



REACTIE VLEGGEERT OP DE INTERNETCONSULTATIE WET TEGENGEGAAN MISMATCHES BIJ TOEPASSING ZAKELIJKHEIDSBEGINSEL

Met het voorgestelde derde lid van art. 8ba Vpb '69 wordt dubbele niet-belasting bestreden die zich in de vermogenssfeer kan voordoen als gevolg van een verschillende toepassing van verrekenprijzen.¹ Weliswaar wordt hiermee een lek gedicht² en dat is in mijn ogen een goede zaak maar andere routes waarmee op een vergelijkbare wijze dubbele niet-belasting kan worden bereikt, blijven naar mijn mening ten onrechte buiten schot. Ik illustreer dit hierna aan de hand van een voorbeeld waarin een Bermudaanse vennootschap immateriële activa overdraagt aan een Nederlandse BV waarvan alle aandelen gehouden worden door de Bermudaanse vennootschap. Verondersteld wordt dat Bermuda geen winstbelasting kent. Ik onderscheid drie varianten:

- 1) Er is sprake van een overdracht om niet die geschiedt bij wijze van een *informele* kapitaalstorting. Het voorgestelde derde lid van art. 8ba Vpb '69 is dan doeltreffend omdat de BV niet op de immateriële activa mag afschrijven.
- 2) Er is sprake van een overdracht die geschiedt bij wijze van een *formele* kapitaalstorting. Er worden met andere woorden ter zake van de overdracht van de immateriële activa aan de BV aandelen uitgereikt door de BV aan de Bermudaanse vennootschap: er is sprake van een storting van nominaal aandelenkapitaal en van agio. Zie ik het goed dan is het voorgestelde derde lid van art. 8ba Vpb '69 hier niet van toepassing. Dit zou betekenen dat de BV de immateriële activa mag waarderen op werkelijke waarde en er vervolgens over mag afschrijven. De dubbele niet-belasting blijft hier dus in stand.
- 3) De Bermudaanse vennootschap verkoopt de immateriële activa aan de BV tegen werkelijke waarde; de BV blijft de koopsom renteloos schuldig. Het voorgestelde derde lid van art. 8ba Vpb '69 is hier evenmin van toepassing. De BV mag de immateriële activa waarderen op werkelijke waarde en kan er vervolgens over afschrijven. De dubbele niet-belasting blijft ook hier dus in stand.³

De conclusie dringt zich op dat vergelijkbare gevallen hier ten onrechte ongelijk worden behandeld. Het dubbele niet-belastinglek wordt alleen in de eerste variant gedicht maar ten onrechte niet in de varianten twee en drie. De oorzaak van deze inconsistentie lijkt gelegen te zijn in het feit dat alleen maatregel A6 van de basisvariant van het rapport Ter Haar wordt overgenomen maar niet maatregel A7 van de basisvariant van dit rapport. Maatregel A7 uit dit rapport beperkt namelijk de afschrijving op vermogensbestanddelen die binnen concern zijn overgedragen in aftrek voor zover de afschrijving ziet op de stille reserves in het vermogensbestanddeel die bij de overdracht niet voldoende belast zijn geweest. Maatregel A7 gaat met andere woorden ook tariefmismatches tegen bij vermogensoverdrachten binnen concernverband. Indien ook maatregel A7 zou worden geïmplementeerd, zou de dubbele niet-heffing die zich in de varianten twee en drie hierboven voordoet wel worden bestreden. Ik pleit er daarom voor om het bereik van de wet uit te breiden door ook maatregel A7 uit het rapport Ter Haar daarin op te nemen.

¹ Ik ga in deze reactie niet in op de verhouding tussen het voorgestelde art. 8ba en art. 8, lid 1 Vpb '69 jo art 3.8 IB 2001. Zie hierover de aantekening in VN 2021/13.7.

² In J. Vleggeert, State Aid: Time to Investigate Informal Capital Rulings (September, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3693040 heb ik bovendien betoogd dat sprake is van staatssteun.

³ Overigens is het eerste lid van art. 8ba Vpb '69 wel van toepassing ten aanzien van de renteloze lening.

Overigens wijs ik er op dat ik geen enkele reden zie voor overgangsrecht. Sinds het BEPS-project valt naar mijn mening namelijk niet meer vol te houden dat het bewust inspelen op een mismatch verantwoord fiscaal gedrag is.⁴

Leiden, 1 april 2021

Prof. dr. J. Vleggeert

⁴ Zie par. 6.5 van J. Vleggeert, Polderen in de mist: een kleine stap naar meer balans in de heffing van vennootschapsbelasting van multinationals, *Weekblad Fiscaal Recht* 2020/110, blz. 739-746.