IT- en AI-gebied.

Wellicht dat de ontwikkelingen op IT- en AI-gebied elkaar zodanig snel opvolgen dat we binnen enkele jaren van iedere rechtspersoon exact weten wie welk belang houdt in het vermogen en de bedrijfsresultaten. Dat is nu nog een utopie en qua informatie-uitwisseling en -veiligheid zeker niet zonder risico. Toch werd in 1989 ook zo gedacht over een UBO-register en massale, automatische uitwisseling van informatie tussen landen. Als we een andere manier vinden om door middel van maatwerk de uiteindelijke eigenaren van rechtspersonen naar draagkracht te belasten, dan is een vennootschapsbelasting wellicht niet eens meer nodig. Dat is het moment waarop de fiscale wettenbundel eindelijk weer in omvang kan afnemen, maar dat is een uitdaging voor een volgende generatie fiscalisten die in de voetsporen van Hans Arts mag treden.

HET FICTIEF REGULIER VOORDEEL IS IN STRIJD MET ART. 1 EP EVRM

Prof.mr. Gerard Meussen¹

1. Inleiding

Hans Arts gaat met pensioen. Hij zal er wellicht met gemengde gevoelens naar uitkijken. Enerzijds vervallen allerlei verplichtingen die samenhangen met een werkzaam leven, anderzijds maakt het afscheid van het universitaire leven misschien ook wat weemoedig. Ik heb Hans gedurende vele jaren leren kennen als een aimabel mens met een groot gevoel voor humor. Hij kan zich oprecht boos maken over onredelijke standpunten van belastinginspecteurs of over onredelijke wetgeving. Over dit laatste gaat deze bijdrage. Ik dank Hans oprecht voor alle goede contacten in zovele jaren, waarbij de belevenissen rondom enkele gemeenschappelijke buitenlandse congressen in het kader van de European Association of Tax Law Professors (EATLP), onder meer in München, mij nog helder voor de geest staan.

2. Het fictief regulier voordeel

Op 1 januari 2023 is na een lange aanlooperperiode dan uiteindelijk de ‘excessief lenen van de BV’-wetgeving in werking getreden.² Heeft de DGA op 31 december 2023 teveel geld geleend van de eigen BV, dan is er sprake van een zogenoemd fictief regulier voordeel. Een en ander is met name vastgelegd in art. 4.13, lid 1, letter f³ en art. 4.14a Wet IB 2001. De

¹ Emeritus hoogleraar belastingrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Officieel: Wet excessief lenen bij eigen vennootschap, wetsvoorstel nr. 35496.

³ “Tot de reguliere voordelen bedoeld in artikel 4.12, onderdeel a, behoren mede het bovenmatige deel van schulden die de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner rechte als wel in feite direct of indirect heeft bij vennootschappen waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft (het fictief regulier voordeel), waarbij onder schulden wordt verstaan: alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen.”

belastingplichtige wordt dit teveel geleende bedrag dan via een fictie geacht te hebben genoten als een fictieve dividenduitkering. Van een feitelijk genietingsmoment is uiteraard in het geheel geen sprake.

Al in de fase van de internetconsultatie heeft het wetsvoorstel veel kritiek ontmoet, vanuit diverse maatschappelijke geledingen. Er zijn door de wetgever wel enkele aanpassingen aangebracht die het geheel evenwichtiger hebben gemaakt, maar in de kern is de uiteindelijke wettekst hetzelfde gebleven. Opvallend is daarbij de hardvochtigheid waarmee de wettelijke regeling door het kabinet Rutte IV is doorgedrukt. Zo is bijvoorbeeld geen sprake van een tegenbewijsregeling, ook al is daar herhaaldelijk om gevraagd. De motivering daarvoor luidt als volgt:⁴ “Als deze leden een tegenbewijsregeling voor zakelijke schulden bedoelen, heeft het kabinet daarvoor niet gekozen. De grote mate waarin aanmerkelijkbelanghouders beschikken over financiële middelen die afkomstig zijn van zijn vennootschap, zonder dat daarover belasting is verschuldigd, is in de ogen van dit kabinet onwenselijk. Met uitzondering van bepaalde eigenwoningschulden en schulden die fiscaal zijn geherkwalificeerd, worden daarom alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen van de aanmerkelijkbelanghouder in aanmerking genomen. Gelet op het doel van de regeling is het soort leningen niet relevant. Daarom acht het kabinet het niet wenselijk om een tegenbewijsmogelijkheid op te nemen. Het ontbreken van een tegenbewijsregeling heeft tot gevolg dat aanmerkelijkbelanghouders niet onbelast excessief in privé kunnen beschikken over middelen uit de vennootschap, los van het doel waarvoor deze middelen worden aangewend of onder welke voorwaarden de lening is aangegaan. Daarnaast leidt een tegenbewijsregeling tot uitvoeringscomplexiteit voor de Belastingdienst en extra administratieve lasten bij belastingplichtigen.” Ofwel: de wetgever wil gewoon niet, waarbij met name pragmatische overwegingen ten faveure van de Belastingdienst prevaleren. Dit om de werklast van de Belastingdienst te verminderen.

⁴ Kamerstukken I 2022/2023, 35496, C, blz. 13.

Bovendien is de wettelijke regeling met ingang van 1 januari 2024⁵ nog verder aangescherpt. Het niet-bovenmatige schuldbedrag is bij amendement 36418, nr. 60 verlaagd van € 700.000 naar € 500.000.⁶ Ook in deze situatie is sprake van materieel terugwerkende kracht, aangezien een eerbiedigende werking voor bestaande leningen ontbreekt. Deze verlaging van het schuldbedrag is terug te voeren tot de omstandigheid om het niet doorgaan van de afschaffing van de giftenaftrek in de vennootschapsbelasting te financieren. Genoemd bedrag van € 500.000 wordt overigens niet geïndexeerd. Volgens de wetgever past het indexeren van het maximumbedrag van excessief lenen niet binnen de doelstelling van de betreffende wetgeving om het lenen van de eigen vennootschap te ontmoedigen.⁷

In Nederland heeft de wetgever, bij gebreke aan een Constitutioneel Gerechtshof,⁸ een zeer grote macht die alleen nog met een beroep op een Europees of internationaal verdrag te beteugelen is. Zoiets basaals als het draagkrachtbeginsel is in geen enkele wet te vinden. Enig belastingbeginsel ontbeert een wettelijke basis in Nederland. Dit is op zijn minst toch wel een hele curieuze omstandigheid.

Daar waar belastingplichtigen onder de nieuwe wettelijke regeling het bovenmatige deel van hun schuld aan de BV niet kunnen of willen aflossen, zal dit tot procedures leiden. En dan zal onvermijdelijk ook een beroep op art. 1 EP EVRM worden gedaan. Ik zal in deze bijdrage de vraag proberen te beantwoorden of een dergelijk beroep kans van slagen heeft.

⁵ Dit sorteert overigens pas effect op de eerstvolgende peildatum na invoering, zijnde 31 december 2024.

⁶ Het bedrag van € 500.000 is overigens gelijk aan het bedrag in het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel.

⁷ Vgl. Kamerstukken I, vergaderjaar 2023-2024, 36 418, F, blz. 22.

⁸ Vgl. G.T.K. Meussen, Een hiaat in de fiscale rechtsbescherming, NJB 2021/1885.

3. Een fictief inkomen daar waar er helemaal geen inkomen is

Zoals bekend overrult de nieuwe wettelijke regeling alle jurisprudentie van de Hoge Raad over de voorwaarden waaronder er bij een leenverhouding met de BV sprake is van een vermomde uitdeling van winst. Daar waar er feitelijk sprake is van een vermomde uitdeling van winst, heeft de wetgeving inzake het fictief regulier voordeel derhalve geen toegevoegde waarde, maar dat is uiteraard wel het geval in de situatie dat sprake is van volstrekt zakelijke leenverhoudingen.

Uitgangspunt voor de hierna te beschrijven problematiek is de situatie dat de directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) (omvangrijke) bedragen heeft geleend van zijn BV voor vastgoedfinanciering. Daarbij is sprake van een zakelijke leenverhouding met een zakelijk rentepercentage, een zakelijke wijze van aflossing en een zakelijke zekerheidstelling in de vorm van een eerste hypotheek. De financieringsvoorwaarden wijken niet af van de voorwaarden die in de bancaire sfeer worden gehanteerd. Van enige vorm van daadwerkelijk genoten inkomen in de vorm van een vermomde uitdeling van winst, kan in een dergelijk geval geen sprake zijn.

In het beroemde/beruchte Kerstarrest⁹ zet de Hoge Raad de voorwaarden voor de toepassing van art. 1 EP EVRM nog eens op een rijtje. Het heffen van belasting is een inmenging in het door art. 1 EP EVRM gewaarborgde recht op ongestoord genot van eigendom. Deze inmenging is in het algemeen gerechtvaardigd; de tweede alinea van deze bepaling voorziet in een uitzondering om de betaling van belastingen of andere heffingen te verzekeren. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) moet de inmenging wel 'lawful' zijn, een 'legitimate aim' dienen en een 'fair balance' tussen de belangen van het betrokken individu en het algemene belang respecteren.¹⁰ In dit krachtenveld komt aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toe.¹¹

⁹ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, NTFR 2022/37 (met annotatie J. Nieuwenhuizen).

¹⁰ Vgl. EHRM 5 januari 2000, Beyeler tegen Italië, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296.

¹¹ HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, NTFR 2019/1609 (met annotatie J. Nieuwenhuizen).

En over de verhouding tussen art. 1 EP EVRM en het discriminatieverbod van art. 14 EVRM merkt de Hoge Raad het volgende op (r.o. 3.2.2.): “Bij deze proportionaliteitstoets komt ook het in artikel 14 van het EVRM neergelegde discriminatieverbod in beeld. Van een stelsel dat onverenigbaar is met dit discriminatieverbod kan niet worden gezegd dat het de zojuist genoemde ‘fair balance’ respecteert. Ook hierbij komt aan de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid toe bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor de toepassing van deze bepalingen als gelijke gevallen moeten worden beschouwd en of, in het bevestigende geval, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen.”

Voorts merkt de Hoge Raad nog op (r.o. 3.3.4): “Ten aanzien van de exploitatie van vermogen geldt bovendien dat het recht op ongestoord genot van eigendom, verankerd in artikel 1 EP [EVRM], meebrengt dat de Staat zich niet ongelimiteerd mag mengen in de keuzes van een burger bij het gebruik of de exploitatie van zijn bezittingen.” Dit heeft dan mijns inziens evenzeer te gelden voor de wijze van financiering van het vermogen. Ook in dat verband heeft de burger/DGA een vrije keuze.

Inzake de box-3 problematiek en art. 1 EP EVRM gaat de discussie voortdurend over forfaitair rendement versus werkelijk rendement. Inherent aan belastingheffing is dat daarbij om uitvoeringstechnische redenen regelmatig gebruik wordt gemaakt van forfaits. Bijvoorbeeld omdat het uitvoeringstechnisch voor de Belastingdienst onmogelijk is om in alle gevallen bij belastingplichtigen het werkelijke rendement op hun vermogen vast te stellen. Alsdan kan door de wetgever gebruik worden gemaakt van een forfait. De vraag daarbij is dan vervolgens, indien het forfaitair bepaalde rendement in betekenende mate afwijkt van het werkelijke rendement, wanneer dit de toets der kritiek van art. 1 EP EVRM niet meer kan doorstaan. Een schending van EVRM-rechten kan volgens A-G Wattel¹² pas aangenomen worden als het feitelijke nettorendement significant lager is dan het wettelijke fictieve rendement op het gehele vermogen. Het zou de feitenrechtspraak zeer helpen, aldus de A-G, als de

¹² A-G Wattel bij HR 1 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:655, NTFR 2023/1857 (met annotatie E. Alink).

Hoge Raad die significantie kwantificeert, dus aangeeft in hoeverre zijn term ‘op rechtsherstel gerichte compensatie’ in het Kerstarrest een marge toelaat tussen heffing op basis van het werkelijke nettorendement en heffing op basis van het wettelijke rendement. Het is vooralsnog afwachten of de Hoge Raad met de suggestie van de A-G meegaat en die significantie inkleurt. Anders blijft het een beetje koffiedik kijken hoe die tolerantie­marge er uitziet.¹³

Bij de excessief lenen problematiek is iets geheel anders aan de orde. Het betreft een situatie die in die zin veel ingrijpender en voor de belastingplichtige veel harder en onvoorwaardelijker is dan de box-3 problematiek. Hier gaat het om een situatie waarbij volgens alle bestaande fiscale jurisprudentie, maar ook in civielrechtelijk opzicht, in het geheel geen sprake is van het genieten van inkomen. De fiscale wetgever kan wel denken dat de koninklijke weg is om eerst dividend uit te keren om dat vervolgens voor aankoop van vastgoed in privé aan te wenden, maar dat is nu eenmaal niet de realiteit. De aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid bij de BV, en daarmee de afwezigheid van fiscale transparantie van diezelfde BV, genereert nu eenmaal de mogelijkheid dat de BV geld kan uitlenen aan haar DGA.

4. Redengeving wetgever voor totstandkoming wettelijke regeling

4.1 Voorkomen langdurig belastinguitstel

Een van de redenen die door de wetgever is gegeven voor de introductie van de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap is het voorkomen van langdurig belastinguitstel. Dienaangaande is door de wetgever opgemerkt: "Een directeur-groootaandeelhouder heeft als aanmerkelijkbelanghouder nauwe verbondenheid met de vennootschap waarin hij aandelen houdt, waardoor hij de mogelijkheid heeft gelden te lenen van de eigen vennootschap in plaats van deze gelden als loon of dividend uit te laten keren, terwijl hij wel over de middelen beschikt. Door gelden te lenen kan

¹³ Na de arresten van de Hoge Raad van 6 en 14 juni 2024 weten we inmiddels dat er geen tolerantie­marge is.

de aanmerkelijkbelanghouder de belastingheffing over deze gelden langdurig uitstellen of in sommige gevallen zelfs afstellen. (...) Om dit belastinguitstel en mogelijke -afstel te voorkomen en terug te nemen is in het wetsvoorstel een maatregel tegen excessief lenen opgenomen.”¹⁴ Zoals hiervoor al weergegeven, kan dit argument niet worden aanvaard. Het ontkent immers het bestaan van de BV als afzonderlijke juridische entiteit met rechtspersoonlijkheid.

4.2 Voorkomen afstel van belastingheffing

In de memorie van toelichting wordt over het voorkomen van belastingafstel het volgende opgemerkt:

”Belastingafstel doet zich bijvoorbeeld voor op het moment dat een vordering op de aanmerkelijkbelanghouder – indirect – in de heffing zou moeten worden betrokken, maar deze belasting niet kan worden betaald. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de vennootschap failliet gaat en de aanmerkelijkbelanghouder geen middelen (meer) heeft om zijn schuld af te lossen. De vordering op de aanmerkelijkbelanghouder maakt in een dergelijk geval onderdeel uit van het vermogen van de vennootschap dat tot uiting kan komen in de liquidatie-uitkering als gevolg van het faillissement. Deze liquidatie-uitkering is in beginsel belast met inkomstenbelasting. Wanneer de aanmerkelijkbelanghouder zijn schuld niet kan terugbetalen, is de vordering van de vennootschap op de aanmerkelijkbelanghouder (nagenoeg) waardeloos. In dit geval wordt een liquidatie-uitkering niet of nauwelijks belast, omdat geen sprake is van een vermogensverschuiving. De aanmerkelijkbelanghouder verkrijgt namelijk als liquidatie-uitkering de (nagenoeg) waardeloze vordering. Hierdoor ontstaat belastingafstel. Door de heffing over een onttrekking in de vorm van een lening te vervroegen, wordt dit in beginsel voorkomen.”¹⁵

¹⁴ Kamerstukken II, 2019-2020, 35 496, nr. 3, p. 2.

¹⁵ Kamerstukken II, 2019-2020, 35 496, nr. 3, p. 5.

Ook dit kan in casu geen valide argument voor belastingheffing zijn, omdat er in de door mij geschetste situatie sprake is van een solide financiering van vastgoed door de DGA en het geen lening betreft die voortvloeit uit consumptieve bestedingen van de DGA. Er is daarbij dus geen risico dat er uiteindelijk bij de DGA in privé geen vermogen meer aanwezig is om de schuld aan de BV terug te betalen, waarbij in een dergelijke situatie de vaak in een zeer laat stadium opgelegde aanslag inkomstenbelasting inzake de aanmerkelijkbelangheffing door de fiscus oninbaar moet worden geleden wegens het ontbreken van verhaalsmogelijkheden. Het vastgoed van de DGA in privé biedt voldoende verhaal voor de BV om dit uit te winnen indien de DGA zou weigeren om zijn schuld aan de BV terug te betalen. De BV kan dan net als om het even welke willekeurige bancaire instelling overgaan tot de executoriale verkoop van het vastgoed op basis van het hypothecaire zekerheidsrecht.

5. De werkelijke reden voor deze wetswijziging

De werkelijke reden voor de wetswijziging ligt veeleer in de pragmatische hoek, te weten de personeelsproblemen bij de Belastingdienst. In een reguliere situatie is het de inspecteur die aannemelijk dient te maken in hoeverre er bij een lening verstrekt door de BV sprake is van een schijnlening,¹⁶ te weten de situatie dat de gelden de BV definitief hebben verlaten en de DGA deze gelden niet kan of wil terugbetalen aan de BV. Alsdan is er sprake van een vermomde uitdeling van winst. Dit impliceert tevens, met betrekking tot de bewijslastpositie, dat de inspecteur de feiten en omstandigheden moet stellen en boven water moet halen om aannemelijk te maken dat aan bovenvermelde voorwaarden wordt voldaan. Dit vereist een uitgebreid onderzoek naar de feiten en dit maakt het voor de inspecteur dus tot een tijdrovende en arbeidsintensieve aangelegenheid om met succes dit standpunt in te nemen.

Bovendien kan de belastingheffing slechts plaatsvinden, zeker in de sfeer van de inkomstenbelasting, in het jaar waarin de onttrekking feitelijk heeft plaatsgevonden. Een inactieve inspecteur loopt dus het risico om achter het net te vissen, omdat navordering in de inkomstenbelasting qua termijn

¹⁶ Vgl. HR 11 februari 1998, nr. 32 964, BNB 1998/98.

onder omstandigheden niet meer mogelijk is.¹⁷ Dit verklaart voor een belangrijk deel de emotionele opstelling van de wetgever. Ik zou de Wet excessief lenen van de BV met recht emotiewetgeving willen noemen. Die emotie leidt tot een rigoureuze opstelling van de wetgever, waarbij de spreekwoordelijke botte bijl wordt gehanteerd: dan moet het maar afgelopen zijn met alle leenverhoudingen van DGA's met hun BV boven een bedrag van (thans) € 500.000. Het is daarmee een vorm van rigide antimisbruikwetgeving geworden, die ten onrechte veel te makkelijk de goede en de slechte belastingplichtigen over één kam scheert. Hiermee hebben de goeden onterecht onder de kwaden te lijden.

Kijken we als een soort parallel naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU inzake de bestrijding van misbruik in relatie tot de verdragsvrijheden uit het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (VwEU), dan komt daaruit naar voren dat een anti-misbruikregel proportioneel moet zijn, en geschikt moet zijn om het beoogde doel te bereiken. Een te breed opgezette anti-misbruikbepaling waarbij de wetgever doelbewust ook niet-misbruikers treft, is in strijd met de Europeesrechtelijke verdragsvrijheden.¹⁸ Anders gezegd: de beperking van de verdragsvrijheid moet wel geschikt zijn om het betrokken doel te verwezenlijken en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dit doel.¹⁹ In het arrest Cadbury Schweppes heeft het Hof van Justitie beslist dat alleen een rechtvaardiging aanwezig kan worden geacht indien sprake is van volstrekt kunstmatige rechtshandelingen/constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied van de desbetreffende lidstaat. Dit is een enge uitleg van misbruik die past binnen het bevorderen van de interne markt en het wegnemen van belemmeringen.²⁰ De in het geding

¹⁷ Vgl. H.J. Meijer, Relatieve schijnleningen aan aandeelhouders, WFR 2015/918 alsmede H.J. Meijer, Nogmaals wegstrepen aandeelhoudersschulden, WFR 2018/170.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763, punt 35 en HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (Commissie v. Italië), ECLI:EU:C:2009:717, punt 57.

²⁰ HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes), ECLI:EU:C:2006:544.

zijnde regeling die misbruik veronderstelt, een fictieve vorm van inkomen introduceert en geen mogelijkheid van tegenbewijs toelaat, is om die reden per definitie disproportioneel.

6. Vervroeging van de belastingheffing

In de wet zijn uiteindelijk mechanismen opgenomen die dubbele belastingheffing voorkomen. Zo wordt het fictief regulier voordeel geheel of gedeeltelijk teruggenomen bij geheel of gedeeltelijke aflossing van de in het geding zijnde lening. Een en ander kan al dan niet plaatsvinden in de vorm van een negatief fictief regulier voordeel. Vergelijk in dit verband het gestelde in art. 4.14a, lid 1, letter b Wet IB 2001.

7. Andere gelijkluidende opvattingen in de literatuur

Scholman schrijft in dit verband terecht:²¹

”Het is duidelijk dat het fictieve reguliere voordeel van de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap geen daadwerkelijk genoten inkomen is en op geen enkele wijze draagkracht creëert. Het is theoretisch en illusoir en komt in de realiteit van de situatie niet voor.

Zo bezien is naar mijn mening de conclusie onontkoombaar dat de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap niet art. 1 EP EVRM -proof is. Met name de fictie dat het fictieve rendement van een in een ver verleden verstrekte lening geacht wordt genoten te zijn op 31 december 2023 lijkt toch wel een disproportionele heffing te zijn waardoor de belastingplichtige in strijd met art. 1 EP EVRM wordt geconfronteerd met een individuele en buitensporige last.”

Hetgeen Scholman memoreert is belangrijk in die zin, dat de wet *de facto* materieel oneindig terugwerkende kracht heeft. De wetgever heeft bewust niet voor een eerbiedigende werking van de wetswijziging gekozen. Dit betekent dat ook alle op 31 december 2023 bestaande leenverhoudingen

²¹ Opinie in TaxLive (<https://www.taxlive.nl/nl/documenten/opinie/columns/is-de-wet-excessief-lenen-bij-eigen-vennootschap-wel-art-1-ep-evrm-proof/>?)

door de nieuwe wettelijke regeling worden getroffen. En daarbij komen overigens ook alle bestaande vaststellingsovereenkomsten met de fiscus over deze leenverhoudingen te vervallen.

Van Strien²² meent dat een aanzienlijk risico bestaat op strijdigheid met art. 1 EP EVRM. Hij schrijft verder:²³

“De wetgever zou er mijns inziens daarom verstandig aan doen alsnog de scherpste randjes van de Wet excessief lenen af te halen, bijvoorbeeld door de introductie van een tegenbewijsregeling en de eerbiedigende werking van bestaande leningen.”

8. Uitleiding

In een situatie van solide vastgoedfinanciering door de BV ten behoeve van de DGA, is de wettelijke regeling inzake het fictief regulair voordeel naar mijn mening in strijd met art. 1 EP EVRM. Daarbij gaat het uiteindelijk om de ‘fair balance’ tussen de belangen van de individuele belastingplichtige en de budgettaire belangen van de staat. De door de wetgever te berde gebrachte beweegredenen voor deze wetgeving overtuigen niet. Langdurig uitstel van belastingheffing is inherent aan de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid bij het bestaan van de BV en het feit dat een dividenduitkering civielrechtelijk niet kan worden afgedwongen. Daartoe is immers een besluit van de algemene vergadering (van aandeelhouders) nodig.

Vanuit een economische benadering zou kunnen worden betoogd dat de in de BV aanwezige liquide middelen feitelijk zijn aangewend voor de aankoop van vastgoed in privé, en dat dit daarmee toch als een vorm van consumptie kan worden aangemerkt. Maar deze economische benadering stuit af op de omstandigheid dat er in juridische zin geen sprake is van enige vorm van genoten inkomen. Ook vanuit het draagkrachtbeginsel

²² Jeroen van Strien, ‘De Wet Excessief lenen bij eigen vennootschap; excessief wetgevingsgeweld’, *Ars Aequi*, oktober 2023, p. 738-742.

²³ *Ibid*, p. 740.

bezien, kan deze vorm van belastingheffing de toets der kritiek niet doorstaan.

Deze wetgeving is het toonbeeld van een situatie waarbij de wetgever eenzijdig te werk is gegaan en uitsluitend naar de belangen van de Nederlandse staat heeft gekeken. Dit fictief regulier voordeel creëert een vervroegde vorm van belastingheffing, die alleen maar is ingegeven door de budgettaire belangen van de staat. Het leidt tot hogere belastinginkomsten, daar waar vanuit civielrechtelijke optiek dividenduitkeringen door de wetgever niet kunnen worden afgedwongen.

De 'fair balance' benadering van de wetgever ontbreekt in deze situaties. Een DGA wordt door de wetgever op deze manier gedwongen om hetzij zijn vastgoed in privé via gedwongen dividenduitkeringen te financieren, hetzij een bancaire lening af te sluiten om daarmee dan de schuld aan de BV af te lossen. Daarmee maakt de Nederlandse wetgever een ongeoorloofde inbreuk op de eigendomsverhoudingen van een belastingplichtige alsmede op de vrije keuze die de belastingplichtige heeft in de wijze van financiering van zijn privé-bezittingen. Ook het ontbreken van enige vorm van eerbiedigend recht ten aanzien van op 31 december 2023 bestaande leenverhoudingen kan als disproportioneel worden aangemerkt. Daarmee heeft deze wetgeving materieel gezien immers oneindige terugwerkende kracht.

Uiteindelijk zal de Hoge Raad deze rechtsvraag moeten beantwoorden. De meeste belastingplichtigen zullen eieren voor hun geld hebben gekozen, en tot noodgedwongen aflossing van de in het geding zijnde geldleningen zijn overgegaan. Meer principiële belastingplichtigen, of belastingplichtigen die de betreffende wetgeving over het hoofd hebben gezien, zullen echter het gevecht met de fiscus aangaan. En dan zal ook de toepassing van art. 1 EP EVRM om de hoek komen kijken. Ik zou menen dat een dergelijk procedure, gezien het botte karakter van dit stukje wetgeving, een goede kans van slagen moet hebben.

DE ZWANENZANG VAN (DE COMPENSERENDE HEFFING VAN) ART. 10A WET VPB 1969?

Drs. Theo Poolen

1. Inleiding

In deze bijdrage zal ik de reikwijdte en betekenis van de compenserende heffingstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 nader verkennen. Ik zal de werking van de compenserende heffingstoets, alsmede de invloed van de - met ingang van 2022 – gewijzigde regels van verliesverrekening in de Wet Vpb 1969 op de compenserende heffingstoets, toelichten aan de hand van een aantal voorbeelden. Daarnaast zal ik kort enkele andere aspecten van de compenserende heffingstoets bespreken, daaronder begrepen de houdbaarheid en het bestaansrecht van de compenserende heffingstoets. Ik sluit af met een voorstel tot stroomlijning van de Wet Vpb 1969, waarbij ik ook nut en noodzaak van art. 10a Wet Vpb 1969 aan de orde stel.

Ik zal eerst in paragraaf 2 de voorgeschiedenis van art. 10a Wet Vpb 1969 schetsen.

2. Jurisprudentie inzake winstdrainage voor invoering art. 10a Wet Vpb 1969

In de Nederlandse wetgeving was de mogelijkheid tot aftrek van rente op schulden, in zowel de inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelasting, van oudsher als ruimhartig te kenschetsen. Zo was rente ter zake van schulden in de Wet IB 1964 lange tijd onbeperkt aftrekbaar. Dit gold niet alleen indien schulden werden aangegaan voor de verwerving van een eigen woning, doch ook in gevallen dat schulden werden aangegaan voor het financieren van een wereldreis of voor de aankoop van een auto. De Wet Vpb 1969 bevatte aanvankelijk geen enkele bepaling die de aftrek

van rente beperkte.¹ Dit leidde niet alleen tot excessieve financiering van ondernemingen met vreemd vermogen doch ook tot erosie van de belastinggrondslag. In de vennootschapsbelasting heeft de Belastingdienst de - in zijn ogen - ongewenste vormen van grondslagerosie bestreden met behulp van bijzondere rechtsmiddelen, aanvankelijk met richtige heffing en later met *fraus legis*. Ik noem in het bijzonder de arresten gepubliceerd in BNB 1989/217, BNB 1990/72, BNB 1993/194 t/m 197, BNB 1999/323 en BNB 1996/3 t/m 6. In deze winstdrainagejurisprudentie ging het om leningen, aangegaan bij een met belastingplichtige verbonden lichaam, die zijn opgeroepen door een ‘verhanging’ van een vennootschap binnen concern, door (schuldig gebleven) dividenduitkeringen of door (schuldig gebleven) stortingen van kapitaal.

De Hoge Raad oordeelde² dat indien een vennootschap haar onderneming financiert door schulden aan te gaan, de ter zake verschuldigde rente in beginsel aftrekbaar is op grond van art. 8, lid 1 Wet Vpb 1969, jo. art. 3.8 Wet IB 2001.³ Dit geldt ook voor rente die is verschuldigd op leningen die zijn verstrekt in concernverband door verbonden lichamen, zoals aandeelhouders. Dit is anders als belastingverijdeling het doorslaggevende motief is en de belastingplichtige in strijd komt met doel en strekking van de wet. Van dit laatste is sprake indien de omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen geen wezenlijke verandering heeft gebracht in de vermogenspositie, en evenmin in het belang of de zeggenschap. Dit houdt in dat de lening niet ertoe strekt bij te dragen in de financiering van de onderneming van belastingplichtige en dat de verschuldigde rente geen verband houdt met de uitoefening van de onderneming. Deze gekunstelde omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen zou ertoe leiden dat een belastingplichtige tot aanzienlijke bedragen rente in aftrek zou kunnen brengen en aldus de heffing van vennootschapsbelasting geheel of gedeeltelijk zou kunnen vrijdelen. Door

¹ Ik abstraheer hier van de regeling in art. 13, lid 4 (oud) Wet Vpb 1969 in de pre-Bosal periode waarin rente verschuldigd op leningen die samenhangen met de verwerving van een buitenlandse deelneming niet aftrekbaar was.

² Zie bijvoorbeeld HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217; HR 7 juni 1989, nr. 24 379, BNB 1990/72.

³ Tot 2001 art. 7 Wet IB 1964, vanaf 2001 art. 3.8 Wet IB 2001.

dit bij herhaling te doen zou de belastingheffing naar willekeur kunnen worden verijdelde.

Teneinde deze renteaftrek te kunnen bestrijden diende de inspecteur wel bijzondere rechtsmiddelen in te zetten, aanvankelijk richtige heffing en later *fraus legis*. De reguliere methoden van wetstoepassing schoten tekort. Erosie van de Nederlandse belastinggrondslag door het creëren van rentestromen naar laag belastende jurisdicties (tax havens), zonder meer dan bijkomstige niet-fiscale motieven, werd op deze wijze voorkomen. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan ingeval van reële belastingheffing over de rentebate bij de crediteur - de zogenoemde compenserende heffing - nimmer sprake zijn van strijd met doel en strekking van de wet. Het feit dat bij de crediteur tegenover de rentebate te verrekenen verliezen staan doet daar niet aan af. Slechts indien sprake is van ‘gekochte’ verliezen kan strijd met doel en strekking van de wet ontstaan.⁴ Van ‘gekochte’ verliezen is sprake indien de verliezen niet zijn geleden in een periode waarin deze ten laste van de huidige aandeelhouders van de debiteur zijn gekomen. Van ‘gekochte’ verliezen is geen sprake indien de verliezen weliswaar niet ten laste van de huidige aandeelhouders van de debiteur zijn gekomen, maar zijn opgekomen uit een bestaande onderneming die door de huidige aandeelhouders wordt voortgezet.⁵

3. Art. 10a Wet Vpb 1969

3.1 Aftrekbeperking met tegenbewijsregeling ingevolge art. 10a Wet Vpb 1969

In 1997⁶ is art. 10a Wet Vpb 1969 ingevoerd. Dit was de eerste wettelijke bepaling in de Wet Vpb 1969 die de aftrek van rente beperkte.⁷ Nadien

⁴ HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196.

⁵ HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323.

⁶ Art. 10a Wet Vpb 1969 is in werking getreden met ingang van 24 december 1996 en vindt voor het eerst toepassing over het boekjaar dat aanvangt op of na 24 december 1996.

⁷ Ik abstraheer hier van de regeling in art. 13, lid 4 (oud) Wet Vpb 1969 in de pre-Bosal periode waarin rente verschuldigd op leningen die samenhangen met de verwerving van een buitenlandse deelneming niet aftrekbaar was.

zouden nog zeven bepalingen worden ingevoerd die de aftrek van rente verder zouden beperken, te weten art. 8b, art. 8bb, art. 8c, art. 10b, art. 12aa, art. 15b en art. 15be Wet Vpb 1969.

Op grond van art. 10a, lid 1 Wet Vpb 1969⁸ is de rente op schulden aan een verbonden lichaam of aan een verbonden natuurlijk persoon niet aftrekbaar indien die schulden verband houden met de volgende rechtshandelingen:

1. Een winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal aan een met belastingplichtige verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;
2. Een kapitaalstorting in een met belastingplichtige verbonden lichaam;
3. De verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding van het belang met belastingplichtige verbonden is.

De genoemde rechtshandelingen kunnen zowel worden verricht door de belastingplichtige als door een met de belastingplichtige verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon.⁹

Indien de verschuldigde rente ingevolge art. 10a, lid 1 Wet Vpb 1969 niet aftrekbaar is, kan deze toch in aftrek worden gebracht indien wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3 Wet Vpb 1969. Een beroep op de tegenbewijsregeling slaagt indien ofwel aan de dubbele zakelijkheidstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel a Wet Vpb 1969 of aan de compenserende heffingstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 wordt voldaan. Aan de dubbele zakelijkheidstoets wordt voldaan indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat zowel aan de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Aan de compenserende

⁸ Tenzij expliciet anders vermeld ga ik uit van de tekst van art. 10a Wet Vpb 1969 zoals deze op 1 januari 2024 luidt.

⁹ De definities van een verbonden lichaam en verbonden natuurlijk persoon zijn opgenomen in art. 10a, lid 4 en lid 5 Wet Vpb 1969.

heffingstoets wordt voldaan indien bij de crediteur sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.

Hierna zal ik nader ingaan op de compenserende heffingstoets.

3.2 De compenserende heffingstoets

Aan de compenserende heffingstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 wordt voldaan indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat bij de crediteur per saldo een belastingheffing over de rente plaatsvindt die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. De term ‘per saldo’ impliceert dat de combinatie van tarief en grondslag tot een effectieve belastingdruk over de rente leidt die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Deze toets dient jaarlijks plaats te vinden. Nadat de wetgever jarenlang categorisch weigerde om de zinsnede ‘naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing’ nader in te vullen en te kwantificeren ging de wetgever in 2007 overstag. In de wettekst van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 werd - in de laatste volzin - opgenomen dat de belastingheffing naar Nederlandse maatstaven redelijk is indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst.¹⁰

Uit de in paragraaf 2 genoemde winstdrainagejurisprudentie vloeit voort dat bij aanwezigheid van te verrekenen verliezen de rente - naar het oordeel van de Hoge Raad - slechts in aftrek wordt beperkt indien de belastbare rentebate bij de crediteur wegvalt tegen ‘gekochte’ verliezen. Art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 bepaalt echter dat niet aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan indien sprake is van verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken¹¹ uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan, waardoor over

¹⁰ Bij deze toets blijft de toepassing van de innovatiebox (art. 12b Wet Vpb 1969) buiten beschouwing.

¹¹ Bij andersoortige aanspraken moet worden gedacht aan bronheffingen en dergelijke. Ten tijde van de invoering van art. 10a Wet Vpb 1969 hingen in het Verenigd Koninkrijk miljarden ponden aan te verrekenen Advance Corporation Tax (ACT) boven de markt. Op grond van de winstdrainagejurisprudentie waren de aanwezigheid van te verrekenen ACT bij de crediteur alsmede ‘eigen’ compensabele verliezen niet prohibitief voor renteaftrek. Naar verluidt was de wetgever bevreesd dat dit verrekeningspotentieel zou leiden tot grondslag eroderende constructies met renteaftrek in Nederland.

de rentebate bij de crediteur per saldo geen heffing plaatsvindt die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Derhalve verhindert niet alleen de aanwezigheid van ‘gekochte’ verliezen, doch ook de aanwezigheid van ‘eigen’ - met de belastbare rentebate - te verrekenen verliezen bij de crediteur, dat wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets.

In de wetsgeschiedenis is niet of nauwelijks toegelicht in hoeverre te verrekenen verliezen prohibitief zijn voor het voldoen aan de compenserende heffingstoets. Het lijkt evident dat in gevallen waarin de te verrekenen verliezen bij de crediteur maar een fractie bedragen van de belastbare rentebate voldaan wordt aan de compenserende heffingstoets. Mijns inziens is dit af te leiden uit de wettekst in de term ‘per saldo’. Bij aanwezigheid van te verrekenen verliezen uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan, is immers op grond van de wettekst van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969 vereist dat ‘per saldo’ een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing plaatsvindt over de rentebate bij de crediteur. Aan de hand van een aantal voorbeelden zal ik de contouren van de compenserende heffingstoets trachten te verkennen.

3.2.1 Voorbeelden toepassing compenserende heffingstoets met crediteur in buitenland

In de hierna te bespreken voorbeelden ga ik uit van een crediteur (M BV) die in het buitenland is gevestigd, in een jurisdictie waar de winstbelasting 25% bedraagt. De in de voorbeelden vermelde bedragen aan te verrekenen verliezen¹² kunnen zonder temporisering verrekend worden. M BV houdt alle aandelen in D BV. De debiteur D BV, die in Nederland is gevestigd, is € 10.000.000 rente verschuldigd op een schuld die verband houdt met een dividenduitkering.

¹² Hierbij ga ik ervanuit dat de te verrekenen verliezen afkomstig zijn uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is ontstaan.

Voorbeeld 1

Stel dat M BV op het moment van aangaan van de lening € 100.000 te verrekenen verliezen heeft. Naast de rentebate is er overigens geen belastbare winst.

Het belastbare bedrag van M BV is dan € 10.000.000 -/- € 100.000 = € 9.900.000.

De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt $25\% \times € 9.900.000 = € 2.475.000$. De belastingdruk op de rentebate bedraagt derhalve 24,75%. Dit is een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing. Aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan.

De verschuldigde rente ten bedrage van € 10.000.000 is derhalve volledig aftrekbaar.¹³

Voorbeeld 2

Stel dat M BV op het moment van aangaan van de lening € 6.000.000 te verrekenen verliezen heeft. Naast de rentebate is er overigens geen belastbare winst.

Het belastbare bedrag van M BV is dan € 10.000.000 -/- € 6.000.000 = € 4.000.000.

De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt $25\% \times € 4.000.000 = € 1.000.000$. De belastingdruk op de rentebate bedraagt derhalve 10%. Dit is een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing. Aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan.

¹³ De inspecteur kan echter aannemelijk maken dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken die in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan of dat aan de aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Indien de inspecteur slaagt in de op hem rustende bewijslast is de rente niet aftrekbaar ondanks de aanwezigheid van een compenserende heffing. In dit voorbeeld en de overige voorbeelden laat ik dit aspect buiten beschouwing.

De verschuldigde rente ten bedrage van € 10.000.000 is volledig aftrekbaar.

Voorbeeld 3

Stel dat M BV op het moment van aangaan van de lening € 8.000.000 te verrekenen verliezen heeft. Naast de rentebate is er overigens geen belastbare winst.

Het belastbare bedrag van M BV is dan € 10.000.000 -/- € 8.000.000 = € 2.000.000.

De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt $25\% \times € 2.000.000 = € 500.000$. De belastingdruk op de rentebate bedraagt derhalve 5%.

Dit leidt niet tot een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing over de rentebate bij de crediteur. Aan de compenserende heffingstoets wordt derhalve niet voldaan. Mijns inziens leidt dit ertoe dat de totale verschuldigde rente ten bedrage van € 10.000.000 niet aftrekbaar is bij D BV.

Naar mijn mening gaat de wettelijke systematiek uit van een alles-of-niets-benadering. Ofwel is sprake van een compenserende heffing, ofwel er is geen compenserende heffing. Een ‘beetje compenserende heffing’ bestaat niet. De wettekst spreekt niet van ‘indien en voor zover’. Overigens past ook de Hoge Raad geen ‘indien en voor zover’-benadering toe als in het vestigingsland van de crediteur enige vorm van belastingheffing plaatsvindt over de rentebate. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat indien aan de voorwaarden van de aftrekbeperking van art. 10a Wet Vpb 1969 wordt voldaan de totale verschuldigde rente niet aftrekbaar is, ook al vindt bijvoorbeeld in het vestigingsland van de crediteur een heffing van 9% over de rentebate plaats.¹⁴

¹⁴ Zie HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137.

Indien niet 'in overwegende mate zakelijke overwegingen' ten grondslag liggen aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling en tevens de belastingdruk over de rentebate bij de crediteur minder¹⁵ dan 10% bedraagt is er een onweerlegbaar wettelijk rechtsvermoeden van oneigenlijke erosie van de belastinggrondslag bij de debiteur. Dit leidt er mijns inziens toe dat de totale verschuldigde rente niet aftrekbaar is.

De staatssecretaris lijkt in een Beleidsbesluit¹⁶ voor een andere benaderingswijze te kiezen. De staatssecretaris is van mening dat er volgens de wettekst geen compenserende heffing is als de rentebaten bij de ontvanger slechts voor een deel effectief onderworpen zijn aan een belasting naar de winst. De staatssecretaris keurt echter goed dat de betaalde rente desondanks voor een deel in aftrek komt, namelijk voor zover over de corresponderende rentebate sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing in de zin van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969. De staatssecretaris stelt als voorwaarde voor zijn goedkeuring dat belastingplichtige jaarlijks aantoonst dat de belasting over dat deel van de rentebaten daadwerkelijk is betaald en dat belastingverdragen noch andere regelingen ter voorkoming van dubbele belasting of andersoortige aanspraken verder afbreuk doen aan de heffing over dat deel van de rentebaten. Toegespitst op de gegeven voorbeelden betekent dit dat in de visie van de staatssecretaris de aftrek van de verschuldigde rente ten bedrage van € 10.000.000 als volgt plaatsvindt. In Voorbeeld 1 is € 9.900.000 aftrekbaar, in Voorbeeld 2: € 4.000.000 en in Voorbeeld 3: € 2.000.000. Ik ben van mening dat op grond van het wettelijk stelsel zowel in Voorbeeld 1 als in Voorbeeld 2, € 10.000.000 rente aftrekbaar is. Naar mijn mening kan - op basis van de wet - in Voorbeeld 3 geen sprake zijn van enigerlei aftrek. Belastingplichtigen kunnen zich in

¹⁵ Indien de belastingdruk over de rentebate ten minste 10% bedraagt dan is het wettelijk rechtsvermoeden dat geen oneigenlijke erosie van de belastinggrondslag plaatsvindt. Dit wettelijk rechtsvermoeden is echter weerlegbaar door de inspecteur. De inspecteur dient dan aannemelijk te maken dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken die in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan of dat aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet 'in overwegende mate zakelijke overwegingen' ten grondslag liggen.

¹⁶ Zie het Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, paragraaf 4.3.1.

Voorbeeld 3 echter beroepen op de goedkeuring van de staatssecretaris en gebruik maken van de geboden aftrekmogelijkheid van € 2.000.000.

De vraag dringt zich op hoe de beoordeling van de compenserende heffingstoets dient plaats te vinden indien naast de rentebate nog overige belastbare winst aanwezig is bij de crediteur. Mijns inziens dient in dat geval een vergelijking te worden gemaakt tussen de verschuldigde belasting over het belastbare bedrag inclusief en exclusief de rentebate. Het verschil in verschuldigde belasting is toe te rekenen aan de rentebate.¹⁷ Indien dit verschil in verschuldigde belasting ten minste 10% van de rentebate bedraagt is mijns inziens sprake van een compenserende heffing.¹⁸ In de in paragraaf 3.2.2 te bespreken voorbeelden 5 en 6 zal ik mijn visie cijfermatig toelichten.

3.2.2. Invloed van het in 2022 gewijzigde stelsel van verliesverrekening op de compenserende heffingstoets

Met ingang van 2022 is het stelsel van verliesverrekening in de Wet Vpb 1969 gewijzigd. De verrekening van verliezen is getemporiseerd. Ingevolge art. 20, lid 2 Wet Vpb 1969 vindt verliesverrekening slechts plaats tot een bedrag van € 1.000.000 vermeerderd met 50% van (belastbare winst +/- € 1.000.000). De verliezen die in een jaar niet verrekend kunnen worden, zijn verrekenbaar met toekomstige belastbare winsten, zonder beperking in de tijd (onbeperkte carry forward).

Aan de hand van een aantal voorbeelden zal ik trachten aan te geven wat de invloed is van het vanaf 2022 in Nederland geldende stelsel van verliesverrekening op de compenserende heffingstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vpb 1969. De uitgangssituatie is dezelfde als in de voorbeelden in paragraaf 3.2.1 met M BV en D BV, waarbij D BV een

¹⁷ Indien tegenover de rentebate (rente)kosten staan dienen deze te worden geëlimineerd in de vergelijking, tenzij het pure doorstroomsituaties betreft. Zie ook O.C.R. Marres Winstdrainage door renteaftrek, FM 113, 2020 paragraaf 5.13.4; Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8, pag. 80.

¹⁸ In gelijke zin O.C.R. Marres, Winstdrainage door renteaftrek, FM 113, 2020 paragraaf 5.13.7. Men zou kunnen betogen dat de te verrekenen verliezen bij voorrang dienen te worden toegerekend aan de rentebate of pro rata dienen te worden toegerekend aan de rentebate en de overige belastbare winst. Ik deel die zienswijzen niet, aangezien het weinig zin heeft om op kunstmatige wijze rentestromen op gang te brengen indien de te verrekenen verliezen reeds afgezet kunnen worden tegen overige belastbare winst. Van oneigenlijke erosie van de belastinggrondslag kan alsdan geen sprake zijn.

dividenduitkering schuldig is gebleven aan M BV. In afwijking van de eerder gegeven voorbeelden is M BV nu in Nederland gevestigd. De lening is verstrekt op 1 januari 2023.

Voorbeeld 4

Stel dat M BV op het moment van aangaan van de lening € 12.000.000 te verrekenen verliezen uit eerdere jaren heeft. D BV is over het boekjaar 2023 € 6.000.000 rente verschuldigd aan M BV. Naast de rentebate is er overigens geen belastbare winst bij M BV. De beschikbare ruimte voor verliesverrekening bij M BV bedraagt € 1.000.000 + 50% van (€ 6.000.000 -/- € 1.000.000) = € 3.500.000.

Het belastbare bedrag 2023 van M BV is dan € 6.000.000 -/- € 3.500.000 = € 2.500.000.

De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt $19\% \times € 200.000 + 25,8\% \times € 2.300.000 = € 631.400$. De belastingdruk op de rentebate bedraagt derhalve 10,52%. Dit is een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing. Aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan.

De verschuldigde rente ten bedrage van € 6.000.000 is derhalve volledig aftrekbaar bij D BV.

Voorbeeld 5

Stel dat M BV op het moment van aangaan van de lening € 12.000.000 te verrekenen verliezen uit eerdere jaren heeft. D BV is over het boekjaar 2023 € 100.000 rente verschuldigd aan M BV. Naast de rentebate bedraagt de overige belastbare winst bij M BV € 1.400.000. De belastbare winst van M BV bedraagt derhalve € 1.500.000. De beschikbare ruimte voor verliesverrekening bij M BV bedraagt € 1.000.000 + 50% van (€ 1.500.000 -/- € 1.000.000) = € 1.250.000.

Het belastbare bedrag 2023 van M BV is dan € 1.500.000 -/- € 1.250.000 = € 250.000.

De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt $19\% \times € 200.000 + 25,8\% \times € 50.000 = € 50.900$. Zonder de rentebate zou de belastbare winst van M BV € 1.400.000 bedragen. Na verliesverrekening leidt dit tot een belastbaar bedrag van € 200.000. De hierover verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt € 38.000. De rentebate leidt dus tot een additionele vennootschapsbelastinglast van € 12.900. De belastingdruk op de rentebate bedraagt derhalve 12,9%. Dit is een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing. Aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan.

De verschuldigde rente ten bedrage van € 100.000 is volledig aftrekbaar bij D BV.

Voorbeeld 6

Stel dat M BV op het moment van aangaan van de lening € 12.000.000 te verrekenen verliezen uit eerdere jaren heeft. D BV is over het boekjaar 2023 € 10.000 rente verschuldigd aan M BV. Naast de rentebate bedraagt de overige belastbare winst bij M BV € 1.400.000. De belastbare winst van M BV bedraagt derhalve € 1.410.000. De beschikbare ruimte voor verliesverrekening bij M BV bedraagt € 1.000.000 + 50% (€ 1.410.000 -/- € 1.000.000) = € 1.205.000.

Het belastbare bedrag 2023 van M BV is dan € 1.410.000 -/- € 1.205.000 = € 205.000.

De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt $19\% \times € 200.000 + 25,8\% \times € 5.000 = € 39.290$. Zonder de rentebate zou de belastbare winst van M BV € 1.400.000 bedragen. Na verliesverrekening leidt dit tot een belastbaar bedrag van € 200.000. De hierover verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt € 38.000. De rentebate leidt dus tot een additionele vennootschapsbelastinglast van € 1.290. De belastingdruk op de rentebate bedraagt derhalve 12,9%. Dit is een naar Nederlandse

maatstaven redelijke belastingheffing. Aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan.

De verschuldigde rente ten bedrage van € 10.000 is volledig aftrekbaar bij D BV.

Zoals eerder aangegeven¹⁹ was het uitgangspunt in de gegeven voorbeelden uit de winstdrainage-jurisprudentie dat de te verrekenen verliezen reeds aanwezig waren bij de crediteur op het moment van het verstrekken van de lening aan de debiteur. Indien op het moment van aangaan van de schuld door de debiteur geen te verrekenen verliezen aanwezig zijn bij de crediteur of de te verrekenen verliezen niet verhinderen dat sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing is de renteaftrek nog niet zeker gesteld. Indien de inspecteur namelijk aannemelijk maakt dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken die in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan, is de rente alsnog niet aftrekbaar. Ook op dit punt is nauwelijks toelichting te vinden in de wetsgeschiedenis. Ik neem aan dat de bedoelde verliezen waarop geanticipeerd wordt van zodanige omvang moeten zijn dat deze ertoe leiden dat de heffing over de rentebate per saldo minder dan 10% bedraagt.²⁰

3.2.3 Conclusies compenserende heffingstoets binnen Nederland

Indien zowel de debiteur als de crediteur in Nederland is gevestigd kan het volgende worden geconcludeerd:

1. Als de crediteur naast de rentebate verder geen belastbare winst heeft, is in ieder geval sprake van een compenserende heffing

¹⁹ Zie voetnoot 5.

²⁰ De inspecteur kan de renteaftrek alsnog met succes bestrijden, ondanks het feit dat een compenserende heffing aanwezig is, indien hij aannemelijk dat aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

indien de verschuldigde rente € 6.000.000²¹ of hoger is, ongeacht het hoogte van het bedrag van de te verrekenen verliezen.

2. Als de crediteur naast de rentebate een belastbare winst van tenminste € 1.400.000²² behaalt, is ongeacht de hoogte van het bedrag van de verschuldigde rente en ongeacht de hoogte van het bedrag van de te verrekenen verliezen in alle gevallen sprake van een compenserende heffing.
3. Indien de te verrekenen verliezen lager zijn dan de belastbare winst is reeds bij lagere bedragen dan bij de onder 1 en 2 genoemde bedragen sprake van een compenserende heffing.²³
4. Waar vóór 2022 met name de aanwezigheid van te verrekenen verliezen²⁴ zou kunnen verhinderen dat in de zuiver binnenlandse situatie sprake is van een compenserende heffing is dit vanaf 2023 nog slechts het geval indien het gaat om relatief kleine belangen. In geval van grotere belangen - wat betreft verschuldigde rente of overige belastbare winst bij de crediteur - zal in zuiver binnenlandse situaties steeds een compenserende heffing aanwezig zijn.

De compenserende heffingstoets leidt aldus tot ongerijmdheden in de zuiver binnenlandse situatie. Het lijkt moeilijk verdedigbaar dat slechts de 'kleinere' belastingplichtigen worden getroffen door de niet aftrekbaarheid van rente terwijl de 'grotere' belastingplichtigen vrijuit gaan.

²¹ Dit bedrag is naar boven afgerond. Het exacte bedrag is iets lager.

²² Dit bedrag is naar boven afgerond. Het exacte bedrag is iets lager.

²³ Ik zal dit niet nader kwantificeren.

²⁴ Een andere situatie waarin in zuiver binnenlandse verhoudingen geen sprake is van een compenserende heffing zou zich kunnen voordoen indien een verband aanwezig is tussen een besmette rechtshandeling in de zin van art. 10a, lid 1 Wet Vpb 1969 en een lening van een verbonden lichaam dat niet-belastingplichtig is.

3.2.4 Europeesrechtelijke aspecten van de compenserende heffingstoets

De compenserende heffingstoets lijkt nog slechts problemen op te kunnen leveren voor belastingplichtigen indien de crediteur in het buitenland is gevestigd. Dit kan spanningen oproepen met de Europeesrechtelijke verkeersvrijheden. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld 7

In dit voorbeeld wordt voortgeborduurd op Voorbeeld 4 met dien verstande dat anders dan in Voorbeeld 4 M BV in een EU-lidstaat is gevestigd, niet zijnde Nederland. Het vennootschapsbelasting tarief in die andere EU-lidstaat bedraagt 25%. M BV heeft op het moment van aangaan van de lening (1 januari 2023) € 12.000.000 te verrekenen verliezen uit een eerder jaar. D BV is jaarlijks € 6.000.000 rente verschuldigd aan M BV. De looptijd van de lening is vier jaar. Naast de rentebate is er overigens geen belastbare winst bij M BV. In het land van vestiging van M BV geldt voor de verrekening van verliezen het stelsel zonder temporisering zoals Nederland dat vóór 2022 kende.

Het belastbare bedrag 2023 en 2024 van M BV is dan € 6.000.000 -/- € 6.000.000 = 0.

Aangezien geen vennootschapsbelasting is verschuldigd, vindt er geen naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing plaats bij M BV over de rentebate in 2023 en 2024. Over de jaren 2023 en 2024 kan geen aftrek van rente plaatsvinden bij D BV. In 2025 en 2026 vindt geen verrekening van verliezen meer plaats bij M BV. Geconcludeerd kan worden dat in 2025 en 2026 sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing over de rentebate bij de crediteur. In laatstgenoemde twee jaar is de verschuldigde rente ten bedrage van € 6.000.000 volledig aftrekbaar bij D BV.

Indien M BV in Nederland zou zijn gevestigd zou de rente op de lening gedurende de gehele looptijd aftrekbaar zijn. Ik verwijs naar de uitwerking in Voorbeeld 4. Nu M BV in een ander EU-land is gevestigd, is de rente gedurende de helft van de looptijd van de lening niet aftrekbaar, terwijl op het einde van de looptijd van de lening in beide situaties alle te verrekenen verliezen zijn verrekend met de rentebaten. Nu de verliesverrekening in Nederland getemporiseerd is, is in de zuiver Nederlandse situatie in alle jaren een compenserende heffing aanwezig.

Het lijkt aannemelijk dat in de casus van Voorbeeld 7 sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging. De vraag dringt zich dan op of er rechtvaardigingsgronden zijn. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat art. 10a Wet Vpb 1969 gedragingen wil verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.²⁵ Belastingplichtige heeft echter de mogelijkheid aannemelijk te maken dat geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit. Naar de mening van de Hoge Raad rechtvaardigt de op deze wijze vormgegeven misbruikbestrijding een belemmering. Tot nu toe heeft de Hoge Raad art. 10a Wet Vpb 1969 vanuit Europeesrechtelijk perspectief gesauveerd. De vraag dringt zich op of de Hoge Raad anders zou oordelen in de casus van Voorbeeld 7. Indien het land van vestiging van de crediteur de te verrekenen verliezen op dezelfde wijze zou temporiseren als Nederland dan zou belastingplichtige zich met succes op de tegenbewijsregeling kunnen beroepen. Nu het land van vestiging van de crediteur een ander systeem van verliesverrekening hanteert dat over de gehele looptijd van de lening - vergeleken met de binnenlandse situatie - niet leidt tot een hogere verrekening van verliezen met de rentebaten, slaagt belastingplichtige niet in het door hem te leveren tegenbewijs. De rente is dan gedurende de helft van de looptijd van de lening niet aftrekbaar, terwijl in de zuiver

²⁵ Zie HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137. Deze lijn is bevestigd in latere jurisprudentie.

binnenlandse situatie de renteaftrek op generlei wijze wordt beperkt. Dit wringt!

Nieuweboer heeft gewezen op de problematische verdeling van de bewijslast die besloten ligt in art. 10a Wet Vpb 1969.²⁶ Hij merkt - mijns inziens terecht - op dat uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat een algemeen vermoeden van misbruik geen rechtvaardiging kan vormen die afdoet aan de uitoefening van de verkeersvrijheden. De inspecteur dient voor het concrete geval aannemelijk te maken dat, rekening houdend met de transactie als geheel, aan de rechtshandeling en schuld anti-fiscale overwegingen ten grondslag liggen, aldus Nieuweboer.²⁷

In het kader van deze bijdrage volsta ik met deze observaties.

3.2.5 Invloed van de Wet minimumbelasting 2024 op de compenserende heffingstoets

De Wet minimumbelasting 2024 is per 31 december 2023 in werking getreden. Deze wet is de implementatie van een EU-richtlijn²⁸ tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing voor groepen van multinationale ondernemingen en omvangrijke binnenlandse groepen in de EU. Deze richtlijn is een implementatie van Pijler 2 van de OESO.²⁹ Doel van deze regelgeving is om bij multinationale groepen met een geconsolideerde groepsomzet van € 750.000.000 of meer een effectieve belastingdruk van ten minste 15% te bewerkstelligen. Indien deze effectieve belastingdruk in een jurisdictie lager is dan 15% dient bijheffing plaats te vinden.³⁰

Het komt mij voor dat na wereldwijde implementatie van deze regelgeving in beginsel steeds voldaan zal zijn aan de compenserende heffingstoets. De

²⁶ M. Nieuweboer, Concernfinanciering en winstdrainage TFO2023/188.2.

²⁷ M. Nieuweboer, Concernfinanciering en winstdrainage TFO2023/188.2, paragraaf 4.2.

²⁸ Richtlijn 2022/2523 van de Raad van 14 december 2022.

²⁹ Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy-Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), OECD (2021).

³⁰ Ik ga in dit kader niet in op de vraag hoe, wanneer en bij wie deze bijheffing dient plaats te vinden.

wetgever lijkt hier anders over te denken. Hoewel de mogelijkheid daartoe bestond, heeft de wetgever er niet voor gekozen om de richtlijnbepalingen te implementeren in de Wet Vpb 1969. De wetgever heeft ervoor gekozen om de implementatie in de nationale wetgeving vorm te geven in een afzonderlijke heffingswet. In het concept wetsvoorstel wordt gesteld dat de bijheffing op grond van de Pijler 2-maatregelen niet is aan te merken als een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing voor de toepassing van de Wet Vpb 1969.³¹ Indien de Pijler 2-maatregelen in bepaalde landen wel in de reguliere winstbelastingwetgeving zijn geïmplementeerd lijkt mij het standpunt van de wetgever, dat de bijheffing niet is aan te merken als een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing, in ieder geval niet houdbaar.

3.2.6 De materiële betekenis van de compenserende heffingstoets

Indien sprake is van een compenserende heffing is renteaftrek nog niet zeker gesteld. Indien de inspecteur aannemelijk maakt dat aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen is de verschuldigde rente alsnog niet aftrekbaar, ondanks de aanwezigheid van een compenserende heffing. Impliceert dit dat de compenserende heffingstoets slechts van belang is voor de bewijslastverdeling? Indien niet wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets ligt de primaire bewijslast bij de belastingplichtige. Belastingplichtige dient in dat geval aannemelijk te maken dat wordt voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets van art. 10a, lid 3, onderdeel a Wet Vpb 1969. Hij moet dus aannemelijk maken dat zowel aan de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in ‘overwegende mate zakelijke overwegingen’ ten grondslag liggen. Indien wel sprake is van een compenserende heffing ligt de bal bij de inspecteur. Indien de inspecteur aannemelijk maakt dat niet voldaan is aan de enkelvoudige zakelijkheidstoets is de rente niet aftrekbaar. Deze enkelvoudige zakelijkheidstoets houdt in dat ofwel aan de schuld ofwel aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke

³¹ MvT concept wetsvoorstel aangeboden voor de internetconsultatie, p. 4.

overwegingen ten grondslag liggen. Zowel de wettekst als de wetsgeschiedenis³² lijken deze benadering te ondersteunen.

In de literatuur zijn de meningen echter verdeeld. Marres³³ is van mening dat de compenserende heffingstoets na de wetswijziging van 2007 aan belang heeft verloren, omdat nog slechts sprake is van een weerlegbaar bewijsvermoeden. De Vries³⁴ is daarentegen van mening dat de compenserende heffingstoets niet alleen bewijsrechtelijk maar ook fiscaal inhoudelijk van belang is.

Ik volsta met de observatie dat de introductie van de enkelvoudige zakelijkheidstoets in 2007 de toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969 niet eenvoudiger heeft gemaakt.

4. Is art. 10a Wet Vpb 1969 in zijn huidige vorm houdbaar en nodig?

Afgewacht dient te worden wat de invloed van het Lexel-arrest is op de toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969. Op het moment van concipiëren van deze bijdrage waren de prejudiciële vragen van de Hoge Raad³⁵ nog niet beantwoord. Ik waag me op deze plaats niet aan bespiegelingen over de houdbaarheid van art. 10a Wet Vpb 1969 ten gevolge van het Lexel-arrest. Ik volsta met de opmerking dat ik me niet kan voorstellen dat art. 10a Wet Vpb 1969 niet van toepassing kan zijn indien de rente en de overige voorwaarden van de lening ‘at arm’s length’ zijn. Naar mijn mening kan ook sprake zijn van oneigenlijke uitholling van de belastinggrondslag indien de voorwaarden van de lening ‘at arm’s length’ zijn. Sterker nog: indien de

³² *Kamerstukken II* 2007/08, Handelingen 26-1993 en 26-2011; *Kamerstukken I* 2007/08, 31205 en 31206 ,C p. 27-28.

³³ Marres, Winstdrainage door renteaftrek FM nr. 113, 2020, 5.13.10.

³⁴ R. J. de Vries, WFR 2024/27 paragraaf 5.2. Ook Vleggeert lijkt deze benaderingswijze van de Vries te ondersteunen. Zie J. Vleggeert, Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht, FM 132, pag. 512.

³⁵ HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121, BNB 2023/2. De procedure is bekend bij het HvJ EU onder nummer C-585/22 (Staatssecretaris van Financiën (Intérêts relatifs à un emprunt intragroupe)).

rente niet marktconform is noopt het objectieve totaalwinstbegrip³⁶ tot verzakelijking van de rente. Deze ‘at arm’s length’ rente kan vervolgens niet aftrekbaar zijn op grond van art. 10a Wet Vpb 1969.

Ik ben de mening toegedaan dat de externe acquisitie in art. 10a, lid 1, onderdeel c Wet Vpb 1969 een vreemde eend in de bijt is. Bij invoering van art. 10a Wet Vpb in 1997 werd slechts de ‘interne verhangings’ door de aftrekbeperking getroffen. Dit was een codificatie van de in paragraaf 2 besproken winstdrainagejurisprudentie. De externe acquisitie is in 2007 in art. 10a Wet Vpb 1969 geïncorporeerd.³⁷ Een verwerving van aandelen in een vennootschap die voor die verwerving niet met belastingplichtige verbonden was en na die verwerving wel met belastingplichtige verbonden is en die wordt gefinancierd met een lening van een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon valt vanaf 2007 onder de werkingssfeer van art. 10a, lid 1, onderdeel c Wet Vpb 1969. Belastingplichtige heeft nog de mogelijkheid om te voldoen aan de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3 Wet Vpb 1969. Afgezien van de compenserende heffingstoets vindt de aftrekbeperking geen toepassing indien belastingplichtige voldoet aan de dubbele zakelijkheidstoets. Dat bij een externe acquisitie de rechtshandeling zakelijk is, staat mijns inziens buiten kijf. Indien geen sprake is van een onzakelijke omleiding komt het mij voor dat de lening eveneens zakelijk is. Belastingplichtige heeft naar mijn mening de nodige vrijheid om investeringen te financieren op de wijze die hem goed dunkt.³⁸ Dit is de beleidsvrijheid van de ondernemer. Ook al zou belastingplichtige voldoende liquide middelen³⁹ beschikbaar hebben om de desbetreffende acquisitie te financieren, hij heeft de vrijheid om de acquisitie te financieren door middel van een lening. In fiscalibus is deze vrijheid van financieren mijns inziens vrij breed geaccepteerd. Een belastingplichtige in de inkomstenbelasting die € 1.000.000 gespaard heeft en vervolgens een

³⁶ Art. 8, lid 1 Wet Vpb 1969, jo. art. 3.8 Wet IB 2001.

³⁷ Dit hing samen met de afschaffing van art. 15ad (oud) Wet Vpb 1969.

³⁸ Zie de arresten gepubliceerd in BNB 2014/79, BNB 2015/165 en BNB 2021/136.

³⁹ Indien het blijkbaar profijtelijk zou zijn om baten neer te laten slaan elders binnen concern zouden ook deze liquide middelen naar de desbetreffende concernvennootschap getransfereerd kunnen worden.

eigen woning wil aanschaffen voor € 1.000.000 heeft toch ook de vrijheid om de aankoop van de eigen woning met een hypotheek van € 1.000.000 te financieren?!⁴⁰

Mijn conclusie is dat de externe acquisitie niet thuishoort in art. 10a Wet Vpb 1969. Dit klemmt te meer nu een acquisitie van derden, gefinancierd met een lening van een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon, tot een wettelijk vermoeden van misbruik leidt. Zie ook paragraaf 3.2.4.

De overige situaties die art. 10a Wet Vpb 1969 bestrijkt, kunnen mijns inziens ook met *fraus legis* bestreden worden op grond van de in paragraaf 2 besproken *winstdrainagejurisprudentie*. Daarnaast biedt de meer recente *fraus legis jurisprudentie*⁴¹ van de Hoge Raad voldoende mogelijkheden aan de inspecteur om andere vormen van oneigenlijke erosie van de belastinggrondslag met succes te bestrijden. Voor een overzicht en duiding van deze jurisprudentie - die in de literatuur overigens veel vragen oproept - verwijs ik naar het instructieve artikel van M. Kreder, E. Lakchouch en P.J.J.M. Peeters.⁴²

De laatste jaren is het instrumentarium dat de inspecteur ter beschikking staat om erosie van de belastinggrondslag te voorkomen uitgebreid met de CFC-wetgeving van art. 13ab Wet Vpb 1969 en het herwaarderingsvoorschrift voor beleggingsdeelnemingen van art. 13a Wet Vpb 1969. Ook via de weg van de Wet bronbelasting 2021 kan ongewenste aftrek van rente geneutraliseerd worden.

Ik betwijfel op grond van het voorgaande of art. 10a Wet Vpb 1969 in zijn huidige vorm houdbaar is en of de bepaling nog nodig is om oneigenlijke erosie van de Nederlandse belastinggrondslag te voorkomen. Hierna zal ik

⁴⁰ Dit is uiteraard anders als de € 1.000.000 spaargeld afkomstig is uit de overwaarde bij verkoop van een eigen woning.

⁴¹ Zie bijv. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, BNB 2017/162 (Credit Suisse); HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, BNB 2021/137 (lingeriezaak); HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086, BNB 2022/112 (koffiezaak); HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085, BNB 2022/113 (brilienzaak); HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, BNB 2023/61 (spilfunctiezaak).

⁴² M. Kreder, E. Lakchouch en P.J.J.M. Peeters, De complexe puzzel van artikel 10a Wet VPB 1969 en *fraus legis*: eureka?, WFR 2023/213.

kort verkennen hoe het Nederlandse stelsel van beperking van de renteaftrek er in mijn visie uit zou kunnen zien.

5. Korte verkenning wettelijk stelsel van beperking van renteaftrek

Een beknopte verkenning van het Nederlandse stelsel van beperking van de renteaftrek brengt mij tot de volgende observaties.

Art. 8b, art. 8bb en art. 8c Wet Vpb 1969 zijn bijzondere bepalingen die deels zijn ingevoerd in verband met internationale druk die op Nederland werd uitgeoefend. Ofschoon art. 8b en art. 8c Wet Vpb 1969 in feite overbodig zijn gezien het concept dat besloten ligt in het totaalwinstbegrip⁴³ lijkt het verdedigbaar om het ‘at arm’s length’ beginsel in de wet te verankeren, aangezien in internationaal verband moeilijk uitlegbaar bleek dat het - abstract geformuleerde - objectieve totaalwinstbegrip mede het ‘at arm’s length’ beginsel omvat. Handhaving van de bepalingen ligt mede voor de hand vanwege het voorstel voor een Verrekenprijsrichtlijn van de Europese Commissie⁴⁴, op grond waarvan het ‘at arm’s length’ beginsel binnen de EU op uniforme wijze zou moeten worden toegepast. Indien de richtlijn wordt aangenomen uiteraard.

Art. 8bb e.v. Wet Vpb 1969 vormen een inbreuk op het totaalwinstbeginsel. Met name was er kritiek op Nederland in de internationale gremia vanwege de zogenoemde ‘infokaprulings’. De evenwichtsgedachte die ten grondslag ligt aan art. 8bb e.v. Wet Vpb 1969 en aan art. 12aa Wet Vpb 1969 is mijns inziens een voldoende rechtvaardiging voor het bestaan van deze wetsartikelen. De Hoge Raad heeft de evenwichtsgedachte - voor de puur binnenlandse situatie - reeds geïntroduceerd in de kostenarresten uit de jaren 50⁴⁵ van de vorige eeuw en in de kostenarresten uit 1986, gepubliceerd in BNB 1986/293 t/m 297. De Hoge Raad staat een inbreuk op het objectieve totaalwinstbeginsel toe door geen informele kapitaalstorting

⁴³ Zie art. 8, lid 1 Wet Vpb 1969, jo. art. 3.8 Wet IB 2001.

⁴⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake verrekenprijzen, COM(2023)529.

⁴⁵ HR 4 mei 1955, BNB 1955/223; HR 12 februari 1958, BNB 1958/116; HR 10 december 1958, BNB 1959/51; HR 18 november 1959, BNB 1959/386.

te erkennen met de daaraan gekoppelde renteaftrek indien geen heffing bij de crediteur plaatsvindt over de niet bedongen rente. Deze evenwichtsbenadering is momenteel in de wet verankerd in art. 8bb Wet Vpb 1969⁴⁶ en art. 12aa Wet Vpb 1969. Deze artikelen maken art. 10b Wet Vpb 1969 overbodig. Art. 10b Wet Vpb 1969 bewerkstelligt het tegendeel van een evenwichtsbenadering. Dit artikel voorkomt de aftrek van rente die voor ten minste 30% lager is dan een ‘at arm’s length’ rente, terwijl de heffing over de rentebate in stand blijft. Ook in de zuiver binnenlandse situatie in Nederland kan dit ertoe leiden dat de rentelast niet aftrekbaar is terwijl de corresponderende rentebate wel belast wordt. Dit is conceptueel een monstrum!⁴⁷

Art. 12aa Wet Vpb 1969 is bovendien een implementatie van de ATAD 2 richtlijn. De Nederlandse wetgever heeft hierbij dus ook niet de keuze om de regeling al dan niet in de Nederlandse wetgeving te incorporeren. De generieke aftrekbeperking van art. 15b Wet Vpb 1969 is eveneens een verplichte implementatie, namelijk van de ATAD 1 richtlijn. Ingevolge art. 15b Wet Vpb 1969 kan van ongebreidelde renteaftrek geen sprake meer zijn nu deze is beperkt tot 20%⁴⁸ van de gecorrigeerde winst (EBITDA).

Art. 15be Wet Vpb 1969, dat specifiek voor banken de renteaftrek beperkt, laat ik in dit kader onbesproken en accepteer ik als ‘fait accompli’.

6. Conclusies ten aanzien van stroomlijning stelstel van beperking van renteaftrek

Art. 10a en art. 10b Wet Vpb 1969 kunnen mijns inziens worden geschrapt. Dit komt het concept dat ten grondslag ligt aan de renteaftrekbeperkende bepalingen ten goede. Hetgeen als kern⁴⁹ resteert is één generieke renteaftrekbeperking (art. 15b Wet Vpb 1969) en twee specifieke

⁴⁶ Ik ga niet dieper in op de onvolkomenheden in de wettekst van art. 8bb Wet Vpb 1969.

⁴⁷ In de literatuur is felle kritiek geleverd op art. 10b Wet Vpb 1969. Zie bijv. E. W. J. Heithuis, Het nieuwe artikel 10b VPB? Weg ermee!!! NTFR 2006/1236.

⁴⁸ Nederland is hiermee strenger dan de Richtlijn eist. Tot 2022 was de ‘cap’ 30% van de gecorrigeerde winst.

⁴⁹ Art. 8b, art. 8c en art. 8be Wet Vpb 1969 laat ik in dit kader buiten beschouwing.

renteaftrekbeperkende bepalingen (art. 8bb en art. 12aa Wet Vpb 1969) die zijn gebaseerd op toepassing van de evenwichtsgedachte. Als ultimum remedium kan fraus legis worden ingezet door de inspecteur teneinde - in zijn ogen - oneigenlijke vormen van grondslagerosie te voorkomen. De algemeen geformuleerde rechtsvermoedens die momenteel in art. 10a Wet Vpb 1969 zijn opgenomen, worden alsdan vervangen door maatwerk dat is toegespitst op het voorliggende geval. De fraus legis jurisprudentie van de Hoge Raad biedt de inspecteur voldoende handvatten om agressieve, grondslag eroderende constructies te bestrijden.

Vorenstaande leidt tot een eerste stapje in de broodnodige vereenvoudiging van de Wet Vpb 1969. Indien art. 10a Wet Vpb 1969 verdwijnt, kan de spoedreparatie fiscale eenheid die is opgenomen in art. 15, lid 16 Wet Vpb 1969 eveneens worden geschrapt of althans kan de angel eruit worden gehaald door de verwijzing naar art 10a Wet Vpb 1969 weg te halen. De wettelijke bepalingen die naast art. 10a Wet Vpb 1969 worden genoemd in art. 15, lid 16 Wet Vpb 1969 hebben nauwelijks materiële betekenis voor de 'per element'-benadering. De reeds in 2018 door de staatssecretaris aangekondigde - en inmiddels in het slop geraakte - toekomstbestendige vormgeving van de fiscale eenheid die zou moeten volgen op de spoedreparatie is dan niet meer opportuun.

ZO KEN JE HEM NIET!

Drs. Arjan Thomassen¹

Onze eerste ontmoeting was in een hele formele setting, te weten mijn sollicitatiegesprek begin 1992. Ik was geattendeerd op een vrijkomende positie van een universitair docent (UD) belastingrecht aan de, toenmalige, Rijksuniversiteit Maastricht. Het combineren van onderwijs en praktijk trok me aan. Naar aanleiding van een open sollicitatie werd ik uitgenodigd voor een gesprek waar jij me interviewde, samen met René Niessen. Volgens mij was het voor jou ook een van de eerste sollicitatiegesprekken die je afnam. Al snel daarna werd besloten om mij als UD aan te stellen.

Ik kwam te werken in een toen nog klein team bestaande uit: jouzelf, Hans van den Besselaar, Rosery Cobben, Arthur Denie, Jan Giele, Argie Lankkamp, André Mul, René Niessen, Arthur Pleijsier, Pierre Severens, Paul Tulling en Marjon Weerepas. Jij, Marjon en ik zijn thans de oudgedienden van de capgroep die inmiddels gegroeid is naar bijna 40 medewerkers. Veel hebben we niet samengewerkt, maar ik weet wel dat we samen met andere leden van de capgroep regelmatig gingen lunchen in de kantine van de economische faculteit.

Zoals gezegd, vanaf toen is de capgroep gegroeid en gingen meer en meer collegae promoveren. Die promotieplechtigheden werden stevast afgesloten met een promotiefeest. Het is inmiddels 2004 en wederom tijd voor een feestje. Dit keer de promotie van Anouk Bollen. En wat bleek, je bent niet alleen een zeer serieuze en goede wetenschapper, maar ook een hele goede imitator die zich helemaal in kan leven in de rol van een ander. Ik weet niet meer welke setting we hebben opgevoerd, maar ik herinner me wel dat je de rol van Anouk Bollen met verve vertolkte. Met de pruik op en de aangepaste stem was met enige verbeelding Anouk in jou te herkennen. Als geboren Brabander wist je hoe je het optreden moest afsluiten: met een polonaise. Daarna was het tijd voor een goed glas wijn waar de ware

¹ Universitair docent belastingrecht aan de Universiteit Maastricht en werkzaam als belastingadviseur/partner bij Van Eert Accountants en Adviseurs te Eindhoven.

Bourgondiër in jou naar boven kwam. Hoe meer godendrank genuttigd werd, hoe luider jouw schaterlach.

Meer recent heb je jouw non-academische kwaliteiten doen blijken bij ons optreden tijdens het laatste capgroep-weekend. De samba-uitvoering mondde uit in een ware universitair geschoolde Josti-band, waar jij een prominent lid van uitmaakte; de foto spreekt boekdelen.

Beste Hans, ik wens jou en Marlies nog een hele lange, mooie en gezonde pensioentijd. Geniet ervan!

HUWELIJKSVERMOGENSRECHT EN HET DAARMEE SAMENHANGENDE INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Dr. Kerstin van de Ven¹

Bij de naam Hans Arts, zou de eerste ingeving kunnen zijn: de vennootschapsbelasting en de behandeling van zakelijke en onzakelijke leningen. In 1997 promoveerde Hans immers op het onderwerp ‘Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting’.

Het interessegebied van Hans is echter ruim en reikt veel verder dan de vennootschapsbelasting. De mensen die hem van nabij hebben meegemaakt, weten dat hij ook het privaatrecht een warm hart toedraagt. Dat Hans behalve in fiscaal recht ook in Nederlands recht is afgestudeerd, zal daar ongetwijfeld mee samenhangen.

Hans is zich altijd sterk bewust geweest van het feit dat een casus begint bij het duiden van het privaatrechtelijke kader. Zo heb ik hem meer dan eens horen betogen dat een veelgemaakte fout van fiscaal juridische adviseurs is dat ze bij de oplossing van een adviesvraag, direct een fiscale richting kiezen. De destijds (junior)-adviseurs op het belastingadvieskantoor Wesselman Accountants en Adviseurs, waar Hans aan verbonden was, maar ook de studenten die naar hem luisterden in de collegezaal, zullen vermoedelijk ook om die reden nog wel aan hem (terug)denken.

1. Huwelijksvermogensrecht - wijziging met ingang van 2018

In 2017 schreven Hans en ik samen een artikel voor Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht onder de titel ‘Civiel- en fiscaalrechtelijke gevolgen

¹ Mr. dr. K.M.L.L. van de Ven is wetenschappelijk medewerker bij de Capaciteitsgroep Belastingrecht Maastricht University en eigenaar van een adviespraktijk gericht op het (internationaal) familievermogensrecht en de fiscale aspecten daarvan.

voor ondernemers, huwen en scheiden’.² Aanleiding voor deze bijdrage was het wetsvoorstel tot wijziging van het wettelijk huwelijksvermogensrecht³, welk voorstel op 1 januari 2018 in werking is getreden.

1.1 Voor- en tegenstanders

Het leek destijds wel een soort van aardverschuiving dat de wettelijke gemeenschap van goederen plaats ging maken voor het stelsel van een beperkte gemeenschap van goederen. Er waren veel voorstanders, maar ook veel tegenstanders. Met name advocaten met een echtscheidingspraktijk zagen vooral de moeilijkheden; mensen zouden niet of onvoldoende hun administratie op orde hebben. Dat zou in geval van echtscheiding tot problemen en mogelijk tot meer gerechtelijke procedures leiden.

Een administratieverplichting kent het stelsel van de beperkte gemeenschap van goederen niet, maar de vraag is of dat erg is. Ook zonder die administratie kunnen echtgenoten⁴ aan de hand van (digitale) aankoopbonnen bewijzen dat een goed tot het privévermogen behoort.

Ook in België kent men geen administratieplicht; bewijs kan worden geleverd met ‘alle middelen van recht en algemene bekendheid’. Over de vraag of een bezitting privé of gemeenschappelijk is, spelen volgens Declerck⁵ in België weinig gerechtelijke procedures. Ook in Zweden zijn hierover volgens Reich-Sjögren⁶ weinig gerechtelijke procedures. Dat komt vooral doordat partijen zelf de huwelijksgemeenschap moeten verdelen. De bewijsproblematiek in Zweden wordt bovendien versimpeld

² J.H.M. Arts en K.M.L.L. van de Ven, Civiel- en fiscaalrechtelijke gevolgen voor een ondernemers, huwen en scheiden, TFO 2017/153.1.

³ Wet van 24 april 2017, Stb. 2017, 177.

⁴ Hetzelfde geldt voor geregistreerde partners die onder het (nieuwe) wettelijk stelsel hun partnerschap hebben gesloten.

⁵ C. Deklerck, Verslag Symposium ‘Invoering beperkte huwelijksgoederengemeenschap in Nederland’: Commentaren vanuit het buitenland, praktijk, politiek en wetenschap, Bas Legger en Tiddo Bos, Familie en recht, DOI.10.5553/Fen R/.000022.

⁶ M.M.L. Reich-Sjögren, advocate te Göteborg.

doordat partijen vaker dan in Nederland een lijst opstellen waarin wordt overeengekomen ‘wat van wie’ is.

In het rapport ‘Beroep op de rechter, Ontwikkelingen in de rechtspraak 2005 – 2020’⁷ wordt bij de civiele zaken uiteraard aandacht besteed aan echtscheidingszaken en scheidingsgerelateerde zaken. Het aantal echtscheidingsverzoeken schommelt volgens het rapport al tien jaar rond de 35.000 zaken. Dat is hoger dan daarvoor, maar zou samenhangen met het verdwijnen van de mogelijkheid van de zogenoemde ‘flitsscheiding’ (2009).

Er wordt in het rapport ingegaan op de gevolgen van mediation (met ingang van 2005 financieel gestimuleerd), de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (2009) en het overheidsprogramma ‘Scheiden zonder Schade’ (2018), maar er wordt niets gezegd over de (gevolgen van) de invoering van het stelsel van de beperkte gemeenschap van goederen in 2018. Gelet op het feit dat wél het overheidsprogramma ‘Scheiden zonder Schade’ wordt genoemd, waarvan in de rapportage wordt opgemerkt dat de implementatie en effectiviteit van de maatregelen op de lange termijn nog moet worden onderzocht, wordt niets vermeld over de wijziging van het wettelijk stelsel van het huwelijksvermogensrecht in 2018. Daaruit zou wellicht mogen worden afgeleid dat de rechtspraak op dat moment nog geen bijzondere gevolgen daarvan ondervond, in de zin van meer procedures dan voorheen.

1.2 Zaaksvervanging

In het hierboven aangehaalde artikel hebben Hans en ik ons niet in algemene zin uitgelaten over de vraag of echtgenoten wel voldoende administreren, om zodoende discussie over de vraag ‘wat van wie’ is, te voorkomen. Waar we wél bij hebben stilgestaan zijn de gevolgen van zaaksvervanging voor de echtgenoot die ondernemer is.

Een ondernemer dient erop bedacht te zijn dat door het sluiten van een huwelijk zonder huwelijkse voorwaarden vanaf 1 januari 2018, het vermogen van een door hem op dat moment gedreven onderneming niet

⁷ Research Memoranda, nummer 4, september 2022, Jrg 17, Raad voor de Rechtspraak.

meer tot een huwelijksgemeenschap gaat behoren. Hij dient te bedenken of dit gevolg door hem gewenst is. Zo niet dan moet hij huwelijkse voorwaarden maken.

Zonder (voorafgaande) huwelijkse voorwaarden gaat een goed, dat voor meer dan de helft wordt gefinancierd uit het privévermogen van de echtgenoot van de ondernemer, als gevolg van de regels van zaaksvervanging (art. 1: 95 lid 1 BW) tot het privévermogen van die echtgenoot behoren. De ondernemer kan het goed dan niet tot zijn ondernemingsvermogen rekenen; er zal dan sprake zijn van de terbeschikkingstelling van een vermogensbestanddeel door de echtgenoot van de ondernemer in de zin van art. 3.91, lid 1, onderdeel a of b Wet IB 2001. Dat kan consequenties hebben als bijvoorbeeld het goed dat op die wijze tot het privévermogen van de echtgenoot/niet-ondernemer is gaan behoren - stel het bedrijfspand - op enig moment wordt verkocht met een boekwinst. De ondernemende echtgenoot kan daarvoor geen herinvesteringsreserve als bedoeld in art. 3.54 Wet IB 2001 vormen, omdat niet hij, maar de andere echtgenoot tot een vervangende investering zal overgaan.

De fiscale claim die zo ontstaat kan een reden zijn om de aankoop van een nieuw pand niet meer voor de helft te financieren met privévermogen van de echtgenoot van de ondernemer. Onze aanbeveling aan de wetgever was om voor dit soort situaties de mogelijkheid te creëren de herinvesteringsreserve die de ene echtgenoot terzake van de boekwinst heeft gevormd, door te schuiven naar de andere echtgenoot. Dat voorstel is echter nog niet overgenomen en de regeling is helaas tot nu ongewijzigd gebleven.

Dat laatste geldt ook voor ons voorstel om de terbeschikkingstellingsregeling van art. 3.91, lid 1, onderdelen a en b Wet IB 2001 af te schaffen en te vervangen door een regeling waarbij het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel tot het ondernemingsvermogen van de ondernemer wordt gerekend.

1.3 Vergoedingsvordering

Behoort de onderneming tot het privévermogen van de ondernemer, doordat hij de onderneming al vóór het huwelijk bezat, dan zal hij/zij overigens voor het deel dat niet met privévermogen van de niet ondernemende echtgenoot is gefinancierd, een zogenoemde vergoedingsvordering op die niet ondernemer krijgen (art. 1:87 BW). Die vergoedingsvordering is in beginsel ingevolge de beleggingsleer, waardedelend. Stijgt het goed waarop de vergoedingsvordering betrekking heeft in waarde, dan geldt dat ook voor de vergoedingsvordering zelf en andersom.

In algemene zin, dus los van de vraag of het een vordering of plicht van een ondernemer betreft of niet, kunnen echtgenoten een andere regeling dan conform de beleggingsleer overeenkomen. Zo is het mogelijk af te spreken dat de vergoedingsvordering tegen nominale waarde zal worden afgerekend, of tegen een vastgestelde rentevergoeding, in tijden van inflatie. In beginsel kan een en ander worden vastgelegd in een onderhandse overeenkomst, maar de bewijskracht van een notariële akte, inhoudende huwelijkse voorwaarden, is te prefereren, omdat deze ook jegens derden werkt.

1.4 Huwelijkse voorwaarden

Het opstellen van huwelijkse voorwaarden is zeker een punt waar met name een ondernemer, bij voorkeur voorafgaand aan het huwelijk, goed over zou moeten nadenken.

Het nieuwe wettelijk stelsel blijkt in de volksmond ‘huwelijkse voorwaarden’ te worden genoemd. Waarschijnlijk omdat de leek het nieuwe stelsel vergelijkt met het tot 2018 geldende stelsel van gemeenschap van goederen. Dat er vanaf 2018 wettelijk gezien drie vermogens kunnen worden onderscheiden (daarvoor overigens ook al), leidt al snel tot de conclusie dat sprake is van huwelijkse voorwaarden. Dat aan dat stelsel de nodige haken en ogen kleven, is niet iets wat algemeen bekend is.

Dat je je eigen stelsel nagenoeg volledig op maat kan laten maken in een notariële akte, is evenmin bekend. Maar dat het belangrijk is om dat te doen, blijkt uit de drie hierboven nogmaals aangehaalde probleempunten.

2. Internationaal privaatrecht en de gevolgen voor het huwelijksvermogensrecht en erfrecht

Al geruime tijd (16 jaar) bestaat er in de grensregio België, Duitsland en Nederland een groep familierechtjuristen, die in een jaarlijkse bijeenkomst met elkaar van gedachten wisselt over met name civielrechtelijke thema's. De thema's worden gekozen met het oog op grensoverschrijdende vraagstukken.

Onder de naam '*Euregiotreffen*' komt deze groep van tussen de 30 en 40 personen uit de Euregio bijeen. De taal waarin de gesprekken worden gevoerd en de voordrachten worden gegeven, is meestal het Duits. Maar de Nederlandse taal wordt over het algemeen goed begrepen. Dat hangt samen met de clientèle van deze advocaten, notarissen en andere juristen: echtparen met een Nederlandse en Duitse of Belgische partner, kinderen die aan de andere kant van de grens een opleiding volgen of een onderneming hebben aan de andere kant van de grens dan hun woonland.

Op 12 mei 2017 werd de bijeenkomst georganiseerd in Maastricht, in het historische '*Kruithuis*'.⁸ Hans was een van de deelnemers. Het hoofdthema van die bijeenkomst was de Europese Huwelijksvermogensrechtverordening (HuwVo).

2.1 De Europese Huwelijksvermogensrecht- en Erfrechtverordening

Het zogenoemde internationaal privaatrecht (IPR) (b)lijkt bij veel juristen een onderbelicht rechtsgebied te zijn. Het IPR behoort in beginsel tot het nationaal privaatrecht. Zo hebben alle landen in Europa en ook daarbuiten hun eigen IPR.

⁸ Het *Kruithuis* deed in de 17e eeuw dienst als opslagplaats van munitie voor de kanonnen op de stadswal van Maastricht.

De inhoud van dit rechtsgebied bestaat uit zogenoemde verwijzingsregels, die in internationale casusposities waarin het privaatrecht van meerdere landen samenkomt, bepalen welk van de stelsels van toepassing is en welke rechter rechtsmacht heeft. Zo wordt de vraag welk huwelijksvermogensrecht van toepassing is op het vermogen van twee echtgenoten met ieder een andere nationaliteit, bepaald door de regels van het IPR.

Vergelijkbare vragen - welk erfrecht is van toepassing en welke rechter is bevoegd? - spelen ook als bijvoorbeeld een in Nederland woonachtige erflater een andere nationaliteit heeft dan de Nederlandse.

Juist omdat deze verwijzingsregels van nationaal recht zijn, kwam het meer dan eens voor dat de verwijzingsregels van de bij een internationale casus betrokken landen, niet op elkaar aansloten; zo was het mogelijk dat land A het recht van de nationaliteit als toepasselijk recht aanwees en land B het recht van de woonplaats. Zo kon het antwoord op de vraag naar de bevoegde rechter ook een andere uitkomst geven.

Het vorenstaande is de reden geweest waarom er op Europees niveau oplossingen zijn aangereikt. Op het gebied van het erfrecht en op dat van het huwelijksvermogensrecht⁹ heeft de Europese Raad twee (of eigenlijk drie¹⁰) verordeningen aangenomen. Die verordeningen zijn van toepassing tussen de lidstaten die deze hebben ondertekend.

2.1.1 ErfVo

Met ingang van 17 augustus 2015 is de ErfVo¹¹ van toepassing geworden op nalatenschappen die vanaf dat moment openvielen. De verordening behoort tot het Europese recht en heeft de daarvoor geldende regelingen van de lidstaten van de Europese Unie die de verordening hebben

⁹ en partnerschapsrecht.

¹⁰ Zie vorige voetnoot.

¹¹ Verordening EU 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, Pb [2012] L201/107.

ondertekend¹² doen vervallen. Onder de verordening is het mogelijk dat het toepasselijke recht dat van de nationaliteit van de erflater is en dat geldt ook voor de bevoegde rechter. Dat recht is echter uitsluitend van toepassing als de erflater een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt waarin hij kiest voor het erfrecht van zijn nationaliteit (de rechtskeuze). Zonder rechtskeuze voor het recht van de nationaliteit is het recht van de laatste gewone verblijfplaats van de erflater van toepassing.

Hoewel de verordening uitsluitend van toepassing is tussen de lidstaten die hem hebben ondertekend, kan, door de universele werking van de verwijzingsregels, het toepasbare recht dat van een niet-lidstaat zijn. Zo is het denkbaar dat het Zwitsers erfrecht als toepasselijk recht wordt aangewezen.

Wat betreft het erfrecht is de scheidslijn tussen de regels uit de verordening en het daarvoor geldende recht helder: met ingang van 17 augustus 2015 bepalen de in de ErfVo opgenomen verwijzingsregels welk erfrecht van toepassing is en welke rechter bevoegd is. De vóór deze datum geldende nationale verwijzingsregels zijn niet meer relevant.

De verwijzingsregels op het gebied van het huwelijksvermogensrecht kennen niet 'een dergelijke duidelijke scheidslijn. Dat was de aanleiding om in het Euregiotreffen 2017 de HuwVo centraal te stellen.

2.1.2 HuwVo en Nederlands internationaal privaatrecht

De HuwVo is op 24 juni 2016 door de Europese Raad aangenomen¹³ en op 29 januari 2019 van kracht geworden in achttien lidstaten, waaronder Nederland. De verwijzingsregels gelden in beginsel voor huwelijken die vanaf die datum - 29 januari 2019 - zijn aangegaan. Dat heeft tot gevolg dat

¹² Alle lidstaten met uitzondering van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.

¹³ Verordening EU 2016/1103 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, Pb [2016] L183/1. Op dezelfde dag is voor de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen een tweede verordening aangenomen; Verordening EU 2016/1104 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, Pb [2016] L183/30.

voor huwelijken die vóór deze datum zijn gesloten, de oude nationale regels van internationaal privaatrecht zijn blijven gelden. Dat maakt de oplossing van een internationale casus nog altijd complex.

Vanuit Nederlandse invalshoek is het toepasselijke recht afhankelijk van de huwelijksdatum. Zo gelden voor huwelijken gesloten vóór 23 augustus 1977 de regels van het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905 en geldt voor huwelijken gesloten tussen 23 augustus 1977 en 1 september 1992 jurisprudentie van de Hoge Raad. Voor huwelijken gesloten in de periode tussen 1 september 1992 en 29 januari 2019 zijn de regels uit het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 van toepassing en voor huwelijken gesloten op en na 29 januari 2019 gelden de regels uit de HuwVo.

Casus onder het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978

Het voert te ver om in deze bijdrage in te gaan op al de vorengenoemde verwijzingsregels, maar om toch een indruk te geven van wat er kan gebeuren beschrijf ik de volgende casus. Deze start in de periode waarin het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 van toepassing was. Dat verdrag is getekend door Frankrijk, Nederland en Luxemburg.

Een Nederlands-Duits stel is met elkaar gehuwd op 1 januari 2005 in Madrid. Na het sluiten van het huwelijk blijven de echtgenoten een jaar in Madrid wonen met het doel om zich daar te vestigen. Vervolgens verhuizen ze begin 2006 naar Duitsland. In 2016 verhuizen ze tenslotte naar Nederland en krijgt de Duitse partner de Nederlandse nationaliteit.

Volgens de verwijzingsregels van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 is als gevolg van het feit dat het eerste huwelijksdomicilie van de echtgenoten Spanje is, het Spaans huwelijksvermogensrecht op hun huwelijk van toepassing (art. 4, lid 1). Dat blijft ook zo in de periode dat ze in Duitsland wonen, maar niet langer dan tot 2016. Het verdrag bepaalt namelijk dat wanneer de echtgenoten tien jaar of langer in een ander land wonen, het toepasselijke huwelijksrecht wijzigt naar dat van het land van hun gewone verblijfplaats (art. 7, lid 2). Daarmee wijzigt het toepasselijke huwelijksvermogensrecht (kortstondig) naar het Duitse. Migratie naar Nederland, tenslotte gevolgd door het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit door de oorspronkelijk Duitse partner, betekent opnieuw een

wijziging van het toepasselijke huwelijksrecht, namelijk het Nederlandse (art. 7, lid 2, onderdeel 1). Dat heeft te maken met het feit dat Nederland een ‘nationaliteitsland’ is en geen ‘woonplaatsland’. In Frankrijk, wel een woonplaatsland, zou aansluiting worden gezocht bij het recht van het eerste huwelijksdomicilie, in dit geval Spanje.

Het antwoord op de vraag welk huwelijksvermogensrecht van toepassing is, blijkt vanuit Nederlandse invalshoek in bovengenoemde casus in drieën te moeten worden gesplitst. Doordat het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 bepaalt dat de wijziging in het toepasselijke recht alleen gevolgen heeft voor de toekomst (art. 8) zal hier een compartimentering van het vermogen plaats vinden; dit wordt wel het ‘wagonstelsel’ genoemd.

Waren de echtgenoten zich van de hiervoor geschetste gevolgen bewust geweest, dan hadden ze er vermoedelijk voor gekozen om de regie in eigen handen te houden. Dat was mogelijk geweest door zelf te kiezen voor het toepasselijke huwelijksvermogensrecht. Onder het verdrag hadden ze een rechtskeuze kunnen maken voor: (1) het recht van de nationaliteit van een van de echtgenoten, (2) het recht van het land waar een van hen ten tijde van de huwelijksluiting woonde, of (3) het recht van het land waar ze na de huwelijksluiting zouden gaan wonen. Het toepasselijke vermogensrecht zou dan ongewijzigd zijn gebleven, ondanks de verschillende verhuizingen van het echtpaar.

Zouden de echtgenoten uit deze casus in juni 2019 besluiten om alsnog in huwelijkse voorwaarden een rechtskeuze uit te brengen, dan valt deze rechtskeuze onder de regels van de HuwVo (art. 22 HuwVo). In beginsel heeft die rechtskeuze uitsluitend werking voor de toekomst, maar ingevolge de HuwVo kunnen echtgenoten er bewust voor kiezen om daaraan terugwerkende kracht te verbinden.

Casus onder de HuwVo

Voor echtgenoten die gehuwd zijn op of ná 29 januari 2019 geldt automatisch de HuwVo. Deze verordening geeft een meer eenvoudige regeling voor het toepasselijke recht dan het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 en heeft ook het wagonstelsel achter

zich gelaten. De HuwVo gaat ervan uit dat het recht van een land gedurende het gehele huwelijk van toepassing is op het huwelijksvermogen. Dit wordt ook wel het onveranderlijkheidsbeginsel genoemd (punt 46 van de preambule). Daarop geldt slechts één uitzondering: als de echtgenoten hun laatste gewone verblijfplaats voor een beduidend langere periode in een ander land hebben gehad, kunnen ze zich erop beroepen dat dat recht op hun huwelijksvermogen moet worden toegepast in plaats van hun eerste gezamenlijke verblijfplaats (art. 26 HuwVo).

3. Afsluiting

In het bovenstaande ben ik ingegaan op de brede juridische belangstelling van Hans, actief en passief. Daartoe behoort in elk geval het privaatrecht en ook de uithoeken daarvan, het internationaal (Europees) privaatrecht, is daarvan een voorbeeld.

In de bijdrage aan TFO in 2017 was een van de conclusies van Hans en mij dat huwelijksvoorwaarden voor ondernemers een belangrijk punt van aandacht zouden moeten zijn. Dat was ook de conclusie van de bijeenkomst in 2017 in Maastricht in het kader van het Euregiotreffen, maar dan voor huwelijken met internationale aspecten.

Aanstaande echtgenoten bespreken veelal uitvoerig de wijze waarop ze willen trouwen en ook de plaats van de huwelijksvoltrekking. Wat echter (te) weinig aandacht krijgt is het op het huwelijk toepasselijke vermogensrecht.

AFTREKBARE KOSTEN EN BELASTINGVRIJE VERGOEDINGEN IN VOGELVLUCHT

EEN KLEINE TRIBUUT AAN DE KONING VAN DE BNB-NUMMERS

Prof.dr. Marjon Weerepas¹

1. Inleiding

Hans heb ik leren kennen als iemand die zeer consciëntieus en gedegen te werk gaat. Hij wordt ook wel de wandelende BNB-encyclopedie genoemd. BNB-nummers schudt hij zo uit zijn mouw. Wat me altijd heeft verbaasd is dat hij een compleet leeg bureau heeft, uitgezonderd het materiaal waarmee hij op dat moment bezig is. Op Hans zijn publicaties is wat betreft het Nederlands niets aan te merken. De zinnen kloppen altijd, zij het dat het soms wat lange zinnen zijn, maar dat is een kwestie van smaak. Daarnaast heeft Hans zelden slechte zin en kun je altijd met hem lachen, zeker als er een feestje is. Hans heeft naast zijn onuitputtelijke kennis over de vennootschapsbelasting en dan met name de onzakelijke lening ook kennis over de loonbelasting. Ik heb zijn artikelen in het Weekblad fiscaal recht over de loonbelasting met belangstelling gelezen. Twee wil ik hier noemen. Het eerste artikel betreft de invloed van de loonbelasting op de winst uit onderneming, geschreven in 1991,² en het tweede artikel gaat over vergoedingen en verstrekkingen vanaf 2001, uit datzelfde jaar.³ Hans kijkt daarbij zoals een goed jurist en academicus betaamt met een kritisch oog naar de wetgever.

¹ Hoogleraar Fiscale aspecten van grensoverschrijdende arbeid aan Maastricht University.

² J.H.M. Arts, De invloed van de loonbelasting op de winst uit onderneming, *WFR* 1991/819.

³ J.H.M. Arts, De loonbelasting over vergoedingen en verstrekkingen vanaf 2001, *WFR* 2001/1547.

Hans heeft vanwege zijn gedegen kennis en het perfecte Nederlands ook altijd mijn nootjes nagelezen, waarvoor dank. In deze bijdrage wil ik het hebben over een onderwerp in de loonbelasting, welke belasting overigens een groter budgettair belang kent dan de vennootschapsbelasting, maar dat terzijde.⁴ Ik beschrijf zonder de pretentie te hebben volledig te zijn enige ontwikkelingen die sinds de introductie van de loonbelasting hebben plaatsgevonden ten aanzien van de fiscale behandeling van kosten enerzijds en vergoedingen en verstrekkingen anderzijds. Hierbij besteed ik ook aandacht aan de introductie van de werkkostenregeling (hierna: WKR)⁵ en aan een bijzondere regeling, de 30%-regeling die in de loop van de tijd steeds verder is beperkt. In plaats van de 30%-regeling kan ook worden gekozen voor een vergoeding van de daadwerkelijke extraterritoriale kosten.

2. Belastingvrije vergoedingen en verstrekkingen en WKR

2.1. Opkomst inkomensbelastingen

Rond het einde van de 19^e eeuw en het begin van de 20^e eeuw begon de belangstelling voor de arbeidsovereenkomst te groeien. In die tijd was de industrie in opkomst en werd er nagedacht over wat in een arbeidsovereenkomst zou moeten worden geregeld. Een discussie was destijds welke kortingen op het arbeidsloon geoorloofd waren. Een onderscheid werd gemaakt tussen geoorloofde kortingen in het belang des arbeiders en die onmisbaar waren in het belang des patroons. Tot de eerste categorie behoorden kortingen wegens levering van levensbehoeften, verstrekking van een woning, voorschotten in geld en premies van verzekeringskassen, zieke- en pensioenfondsen. Tot de tweede categorie behoorden de kortingen wegens schadevergoeding door de arbeiders veroorzaakt aan materiaal of werk, boeten en het

⁴ De opbrengst van de loonbelasting wordt in 2024 begroot op € 78,87 miljard tegenover € 46,24 miljard aan vennootschapsbelasting. Zie *Kamerstukken II 2023/24*, 36 410, nr. 2, p. 40 (tabel 4.7.1).

⁵ Zie Wet van 23 december 2009 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale vereenvoudigingswet 2010), *Stb.* 2009, 611.

zogenoemde staangeld (*décompte*).⁶ Over het loon in de fiscaliteit werd toentertijd nog niet echt nagedacht.

Tot eind 19^e eeuw was er namelijk nog geen belasting op inkomen. De belastingheffing bestond in die tijd voornamelijk uit accijnzen.⁷ Het maakte hierbij niet uit hoeveel draagkracht iemand had. Hoewel er nog geen belasting was *over* het loon, kende men wel sinds 1806 een belasting op bepaalde werknemers, namelijk de dienstboden.

In 1893 is de Wet op de bedrijfsbelasting door minister Pierson ingevoerd. Het inkomen en bedrijf werd belast. In 1914 is de inkomstenbelasting geïntroduceerd waarbij arbeid werd belast tegen ten hoogste 5%.⁸

2.2. Besluit op de Loonbelasting 1940

De Duitse bezetter introduceerde de loonbelasting in 1941. Al voor de Tweede Wereldoorlog waren er echter al plannen voor invoering van een loonbelasting als voorheffing op de inkomstenbelasting.⁹ Het Besluit op de Loonbelasting 1940 kende slechts drie artikelen die betrekking hadden op de grondslag voor de loonbelasting.¹⁰ Voor deze bijdrage is een van die artikelen, namelijk art. 6 van het Beluit op de Loonbelasting 1940, van belang:

Tot het loon worden niet gerekend:

- a) afzonderlijke vergoedingen, welke personen, die werkzaam zijn in publieken dienst, ontvangen ter bestrijding van noodzakelijke kosten, die zij voor de uitoefening van hun dienst

⁶ H.J.H. van Boetzelaer, *De uitkeering van arbeidsloon*, 1902, p. 102.

⁷ Zie <https://www.bdmuseum.nl/digitale-reis-door-de-geschiedenis-van-belastingen-in-nederland/>, geraadpleegd op 16 februari 2024.

⁸ Zie <https://www.bdmuseum.nl/digitale-reis-door-de-geschiedenis-van-belastingen-in-nederland/>, geraadpleegd op 16 februari 2024.

⁹ Zie <https://www.bdmuseum.nl/digitale-reis-door-de-geschiedenis-van-belastingen-in-nederland/>, geraadpleegd op 16 februari 2024.

¹⁰ In totaal kende het Besluit 43 artikelen.

hebben te maken, zooals reis- en verblijfkosten en rijwielvergoedingen;

b) afzonderlijke vergoedingen, welke personen, die werkzaam zijn in privaten dienst, ontvangen ter bestrijding van de onder a genoemde kosten, voor zoover zij de werkelijke kosten niet te boven gaan;

c) de onder het derde lid van artikel 5 vallende voordeelen, indien en voor zoover de daar bedoelde aanspraak wordt toegekend overeenkomstig eene pensioenregeling; wordende ten deze onder pensioenregeling verstaan iedere regeling, welke uitsluitend ten doel heeft de verzorging bij invaliditeit en ouderdom van werknemers of gewezen werknemers en de verzorging van hunne weduwen, minderjarige kinderen en pleegkinderen, een en ander door middel van pensioen;

d) bijdragen, waartoe de werknemer krachtens een onder c bedoelde pensioenregeling verplicht is;

e) de uitkeering in eens, welke ingevolge een in artikel 5, derde lid, bedoelde aanspraak wordt genoten;

f) nieuwjaarsgeschenken, verjaardagsgeschenken en andere dergelijke geschenken, mits zij een bedrag van tien gulden per geschenk niet te boven gaan.

Samengevat kan worden gesteld dat vergoedingen voor werknemers belastingvrij zijn, indien zij worden gegeven voor de bestrijding van noodzakelijke kosten en voor zover er niet meer wordt vergoed dan de werkelijke kosten.

In art. 13 – en met name het tweede lid - van het Besluit op de Loonbelasting 1940, welk artikel was geplaatst in het hoofdstuk Wijze van heffing, werden de aftrekbare kosten genoemd:

1. Bij het opstellen van de belastingtabel is een bedrag van honderd gulden voor kosten tot verwerving van het loon en ter zake van persoonlijke verplichtingen in aanmerking genomen. De werknemer kan echter dien inspecteur verzoeken op de voor hem gehouden loonbelastingkaart een aantekening te stellen,

inhoudende, dat op het loon, alvorens de belastingtabel daarop wordt toegepast, een bedrag in mindering wordt gebracht wegens hogere kosten tot verwerving van het loon of wegens hogere persoonlijke verplichtingen.

2. Als kosten tot verwerving worden aangemerkt alle uitgaven, die onmiddellijk of middellijk voor de vervulling van de dienstbetrekking moeten worden gedaan, zooals contributiën voor vakverenigingen, aanschaffingskosten van gereedschappen en beroepskleeding of afschrijving op zoodanige goederen, indien zij, naar de ervaring leert, langer dan één jaar in gebruik zijn. Kosten, welke moeten worden bestreden uit de in artikel 6, onder a en b, bedoelde vergoedingen, worden niet in aanmerking genomen.

3. Als persoonlijke verplichtingen worden aangemerkt verschuldigde renten van schulden, altyddurende renten, lijfrenten en andere uitkeeringen en verstrekkingen, welke bij overlijden van den werknemer of van een derde eindigen, een en ander voor zover zij niet met een bron van inkomen in verband staan. Tot de persoonlijke verplichtingen behooren niet renten, uitkeeringen en verstrekkingen, welke verschuldigd zijn aan bloed- en aanverwanten van den werknemer in de rechte linie en in den tweeden graad der zijdlinie, tenzij zij de tegenwaarde vormen voor een door den genierter aan den werknemer gedane prestatie.

4. De inspecteur stelt de volgens het eerste lid gevraagde aantekening slechts dan op de kaart, indien en voor zoover hem aannemelijk wordt gemaakt, dat de kosten tot verwerving en de persoonlijke verplichtingen te zamen naar de bestaande vooruitzichten een jaarlijksch bedrag van honderd gulden overtreffen. Kosten en verplichtingen, welke in het verleden hadden geldend kunnen worden gemaakt, worden niet in aanmerking genomen.

5. Op de loonbelastingkaart van werknemers, die een loon genieten van meer dan 333 gulden per maand, wordt alleen dan een aantekening, als in het eerste lid bedoeld, gesteld, indien zij

in moeilijkheden zouden komen, ingeval met de hogere kosten tot verwerving en de hogere persoonlijke verplichtingen eerst bij de vaststelling van den aanslag in de inkomstenbelasting rekening wordt gehouden.

Uit art. 6 jo. art. 13 Besluit op de Loonbelasting 1940 blijkt duidelijk de symmetrie tussen de aftrekbare kosten en onbelaste vergoedingen. Kosten konden belastingvrij worden vergoed, mits de vergoedingen niet meer bedroegen dan de kosten. Er gold een arbeidskostenforfait van *f* 100 (€ 45,37) en in het geval dat de werkelijke wervingskosten hoger waren, mochten deze in mindering worden gebracht.

In 1965 is het besluit opgevolgd door de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964).¹¹

2.3. Wet op de loonbelasting 1964

De mogelijkheid om kosten van het loon af te trekken, blijft ook onder de Wet LB 1964 bestaan. Er kan een onderscheid worden gemaakt in verschillende perioden. Allereerst de periode tot 1990, vervolgens de periode van 1990 tot 2001 (par. 2.3.1) en ten slotte de periode vanaf 2001 (par. 2.3.2).

Bij de invoering van de Wet LB 1964 luidde art. 9, lid 2 Wet LB 1964:

Zuiver loon is het loon verminderd met de aftrekbare kosten, de persoonlijke verplichtingen en, voor werknemers die binnen het Rijk wonen, met de buitengewone lasten en de aftrekbare giften.

In art. 14, lid 1 Wet LB 1964 werden de aftrekbare kosten beschreven:

Aftrekbare kosten zijn de op het loon drukkende kosten tot verwerving, inning en behoud daarvan en de op het loon rustende lasten, benevens de afschrijvingen op en de kosten van verzekering van goederen welke tot het verwerven van het loon dienen.

¹¹ *Stb.* 1964, 514.

Er was nog steeds sprake van een arbeidskostenforfait. Een forfait voorkomt discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus over de kosten. Verwezen kan worden naar art. 30, lid 1 Wet IB 1964:

Aftrekbare kosten en persoonlijke verplichtingen blijven buiten aanmerking tot het bedrag dat te dier zake in de van toepassing zijnde loonbelastingtabel is verwerkt. Voor zover de aftrekbare kosten en de persoonlijke verplichtingen dit bedrag vermoedelijk te boven gaan, worden zij, tenzij Onze Minister anders bepaalt, evenals de buitengewone lasten en de aftrekbare giften slechts in aanmerking genomen voor zover bij beschikking is bepaald dat op een vermindering te dier zake aanspraak bestaat. (...).

Art. 11, lid 1, aanhef en onderdeel f Wet LB 1964 betrof de onbelaste vergoedingen:

Tot het loon behoren niet (...): f. voor zover zij geacht kunnen worden te strekken tot bestrijding van noodzakelijke kosten die de werknemer in verband met zijn dienstbetrekking heeft te maken.

Een vergelijking van het Besluit op de Loonbelasting 1940 met de Wet LB 1964 leert dat er een symmetrie bestond tussen aftrekbare kosten en belastingvrije vergoedingen.

In 1967 heeft de commissie Hofstra een rapport uitgebracht over de forfaitaire regelingen met betrekking tot aftrekbare kosten. In dat rapport werden al vereenvoudigingsvoorstellen gedaan. Ingevolge art. 37 Wet IB 1964 was het mogelijk 4% van inkomsten uit tegenwoordige arbeid als aftrekbare kosten in aanmerking te nemen, met een minimum van f 200 (€ 90,75) en een maximum van f 800 (€ 363). Indien de werkelijke kosten hoger waren, mocht van die werkelijke kosten worden uitgegaan. Dit arbeidskostenforfait was overigens losgekoppeld van het reiskostenforfait.

Deze systematiek van het arbeidskostenforfait en de werkelijke kosten heeft lange tijd gegolden.

2.3.1. Regels van 1 januari 1990 tot 31 december 2000

Er wordt een klein sprongetje gemaakt en ik bespreek thans de periode vanaf 1990. De situatie van vóór 1990 is onder de Oort-wetgeving ingrijpend gewijzigd. De in de ogen van de wetgever bestaande ruime marges zijn door die wetgeving aan banden gelegd. Ten aanzien van de aftrekbaarheid van arbeidskosten - en overigens ook van ondernemingskosten - vinden grote veranderingen plaats, te weten een forse beperking in kostenaftrek. De grens tussen niet-aftrekbare persoonlijke uitgaven en aftrekbare zakelijke kosten moest worden verlegd. Ook de aftrek van bepaalde zuiver zakelijke kosten werd beperkt. In art. 36 Wet IB 1964 was een catalogus opgenomen van kosten die niet meer of nog slechts tot een bepaald bedrag in aftrek werden toegelaten. Gelijkluidende bepalingen waren opgenomen in art. 14 en 15 Wet LB 1964. Art. 35, lid 1 Wet IB 1964 luidde destijds:

Aftrekbare kosten zijn de op de inkomsten drukkende kosten, kosten van woon-werkverkeer, lasten en afschrijvingen op zaken daaronder begrepen - voor zover zij zijn gemaakt tot verwerving, inning en behoud van die inkomsten en in hun totale omvang niet overtreffen hetgeen gebruikelijk is. De kosten komen slechts voor aftrek in aanmerking voor zover zij meer bedragen dan hetgeen personen die soortgelijke inkomsten niet genieten doch voor het overige in dezelfde omstandigheden als de belastingplichtige verkeren deswege plegen te maken. De in de artikelen 36 en 37 opgenomen normeringen en beperkingen worden hierbij in acht genomen.

Met betrekking tot de kosten moest een onderscheid worden gemaakt tussen zakelijke en persoonlijke kosten. Daarnaast werden de zogenoemde gemengde kosten geïntroduceerd. Onder zakelijke kosten kon worden verstaan kosten die zuiver en alleen betrekking hadden op arbeid. Persoonlijke kosten hadden daarentegen geen betrekking op arbeid. Persoonlijke kosten hingen met de persoonlijke levenssfeer samen en wel zodanig dat deze niet onder de aftrekbare kosten konden vallen. Ter illustratie kan hier het aanschaffen van vakliteratuur worden genoemd. In het algemeen is dat een zakelijke kostenpost. Onder gemengde kosten kon worden verstaan zakelijke kosten met een privéaspect. Het klassieke

voorbeeld is het kopen van fatsoenlijke kleding. De gemengde kosten waren niet of slechts beperkt aftrekbaar. Het is duidelijk dat over wat nu zakelijke en gemengde kosten konden zijn veel discussie kon ontstaan.

Twee criteria speelden bij de kostenafrek een rol, te weten het omvangscriterium en het vergelijkingscriterium. Het eerste criterium houdt in dat aftrekbaar kosten in hun totale omvang niet mogen overtreffen hetgeen gebruikelijk is. Het tweede criterium houdt in dat de kosten slechts voor aftrek in aanmerking komen voor zover zij meer bedragen dan hetgeen personen die soortgelijke inkomsten niet genieten doch voor het overige in dezelfde omstandigheden als de belastingplichtige verkeren, deswege plegen te maken. Deze criteria waren echter ook niet zaligmakend. Er was nog veel onduidelijk, zoals wat moet worden verstaan onder 'gebruikelijk'.

Met ingang van 1 januari 1990 is een begin gemaakt met het doorbreken van de symmetrie tussen de kosten en de vergoedingen.¹² Bovenstaande criteria golden namelijk niet voor de vergoedingen. Daarnaast was er voor een aantal posten wel een onbelaste vergoeding mogelijk, maar waren de kosten daarvan niet aftrekbaar. Een voorbeeld is literatuur. De wetgever was van mening dat de werkgever voldoende geobjectiveerd een vergoeding zou verstrekken. Een onbelaste vergoeding was derhalve mogelijk, maar de kosten waren niet aftrekbaar. Deze asymmetrie is onderwerp geweest van een arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad overwoog dat inzake de asymmetrie van onbelaste vergoedingen en niet-aftrekbaar kosten onder de Wet IB 1964, dat in het geval dat sprake is van zakelijk verantwoorde kosten werkgevers bereid zullen zijn deze kosten te vergoeden. Een doelmatige belastingheffing brengt derhalve mee dat volstaan kan worden met het onbelast laten van de vergoedingen en het niet in aftrek toelaten van de kosten. Volgens de Hoge Raad bestaat voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging.¹³

¹² Zie Wet van 27 april 1989, houdende inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging tariefstructuur en aftrekposten in de loon- en inkomstenbelasting en in aanvulling op die wet wijzigingen van de loonbelasting en de inkomstenbelasting inzake vaststelling van het tarief en beperking van de aftrekbaarheid van gemengde kosten. *Stb.* 1989, 123.

¹³ HR 15 juli 1997, nr. 30.195, ECLI:NL:HR:1997:AA2215, *BNB* 1997/325.

2.3.2. Regels vanaf 1 januari 2001

Vanaf 2001 is de samenhang ofwel de symmetrie tussen belastingvrije vergoedingen en aftrekbare kosten definitief verbroken. De regels voor belastingvrije vergoedingen en verstrekkingen zijn daarentegen met ingang van 1 januari 2001 wel gelijkgetrokken.¹⁴ De kosten zijn niet langer aftrekbaar. De werknemer is afhankelijk van de werkgever, die belastingvrije vergoedingen en verstrekkingen kan geven. Deze afschaffing heeft in de literatuur tot sterke kritiek geleid.¹⁵ Daarnaast werd ook het arbeidskostenforfait afgeschaft. In plaats daarvan werd de arbeidskorting¹⁶ als heffingskorting geïntroduceerd.¹⁷

Een werkgever kan vrije vergoedingen of verstrekkingen geven voor zover zij geacht kunnen worden te strekken tot bestrijding van kosten, lasten en afschrijvingen ter behoorlijke vervulling van de dienstbetrekking of voor zover zij naar algemene maatschappelijke opvattingen niet als beloningsvoordeel wordt ervaren.¹⁸ Stevens vindt vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid de beperking van de aftrekbaarheid van de kosten die een inkomensverwervende oorsprong hebben moeilijk te aanvaarden.¹⁹

Een van de doelstellingen van de met ingang van 2001 ingevoerde regeling is om de vergoedingen en verstrekkingen gelijk te behandelen.²⁰ Hans beschrijft in zijn artikel dat deze gelijkstelling niet volledig is gelukt en de reden daarvoor is dat het verschil in aard tussen vergoedingen (in geld) en verstrekkingen (in natura) niet altijd goed voor ogen is gehouden. Dit leidt tot tegenovergestelde effecten aan hetgeen wordt beoogd. De oorzaak

¹⁴ J.H.M. Arts, De loonbelasting over vergoedingen en verstrekkingen vanaf 2001, *WFR* 2001/1547.

¹⁵ Zie L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, nr. 2, tweede druk, Kluwer Deventer 2014, p. 1012.

¹⁶ Deze arbeidskorting kent een maximum en kan bij voldoende arbeidsinkomen zelfs nihil bedragen.

¹⁷ Zie art. 8.11 Wet IB 2001.

¹⁸ Zie art. 15-17b (oud) Wet LB 1964.

¹⁹ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, nr. 2, tweede druk, Kluwer Deventer 2014, p. 1015.

²⁰ J.H.M. Arts, De loonbelasting over vergoedingen en verstrekkingen vanaf 2001, *WFR* 2001/1547.

daarvan ligt in het afschaffen van de meeste forfaitaire waarderingsregels.²¹

De vraag of door het niet langer aftrekbaar zijn van de kosten niet een grote kloof ontstaat tussen zelfstandigen, die immers wel kostenaftrekmogelijkheden kennen, en werknemers laat ik gemakshalve hier maar terzijde.

Aftrekbare kosten versus negatief loon

Doordat het niet meer mogelijk is om kosten af te trekken, wordt het belang om een 'uitgave' als negatief loon te zien groter. Wat is echter het onderscheid tussen aftrekbare kosten en negatief loon? Van Ballegooijen stelt dat inhoudingen op het loon op grond van de arbeidsvoorwaarden zonder mogelijke tegenprestaties eerder als negatief loon dan als aftrekbare kosten zijn te beschouwen.²² Van Schendel stelt dat onder aftrekbare kosten kunnen worden verstaan zakelijke uitgaven, waar tegenover een prestatie (een goed of dienst) jegens de werknemer staat. Mocht de tegenprestatie ontbreken, is sprake van negatief loon.²³ Het onderscheidend criterium wordt gevonden in het antwoord op de vraag of tegenover de door de werknemer gedane uitgave een aan hem geleverde prestatie staat.²⁴ De jurisprudentie of een 'uitgave' al dan niet als negatief loon is te beschouwen liet niet lang op zich wachten. In een uitspraak van Hof Leeuwarden betrof het uitgaven van het verweer tegen de door de voormalig werkgever aangespannen ontslagprocedure. Deze konden niet als negatief loon worden beschouwd omdat deze niet voortvloeiden uit een wettelijke verplichting.²⁵ De werknemer kon de uitgaven ook niet als kosten in aftrek brengen. Hof Leeuwarden overwoog dat de wetgever

²¹ J.H.M. Arts, De loonbelasting over vergoedingen en verstrekkingen vanaf 2001, *WFR* 2001/1547, par. 5.

²² C.W.M. van Ballegooijen, *Het fiscale loonbegrip*, Fiscale monografieën, Kluwer Deventer 1989, p. 153 en 154.

²³ Th.J.M. van Schendel, Negatief loon (1), *WFR* 2005, nr. 6614, p. 316.

²⁴ Th.J.M. van Schendel, Negatief loon: een update 2009, *WFR* 2009, nr. 6840, p. 1590 e.v.

²⁵ Verwezen wordt naar HR 17 maart 1993, nr. 28.943, ECLI:NL:HR:1993:BH8806, *BNB* 1993/144 (m.nt. Van Dijck) en *V-N* 2004/6.14. Zie ook HR 7 oktober 1992, nr. 28.204, ECLI:NL:HR:1992:ZC5114, *BNB* 1993/5 (m.nt. Van Dijck).

(kennelijk) heeft geoordeeld dat een doelmatige belastingheffing meebrengt dat kan worden volstaan met het onbelast laten van bepaalde vergoedingen en het niet in aftrek laten van de voor eigen rekening komende kosten. De wetgever heeft kunnen oordelen dat voor een ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.²⁶ Een terugbetaling van een in het verleden belaste vergoeding vormt negatief loon. Dit in tegenstelling tot een terugbetaling van een vrijgestelde vergoeding; deze vormt geen negatief loon.²⁷

2.4. WKR

Met ingang van 1 januari 2011 is de WKR geïntroduceerd.²⁸ Deze regeling heeft als doel een administratieve lastenvermindering voor de inhoudingsplichtigen tot stand te brengen. Gedurende vier jaar was er nog de mogelijkheid voor inhoudingsplichtigen om de oude regeling voor vrije vergoedingen en verstrekkingen toe te passen in plaats van de WKR. De WKR komt er kort gezegd op neer dat in beginsel alle vergoedingen en verstrekkingen tot het loon behoren.²⁹ Verder kan de inhoudingsplichtige vergoedingen en verstrekkingen aanwijzen als eindheffingsloon. Uitgezonderd zijn de vrije ruimte³⁰, gerichte vrijstellingen³¹ en nihilwaarderingen³². Door de introductie van de WKR zijn in beginsel met uitzondering van de gerichte vrijstellingen en nihilwaarderingen geen belastingvrije vergoedingen meer mogelijk. Daarnaast geldt een zogenoemde vrije ruimte van 1,92% over een loonsom tot € 400.000 en 1,18% over een loonsom boven € 400.000.

²⁶ Hof Leeuwarden 17 juni 2005, nr. 04/0555, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT7921, V-N 2005/46.3.4. Zie ook M.J.G.A.M. Weerepas, Het fiscale loonbegrip, Sdu 2021, par. 3.5.

²⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 2014, nr. BLKB2014/1894M, *Stcrt.* 2014, nr. 36 871, onder 4.1.

²⁸ Zie art. 31, lid 1, onderdeel f en g Wet LB 1964.

²⁹ Art. 10, lid 1 Wet LB 1964.

³⁰ Zie art. 31a, lid 3 Wet LB 1964.

³¹ Zie art. 31a, lid 2 Wet LB 1964.

³² Art. 13, lid 3, onderdeel a Wet LB 1964 jo. art. 3.7 Uitvoeringsregeling LB 2011.

Een van de doelstellingen van de WKR is het verminderen van de administratieve lasten voor de inhoudingsplichtigen. De vraag is of deze doelstelling is gehaald.³³ De evaluatie werd in 2018 in ieder geval vanwege de moeilijkheid een jaar vervroegd. Duidelijk is geworden dat de WKR vanaf het moment van invoering veel knelpunten heeft gekend of nog kent.³⁴

De introductie van de WKR kan worden gezien als een voorbeeld van een tendens om meer loonbestanddelen onder de eindheffing te brengen. Sommigen zien de introductie van de WKR als een opmaat naar een vlaktaks en een loonsomheffing.³⁵

3. Beperking 30%-regeling

3.1. Voorgeschiedenis 30%-regeling

Oorspronkelijk was sprake van een geheime regeling en enkel bedoeld voor Amerikaanse werknemers die na de Tweede Wereldoorlog in Nederland werkzaamheden kwamen verrichten. Sinds 2001 is de regeling wettelijk verankerd in de Wet LB 1964 en het daarbij behorende Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965. De regeling is niet alleen van toepassing op de uit het buitenland komende werknemers die voor een bepaalde tijd in Nederland werkzaamheden verrichten (inkomende werknemers), maar ook op bepaalde vanuit Nederland voor bepaalde tijd uitgezonden categorieën werknemers. Onder voorwaarden is een deel van het salaris onbelast; ofwel door toepassing van de 30%-regeling, of, in het geval dat de zogenoemde extraterritoriale kosten hoger zijn, omdat deze kosten onder voorwaarden onbelast kunnen worden vergoed.

³³ Zie Rapport 'Evaluatie werking werkkostenregeling'. Zie Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 maart 2018, nr. 2018-0000033393, V-N 2018/18.20.

³⁴ Zie bijvoorbeeld het Rapport 'Knelpunten in de werkkostenregeling: inventarisatie en mogelijke alternatieven', Fiscaal Economisch Instituut Erasmus Universiteit Rotterdam, en F.M. Werger & A.L. Mertens, De werkkostenregeling; knutselen aan een lelijk eendje maakt nog niet een mooie zwaan, *WFR* 2014/ 1067.

³⁵ Zie bijvoorbeeld P.W.H. Hoogstraten, De werkkostenregeling: opmaat naar vlaktax en loonsomheffing?, *WFR* 2010, nr. 6849, p. 288 e.v.

Nederland is overigens niet het enige land dat hooggekwalificeerd personeel wil aantrekken. Een aantal landen heeft voor bepaalde categorieën werknemers min of meer vergelijkbare gunstige regelingen. Voorbeelden zijn België, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk.

3.2. Huidige 30%-regeling

De 30%-regeling is op dit moment terug te vinden in art. 31a, lid 8 Wet LB 1964 jo. artt. 10e tot 10ej Uitvoeringsbesluit LB 1965. De termijn dat van de regeling gebruik kan worden gemaakt is teruggebracht van tien jaren, naar acht jaren en uiteindelijk met ingang van 1 januari 2019 tot vijf jaren. Met ingang van 1 januari 2024 is ook de hoogte van de vergoeding aardig beperkt. Vanaf 2024 geldt de 30%-regeling voor de volledige 30% voor de eerste twintig maanden, voor de tweede twintig maanden geldt 20% en voor de laatste twintig maanden geldt 10%.³⁶ Er geldt overgangsrecht: voor degenen op wie de 30%-regeling van toepassing is in het laatste loontijdvak van 2023 blijft de oorspronkelijke 30%-regeling bestaan. Het doel van deze beperking is om budget vrij te spelen zodat de rente op studieschulden voor de zogenoemde ‘pechgeneratie’ in 2024 niet zou hoeven worden verhoogd. Dit doel is echter niet behaald.³⁷

Het blijft wel mogelijk om een onbelaste vergoeding van de daadwerkelijke extraterritoriale kosten te geven.³⁸

Vanaf 1 januari 2024 geldt eveneens de zogenoemde Balkenende-norm.³⁹ Hier wordt verwezen naar de bezoldigingsnorm voor topfunctionarissen in de Wet normering topinkomens (de zogenoemde WNT-norm). Deze houdt in dat de 30%-regeling wordt afgetopt op het bedrag van € 233.000 (2024).⁴⁰ En om het allemaal wat ingewikkelder te maken geldt een overgangsrecht

³⁶ Art. 31a, lid 8 Wet LB 1964 is hierom gewijzigd. Zie o.a. Belastingplan 2024, *Kamerstukken II* 2023/24, 36 418, nr. A en het amendement Omtzigt, *Kamerstukken II* 2023/34, 36 418, nr. 63.

³⁷ H. de Vries, Wijzigingen in de 30%-regeling voor inkomen werknemers per 2024 en 2025, *WFR* 2024/53.

³⁸ Zie art. 31a, lid 2, onderdeel e Wet LB 1964.

³⁹ Belastingplan 2023, *Kamerstukken II* 2021/22, nr. 3, p. 31.

⁴⁰ Belastingplan 2023, *Kamerstukken II*

voor degenen waarop in het laatste loontijdvak van 2022 de 30%-regeling van toepassing was. Voor deze personen gaat de aftopping in vanaf 2026. Voor personen die vanaf 1 januari 2023 de 30%-regeling toegepast kregen is het volgens de wetgever op voorhand duidelijk dat met ingang van 1 januari 2024 sprake is van een aftopping.⁴¹ In 2024 volgt een evaluatie van de 30%-regeling.⁴² Volgens demissionair staatssecretaris van Financiën Van Rij, zouden de maatregelen nog op tijd kunnen worden teruggedraaid in het Belastingplan 2025, mocht de evaluatie daartoe aanleiding geven.⁴³

Keuzeregeling

Ook de aan de 30%-regeling verbonden keuzeregeling gaat wijzigen.⁴⁴ Ingevolge de keuzeregeling kunnen degenen die gebruik maken van de 30%-regeling voor een partiële buitenlandse belastingplicht kiezen wat betreft box 2 en box 3. Bijvoorbeeld de spaarrekening die in box 3 valt, wordt bij de keuze voor partiële belastingplicht niet meer in de heffing betrokken. Voor box 1 geldt dat de betrokkene als binnenlands belastingplichtige wordt behandeld. De wijziging houdt in dat er vanaf 1 januari 2025 geen keuze meer zal zijn. Ook hier geldt overgangsrecht; het keuzerecht blijft tot 2027 gelden voor degenen op wie in het laatste loontijdvak van 2023 de 30%-regeling van toepassing was.⁴⁵

Bovenstaande wijzigingen zijn niet aan het Nederlands bedrijfsleven voorbij gegaan en heeft voor veel opschudding gezorgd. Onder andere ASML en Philips pleitten voor handhaving van de regeling.⁴⁶ Ook de directeur van de Nederlandsche Bank, Klaas Knot, heeft in de Buitenhofuitzending van 28 januari 2024 gepleit voor handhaving van de regeling voor kennismigranten. Zij leveren een bovengemiddelde bijdrage

⁴¹ Belastingplan 2023, *Kamerstukken II* 2021/22, nr. 3, p. 34.

⁴² *Kamerstukken II* 2023/14, 36 418, nr. 73.

⁴³ *Kamerstukken I* 2023/24, 36 418, D, p. 34 e.v.

⁴⁴ Art. 2.6 Wet IB 2001. Belastingplan 2024, *Kamerstukken I* 2023/24, 36 418, nr. D, p. 40.

⁴⁵ Belastingplan 2024, *Kamerstukken I* 2023/24, 36 418, nr. D, p. 37.

⁴⁶ Zie <https://www.volkskrant.nl/economie/asml-philips-booking-gestage-afbouw-belastingvoordeel-voor-expats-is-slecht-voor-nederland~b418b76f/> (15 november 2023), geraadpleegd op 30 januari 2024.

aan de opbrengst, aldus Knot. De Eerste Kamer heeft bij de behandeling van het Belastingplan 2024 ook twijfels geuit over de versoering.⁴⁷ Volgens De Vries is het vestigingsklimaat gebaat bij een zorgvuldig werkende en voorspelbare overheid.⁴⁸ Inmiddels is bekend geworden dat de maatregel van 30%-20%-10% wordt teruggedraaid. Met ingang van 1 januari 2027 zal het percentage 27 zijn. Voor de jaren 2025 en 2026 zal het percentage 30 zijn.⁴⁹ De afschaffing van de partiële buitenlandse belastingplicht blijft wel gehandhaafd.

4. Afsluiting

De geschiedenis van de fiscale behandeling van kosten en vergoedingen laat zien dat in de loop van de tijd enorm is gesleuteld aan de regelgeving. Een van de redenen daarvoor is geweest om discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus te vermijden. Vele jaren is er een roep geweest om de administratieve lasten voor met name de inhoudingsplichtigen te verlichten, maar ook bij het invoeren van een totaal ander systeem zoals de WKR wordt niet ontkomen aan weerbarstige en moeilijk te hanteren regelgeving. Zeker als men het voorgaande en de polemiek die rondom de 30%-regeling plaatsvindt in acht neemt, is het er allemaal toch niet eenvoudiger op geworden. De vraag is of de problematiek rond kosten en vergoedingen inzake niet-zelfstandige arbeid ooit eenvoudig zal zijn.

⁴⁷ <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/eerste-kamer-denkt-anders-over-versoering-30-regeling/>, geraadpleegd op 30 januari 2024.

⁴⁸ H. de Vries, Wijzigingen in de 30%-regeling voor inkomen werknemers per 2024 en 2025, *WFR* 2024/53.

⁴⁹ Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2025, p. 3.



Maastricht University

Dit boek wordt aangeboden aan dr. Hans Arts in het kader van zijn pensionering. Hans stond, na een korte Leidse periode, in 1991 mede aan de wieg van de capaciteitsgroep Belastingrecht van destijds de Rijksuniversiteit Limburg, nu de Universiteit Maastricht.

Als specialist op het gebied van de Nederlandse vennootschapsbelasting promoveerde hij in 1997 op het proefschrift 'Kapitaalstorting voor de vennootschapsbelasting'. Later werd Hans een van de meest kritische volgers van het leerstuk van de onzakelijke lening.