

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

AMSTERDAM, 1 APRIL 2021

BETREFT: REACTIE OP CONSULTATIEDOCUMENT WETSVORSTEL WET TEGENGAAN MISMATCHES BIJ TOEPASSING ZAKELIJKHEIDSBEGINSEL

Geachte heer, mevrouw,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het consultatiedocument wetsvoorstel ‘Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel’ (het “Voorstel”). In deze brief geven wij onze reactie op de wettekst en de toelichting van het Voorstel. Wij beogen met onze reactie uitdrukking te geven aan een aantal aspecten die van belang kunnen zijn voor in Nederland aanwezige internationaal opererende ondernemingen. Meer specifiek gaan wij in onze reactie in op het systeem van de wet, uitstralingseffecten, EU-rechtelijke aspecten en de materieel terugwerkende kracht. Wij sluiten onze reactie af met enkele meer algemene beschouwingen.

1. SYSTEEM VAN DE WET

Sinds jaar en dag is het uitgangspunt van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (de “Wet Vpb”) dat belasting wordt geheven over de winst uit onderneming. Ondernemingsvreemde elementen, zoals (verkapte) uitkeringen van de winst en of (informele) kapitaalstortingen maken geen onderdeel uit van de (fiscale) winst. Deze symmetrische systematiek volgt uit het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001, in combinatie met de schakelbepaling artikel 8, lid 1 en artikel 10 Wet Vpb. Voor zover het voordeel voortkomt uit de deelnemingsrelatie en niet uit de eigen ondernemersactiviteiten, wordt het voordeel uit de winst geëlimineerd door toepassing van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb. In BNB 1978/252 heeft de Hoge Raad aangegeven dat voor- of nadelen die hun oorzaak vinden in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de vennootschappen (i.e., aandeelhouderssfeer) geen onderdeel uitmaken van het object. Een en ander vindt plaats onafhankelijk van een eventuele betrekking in de heffing in het buitenland. Per 1 januari 2002 is artikel 8b Wet Vpb geïntroduceerd. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever heeft beoogd om internationaal in de pas te lopen, door middel van een ‘OESO-conforme’ codificatie van het arm’s length-beginsel.¹ Feitelijk werd het arm’s length-beginsel al voor 2002 toegepast als onderdeel van de totaalwinst. Daarom vragen wij ons met de redactie van de Vakstudie af of koppeling, die in het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb wordt gemaakt aan artikel 8b Wet Vpb,

¹ Met artikel 8b Wet Vpb werd gelieerdheid via de aandeelhoudersband uitgebreid met management en control. Daarnaast voorzag het artikel in een documentatieverplichting voor transacties met gelieerde lichamen.



tot gevolg heeft dat de neerwaartse aanpassing van artikel 8ba Wet Vpb daadwerkelijk kan worden beperkt.²

2. DOELSTELLING

Met het Voorstel wordt beoogd transfer pricing-mismatches op te heffen door in Nederland onzakelijke baten te belasten, of de aftrek van zakelijke lasten te weigeren. Een en ander voor zover de corresponderende aanpassing in het andere land niet in de heffing wordt betrokken. Afgezien van de hiervoor gesignaleerde wetssystematische knelpunten, lijken er mogelijkheden te bestaan om de toepassing van het Voorstel op relatief eenvoudige wijze te vermijden. In dat kader vragen wij ons af of een pro-actievere uitwisseling van informatie naar het buitenland geen efficiëntere en vooral ook geen eerlijkere manier is om de doelstelling, het bestrijden van misbruik, te bereiken.

Alhoewel een ‘verrekenprijzenmismatch’ vanuit een theoretisch perspectief een vreemd concept is, zien wij desondanks in de praktijk dat een aantal landen een afwijkende visie hebben op het door de OECD Transfer Pricing Guidelines (de “TPG”) toegepaste arm’s length-beginsel. Een bekend voorbeeld van een land dat afwijkt van de invulling die de OESO geeft aan het arm’s length-beginsel is Brazilië. Ook binnen de door de TPG gestelde kaders bestaan er echter mogelijkheden voor landen om een eigen (afwijkende) visie in te nemen op de toepassing van het arm’s length-beginsel.³ Wij benadrukken dat er toch sprake kan zijn transfer pricing-mismatches die tot dubbele belasting kunnen leiden. Indien er bijvoorbeeld op een continue basis commodity’s worden ingekocht van een Braziliaanse aandeelhouder, dan kan het Voorstel tot situaties leiden waarin in het ene jaar een (belast) verkapt dividend wordt geconstateerd, wanneer de zakelijke prijs lager is dan de Braziliaanse *list price*, en in het andere jaar bij een hogere zakelijke prijs, een niet-aftrekbare informele kapitaalstorting in aanmerking moet worden genomen. Een dergelijke uitkomst is volstrekt onwenselijk.

3. UITSTRALINGSEFFECTEN

Bij de toepassing van een eenzijdige transfer pricing-methode, bijv. de TNMM, wordt de zakelijke beloning van de gelieerde entiteit bepaald aan de hand van een analyse van haar functies, risico’s en activa.⁴ De prijsstelling van de door de gelieerde entiteit aangegane intercompany transactions vormt in feite een resultante van die zakelijke beloning. Wanneer de zakelijkheid van de prijs van één van de intercompany transacties opwaarts wordt gecorrigeerd (i.e., aan de inkomstenkant), maar de zakelijkheid van de beloning van de gelieerde entiteit niet ter discussie staat, dan kan de gelieerde entiteit op basis van het totaalwinstbegrip de positie innemen dat deze opwaartse correctie moet worden gecompenseerd door een corresponderende correctie aan de kostenkant. Per saldo resteert dan nog steeds de zakelijke beloning voor de

² V-N 2021/13.7 van 18 maart 2021. De neerwaartse aanpassing wordt geëffectueerd door eliminatie van ‘ondernemingsvreemde elementen’ uit de winst op basis van artikel 8, lid 1 Wet Vpb.

³ Zie T.A. Wiertsema en D.M.J. Kamps, “De OESO, de Staatssecretaris en groepsгарanties; un ménage à trois malheureux”, WFR 2021/53. Hierin geven de auteurs een voorbeeld geven van een intercompany transactie die in Nederland op een van de TPG afwijkende wijze wordt behandeld.

⁴ Overigens kan dezelfde problematiek zich ook voordoen bij andere ‘intercompany intermediaries’ zoals Dienstverleningslichamen.

gelieerde entiteit. Het Voorstel zou er in dergelijke situaties toe leiden dat de corresponderende neerwaartse aanpassing niet kan worden geëffectueerd, omdat niet aannemelijk kan worden gemaakt dat die aanpassing elders in de heffing wordt betrokken. Daar komt bij dat een correctie in de regel pas een aantal jaren na afloop van het betreffende boekjaar wordt gemaakt. Veelal zal het ‘andere lichaam’ voor het desbetreffende jaar reeds aangifte hebben gedaan.

Wanneer een (buitenlandse) aandeelhouder een vordering op een Nederlandse vennootschap kwijtscheldt op grond van aandeelhoudersmotieven, dan wordt die kwijtscheldingswinst door middel van een informele kapitaalstorting geëlimineerd uit de (fiscale) winst van de Nederlandse vennootschap. Onder het Voorstel kan de informele kapitaalstorting niet worden geëffectueerd wanneer heffing bij de corresponderende opwaartse correctie bij de aandeelhouder achterwege blijft. Dit zou een ongewenste beperking kunnen opleveren van de mogelijkheden van Nederlandse belastingplichtigen om noodzakelijke herstructureringen te kunnen effectueren.

Bovenstaande ongewenste uitstralingseffecten kunnen worden voorkomen door een tegenbewijsregeling te introduceren in artikel 8ba Wet Vpb. Het artikel zou dan buiten toepassing blijven wanneer er kort en goed geen sprake is van misbruik. Een dergelijke tegenbewijsregeling zou moeten voorkomen dat er correcties worden opgelegd wanneer de beloning van de belastingplichtige arm's length is.⁵ Daarnaast zijn wij van mening dat er met het Voorstel geen noodzaak bestaat om artikel 10b Wet Vpb te handhaven. De situaties die artikel 10b Wet Vpb beoogt te bestrijden, i.e., rente-imputatie op een verbonden lening aan Nederlandse belastingplichtigen met een looptijd van meer dan tien jaar en onzakelijke lagere rente, wordt dan al voorkomen door het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb.⁶ Toepassing van artikel 10b Wet Vpb zou enkel nog leiden tot situaties van dubbele heffing. Dat is wat ons betreft ongewenst.

4. EU-RECHT

Binnen Nederland respecteert het Voorstel de symmetrie van het systeem. Immers, bij een binnenlandse situatie wordt in beginsel zowel de correctie als de aanpassing in de heffing betrokken. Echter, in grensoverschrijdende situaties zal het Voorstel deze symmetrie (helaas) doorbreken. Daarmee worden grensoverschrijdende gevallen slechter behandeld dan binnenlandse gevallen. De vraag komt dan op of een dergelijke discrepantie de toets van de EU-rechtelijke verkeersvrijheden kan doorstaan. Uit de jurisprudentie⁷ van het Hof van Justitie van de EU (het “Hof”) blijkt dat een asymmetrische toepassing van het arm's length-beginsel (i.e., alleen grensoverschrijdende situaties) in beginsel een inbreuk vormt op de vrijheid van

⁵ Een dergelijke “*aggregate approach*” volgt het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, en uit par. 2.6 van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865.

⁶ Met uitzondering van situaties waarin het andere land de bij de Nederlandse belastingplichtige geïmputeerde rente in de heffing betreft tegen een 0% tarief of met een objectieve vrijstelling. Echter, bij dergelijke situaties kan de toepassing van artikel 10b Wet Vpb worden voorkomen door contractueel een zakelijke rente in aanmerking te nemen.

⁷ Zie onder andere uitspraak van het Hof van 8 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:806 en Hof van 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366.

vestiging.⁸ Dit is alleen toegestaan indien de beperking kan worden gerechtvaardigd. Dergelijke rechtvaardigingsgronden kunnen bijvoorbeeld zijn de noodzaak om (i) de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te bewaren en (ii) belastingontwijking te voorkomen.

Het Voorstel kan ertoe leiden dat Nederland zich het heffingsrecht toe-eigent van winst die op basis van het arm's length-beginsel niet toerekenbaar is aan Nederland (i.e. omdat functies, activa en risico's buiten Nederland worden uitgeoefend en beheerst). Dit roept ons inziens de vraag op of in dergelijke gevallen de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen. Bovendien mag een maatregel niet verder gaan dan noodzakelijk. Wij kunnen ons goed voorstellen dat er minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn, bijvoorbeeld het uitwisselen van informatie.

Verder blijkt uit het Hornbach-Baumarkt arrest van het Hof⁹, dat op basis van het evenredigheidsbeginsel, de belastingplichtige bij een vermoeden van onzakelijkheid, in de gelegenheid moet worden gesteld om aannemelijk te maken waarom in een concreet geval de regel geen toepassing zou moeten vinden. Anders dan de Hoge Raad, is het Hof van mening dat daarbij ook fiscaal niet-relevante (aandeelhouders)motieven in aanmerking moeten worden genomen.¹⁰

Wij zijn ook van mening dat buiten een EU-context een belastingplichtige in de gelegenheid moet worden gesteld om aannemelijk te maken dat er geen sprake is van misbruik.¹¹ Een mismatch die voortvloeit uit een van Nederland afwijkende invulling van het arm's length-beginsel in het andere land of een beperkte toepassing van het arm's length-beginsel (zoals bijvoorbeeld in Brazilië) zou niet tot een uitbreiding van het heffingsrecht van Nederland mogen leiden. Zeker als er geen sprake is van misbruik.

5. MATIEREEL TERUGWERKENDE KRACHT

Het Voorstel zal ertoe leiden dat Nederlandse ondernemingen die na 1 januari 2017¹² activa hebben verkregen voor een prijs die lager is dan de werkelijke waarde, vanaf 1 januari 2022 voor de afschrijving op die activa rekening moeten houden met de lagere waarde. Voor de vragen over de wenselijkheid van deze terugwerkende kracht en de afwezigheid in de toelichting bij het Voorstel van enige motivatie over de noodzaak hiervan verwijzen wij naar de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws.¹³

⁸ Het risico bestaat ook dat dit een inbreuk vormt op de vrijheid van kapitaal verkeer.

⁹ Uitspraak van het Hof van 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366.

¹⁰ Volledigheidshalve merken wij op dat het in door Prof. Dr. Smit aangehaald Schempp arrest (uitspraak van het Hof van 12 juni 2005, ECLI:EU:C:2005:446) niet van toepassing is op deze situatie. In dat arrest werd er niet getoetst aan de verkeersvrijheden van artikel 43 (vestigingsrecht) respectievelijk artikel 56 (kapitaalverkeer) EG-verdrag maar aan artikel 12 EG-verdrag.

¹¹ Wij zijn van mening dat het daarbij niet kan worden uitgesloten dat ook de vrijheid van kapitaal verkeer van toepassing is. Artikel 8b ziet ook op situaties waarbij geen zodanige invloed op de besluitvorming kan plaatsvinden, dat daarmee de activiteiten van de gelieerde vennootschap kunnen worden bepaald.

¹² Ingeval het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar.

¹³ V-N 2021/13.7 van 18 maart 2021.

Indien de wetgever een dergelijke materieel terugwerkende kracht noodzakelijk acht, dan verzoeken wij om die terugwerkende kracht te beperken tot 1 juli 2019 (i.e., de ingangsdatum van het nieuwe rulingbeleid). Wij denken dat de negatieve impact van het Voorstel op de betrouwbaarheid van Nederland als handelspartner kan worden beperkt door bij de terugwerkende kracht aan te sluiten bij het moment waarop de Nederlandse fiscus is opgehouden met het bieden van zekerheid vooraf in het kader van informeel-kapitaalstructuren.

6. ONTWIKKELINGSLANDEN

Onder het Voorstel wordt winst die op basis van het arm's length-beginsel niet toerekenbaar is aan Nederland hier toch belast voor zover de corresponderende aanpassing niet in het andere land in de heffing wordt betrokken. In de regel zal deze niet-heffing bij ontwikkelingslanden het gevolg zijn van een informatieachterstand en/of minder goed ontwikkelde fiscale infrastructuur. Door het Voorstel zal Nederland geen belang meer hebben om informatie uit te wisselen en wellicht is deze informatie niet meer automatisch onderdeel van de aangifte vennootschapsbelasting. Nederland heeft de mismatch immers eenzijdig opgelost door geen correctie op de (fiscale) winst toe te staan. Daarmee ontnemt zij ontwikkelingslanden de mogelijkheid om belasting te heffen over de winst die hen onder zakelijke omstandigheden zou zijn toegekomen. Wij denken dat een proactieve informatie-uitwisseling en het delen van kennis door Nederland voor ontwikkelingslanden effectiever zal zijn dan het Voorstel.

7. AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Wij zijn van mening dat een inbreuk op het huidige symmetrisch systeem in het beste geval alleen kan worden gerechtvaardigd vanuit de noodzaak om misbruik op een effectieve manier te voorkomen. Wij vragen ons af of het Voorstel in die opzet kan slagen en of er wellicht effectievere en vooral eerlijkere en transparantere manieren bestaan om alleen daadwerkelijke misbruiksituaties tegen te gaan. Daarnaast zal het Voorstel tot gevolg hebben dat Nederland haar toepassing van het arm's length-beginsel afhankelijk maakt van de toepassing daarvan in het buitenland.

Hoogachtend,
Namens Atlas Fiscalisten N.V.,

drs. T.A. Wiertsema

mr. drs. D.M.J. Kamps