

Aan: Ministerie van Financiën

Van: Dentons Europe LLP

Datum: 2 april 2021

Onderwerp: Reactie op Consultatiedocument wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel

Geachte dames en heren,

Hierbij reageren wij op uw uitnodiging van 3 maart 2021 om uiterlijk op 2 april 2021 te reageren op het in hoofde genoemde consultatiedocument.

Algemene opmerking

Onder steeds groter wordende druk van de media, publieke opinie en politiek wordt het internationaal opererende bedrijfsleven jaarlijks geconfronteerd met nieuwe fiscale anti-misbruik wetgeving die zich met name richt op directe belastingen. Opmerkelijk hierbij is dat Nederland zich als EU lidstaat enerzijds verzet tegen harmonisatie op het gebied van directe belastingen, en anderzijds aan de leiband lijkt te lopen van de Europese Commissie waar het gaat om de door gebrek aan harmonisatie veroorzaakte mismatches dicht te zetten. Het huidige voorstel gaat ten koste van de totaalwinstgedachte die al decennialang verankerd is in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) en jurisprudentie. Het dichten van dit jongste gat levert naar schatting EUR 173 miljoen op, circa 0,87% van de Vpb opbrengst en 0,06% van de totale opbrengst. Enige onderbouwing van dit bedrag ontbreekt. Dit bedrag van EUR 173 miljoen staat in schril contrast met de gemiste opbrengst in de Europese Unie (EU) als gevolg van bijvoorbeeld misbruik van de BTW. Voor 2020 wordt de gemiste opbrengst geraamd op maar liefst EUR 164 miljard. Voor die problematiek lijkt er weinig aandacht te zijn in Den Haag. Indien het Ministerie van Financiën prioriteiten stelt dan zouden we op het gebied van anti-misbruikmaatregelen in de BTW veel meer zichtbaars verwachten. Ook zouden wij graag zien dat er meer tijd voor de consultatie wordt vrijgemaakt; één maand is kort ten opzichte van de tijd dat de mismatchproblematiek speelt. De korte doorlooptijd gaat ten koste van de kwaliteit van de wetgeving.

Invloed lopende staatssteunprocedures

In het consultatiedocument missen wij een analyse van de mogelijke invloed die deze wetswijziging kan hebben op de lopende staatssteunprocedures ten aanzien van de Belgische *excess profit rulings*. Wij verwijzen naar de opinie van de AG Kokott van 3 december 2020 met betrekking tot zaak 337/19P.

Ontbreken degelijke motivatie voor inbreuk op totaalwinstgedachte

[Durham Jones & Pinegar](#) ► [LEAD Advogados](#) ► [Rattagan Macchiavello Arocena](#) ► [Jiménez de Aréchaga Viana & Brause](#) ► [Lee International](#) ► [Kensington Swan](#) ► [Bingham Greenebaum](#) ► [Cohen & Grigsby](#) ► [Sayarh & Menjra](#) ► [Larrain Rencoret](#) ► [For more information on the firms that have come together to form Dentons, go to \[dentons.com/legacyfirms\]\(https://www.dentons.com/legacyfirms\)](#)

Dentons Europe LLP is een wereldwijde aanbieder van juridische diensten aan cliënten over de hele wereld door middel van aangesloten kantoren en deelnemingen. Dentons Europe LLP is een limited liability partnership geregistreerd in Engeland en Wales met als doel de uitoefening van de rechtspraktijk, daaronder begrepen de advocatuur, het notariaat en de fiscale praktijk, en is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 73505323. De Dentons Europe Region Terms of Business, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen, zijn van toepassing en zijn op verzoek beschikbaar. Kijk op [dentons.com](https://www.dentons.com) onder Legal Notices.

Voorts missen wij in het consultatiedocument een degelijke onderbouwing waarom Nederland de totaalwinstgedachte terzijde wenst te schuiven indien een ander land het nalaat om een OESO conform verrekenprijswetgeving op te nemen. Graag zouden wij een overzicht zien van de landen die momenteel geen afdoende verrekenprijswetgeving kennen en die in de budgettering van de gemiste opbrengst van EUR 173 miljoen zijn opgenomen. Ook zouden wij graag inzicht krijgen in welke stappen er worden ondernomen richting die landen om een OESO conforme verrekenprijsbepaling in de wet op te nemen. Gezien de schatting van de opbrengst van EUR 173 miljoen zal het op het Ministerie van Financiën duidelijk zijn welke landen, soort transacties en categorie belastingplichtigen het hier betreft.

De totaalwinstgedachte is een hoeksteen van een evenwichtige belastingheffing in Nederland. Op basis van deze gedachte wordt geheven over de winst uit onderneming gedurende de levensduur van de onderneming. Opbrengsten en kosten die uit andere bronnen dan die uit de onderneming voortkomen worden gecorrigeerd. In 2001 is dit beginsel in artikel 8b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB) verwerkt. Dit artikel bewerkstelligt een correctie van een winstverschuiving die wordt veroorzaakt doordat gelieerde lichamen voorwaarden overeenkomen die onafhankelijke partijen niet zouden overeenkomen. Het huidige voorstel leidt ertoe dat de winst eerst wordt gecorrigeerd naar een zakelijke winst, om die vervolgens te corrigeren naar een niet-zakelijke winst. Dit doet afbreuk aan het zorgvuldig ontwikkelde zakelijkheidsbeginsel en aan de logica van het wetsysteem (zie ook de volgende paragraaf). De enkele opmerking dat dit geoorloofd is om mismatches op te heffen achten wij een onvoldoende rechtvaardiging van een dergelijke inbreuk, zeker in het licht van de niet nader onderbouwde opbrengst.

Evenwichtige toepassing

Verder missen wij een consistente benadering. In het huidige voorstel worden slechts neerwaartse aanpassingen van de winst op grond van artikel 8b Wet Vpb geweigerd. Opwaartse correcties blijven evenwel volledig ongemoeid en dus belast. Indien een belastingplichtige een lening verstrekt aan een buitenlandse groepsmaatschappij, en de zakelijke rente is hoger is dan de overeengekomen rente, maar het andere land kent geen verrekenprijswetgeving om een hogere aftrek toe te staan, dan zou het evenwichtig zijn dat ook in dit geval de Nederlandse correctie niet wordt doorgevoerd. Omwille van een evenwichtige toepassing van het thans voorgestelde afwijkende beginsel zouden wij graag zien dat het wetsvoorstel op dit punt wordt aangepast, zodat ook deze mismatch wordt weggenomen.

Daarnaast missen wij een onderbouwing voor de keuze van de wetgever om alleen te kijken naar de verrekenprijsaanpassing op het niveau van de wederpartij van de transactie, en eventuele verrekenprijsaanpassing bij een andere gelieerde partij (bijvoorbeeld op grond van CFC-wetgeving) buiten beschouwing te laten. Hierdoor ontstaat dubbele belasting, hetgeen toch niet de bedoeling kan zijn.

Ondernemingen versus lichamen

Is het gewenst dat Nederland in haar wetgeving blijft verwijzen naar lichamen terwijl het OESO Modelverdrag en andere landen veelal verwijzen naar ondernemingen (*enterprises*), waardoor andere landen geen verrekenprijzen corrigeren indien een lichaam geen onderneming drijft?

EU recht, bewijslast en proportionaliteitsbeginsel

Wij missen een onderbouwing waarom het EU-rechterlijk gezien proportioneel is om een verrekenprijscorrectie in Nederland achterwege te laten en 25% Vpb te heffen indien de verrekenprijscorrectie in de andere EU lidstaat had geleid tot een winstheffing van bijvoorbeeld 9% (Hongarije)? Waarom wordt de sanctie van in dit

voorbeeld van 25% versus 9% als proportioneel beschouwd? Zou het niet voldoende zijn om slechts het voordeel weg te nemen, namelijk 9%? In het verlengde van deze vraag missen wij tevens een adequate toetsing aan de EU-verdragsvrijheden. Het is onduidelijk of het wetsvoorstel in huidige vorm voldoet aan de EU-wetgeving, onder andere op het gebied van de bewijslastverdeling en proportionaliteit. Artikel 8b Wet Vpb verwijst niet naar meer dan 50% stemrecht en/of doorslaggevende zeggenschap. Betekent dit dat ook derde landen een beroep kunnen doen op het EU-recht (vrijheid van kapitaalverkeer) indien zij worden gediscrimineerd?

Terugwerkende kracht

Wij missen een onderbouwing waarom is gekozen voor terugwerkende kracht ten aanzien van bedrijfsmiddelen die minder dan 5 jaar in gebruik zijn en waarvoor een infokap is geclaimd, en in sommige gevallen zelfs een APA door de Nederlandse belastingdienst voor is afgegeven? Hoe schat het Ministerie de effecten hiervan in op het vestigingsklimaat? Een rechtstelsel is gebaat bij rechtszekerheid en die wordt met de voorgestelde terugwerkende kracht geschaad.

Heffing andere jurisdictie

Wat is de reden om onderscheid te maken tussen een winstbelasting met een tarief van 0% en een subjectieve vrijstelling? Een Nederlandse BV die een infokap ontvangt van haar Nederlandse FBI moedermaatschappij (0%) kan wel een aftrekpost claimen, maar een Nederlandse BV die een infokap ontvangt van haar Luxemburgse SICAV moedermaatschappij (subjectief vrijgesteld) kan dat niet. Wij zouden graag een EU-rechterlijke toelichting hierop zien. Waarom is een onzakelijke kwijtschelding (in hoedanigheid van aandeelhouder) door een groepsmaatschappij in een land zonder heffing in Nederland volledig belast, en niet indien die aandeelhouder is gevestigd in een land dat een winstbelasting kent met een 0% tarief?

Verhouding tot andere bepalingen

Het wetsvoorstel en de toelichting daarop maken niet of onvoldoende duidelijk wat de invloed is van het niet toepassen van een neerwaartse correctie op andere bepalingen in de vennootschapsbelasting. Graag zien wij op dit punt een aanpassing en verheldering.

Tot slot

Wat ons overigens is opgevallen bij de consultaties ten aanzien van fiscale wetgeving is dat het Ministerie van Financiën of de politiek er nauwelijks iets mee lijkt te doen, aangezien de wettekst en toelichting op fiscale wetten veelal vrijwel onaangepast wordt voorgelegd aan het parlement. Het is behalve teleurstellend ook verontrustend dat door de ambtenaren, regering en/of parlement nauwelijks lijkt te worden geluisterd naar de inbreng door of namens het bedrijfsleven. Door te weinig doordachte wetgeving ontstaan vaker discussies tussen het bedrijfsleven en de belastingdienst en kostbare gerechtelijke procedures die tot langdurige onzekerheid voor bedrijven leiden. Een ongewenste situatie.

Hoogachtend,

Dentons Europe LLP