



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Eerlijk delen in de fiscale jungle

Marres, O.

**Publication date**

2012

**Document Version**

Final published version

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Marres, O. (2012). *Eerlijk delen in de fiscale jungle*. (Oratiereeks; No. 439). Universiteit van Amsterdam.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Eerlijk delen in de fiscale jungle

# Eerlijk delen in de fiscale jungle

*Rede*

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt  
van hoogleraar Integriteit van de fiscale grondslag  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op vrijdag 8 juni 2012

door

Otto Marres

Dit is oratie 439, verschenen in de oratiereeks van de Universiteit van Amsterdam.

Opmaak: JAPES, Amsterdam

© Universiteit van Amsterdam, 2012

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

# Inhoud

<b>1. Integriteit</b>	5
<b>2. De kwetsbaarheid van de grondslag</b>	6
2.1 <i>Grondslaguitholling</i>	6
2.2 <i>Grondslagbescherming versus fiscale concurrentie</i>	7
2.3 <i>Fair share</i>	8
<b>3. Internationale grondslagverdeling</b>	14
3.1 <i>Een juridische benadering: fiscale jurisdictie</i>	14
3.1.1 <i>Volkenrecht</i>	14
3.1.2 <i>Belastingverdragen</i>	16
3.1.3 <i>Recht van de Europese Unie</i>	21
3.2 <i>Een economische benadering: de wet van de fiscale jungle</i>	27
3.3 <i>Conclusie</i>	32
<b>4. Grondslagverschuiving en grondslagverdwijning</b>	33
4.1 <i>Inleiding</i>	33
4.2 <i>Verschuiving van functies en risico's</i>	34
4.3 <i>Allocatie van rentelasten</i>	34
4.4 <i>Internationale mismatches</i>	35
<b>5. Renteaftrek en grondslagbescherming in Nederland</b>	36
5.1 <i>Aftrekbaarheid van rente</i>	36
5.2 <i>Misbruikbestrijding door open normen en oogmerktoetsen</i>	38
5.3 <i>Het Bosalgat</i>	40
5.4 <i>Internationale dispariteiten; mismatches en tariefarbitrage</i>	44
5.5 <i>Defiscalisering groepsrente</i>	44
5.6 <i>Aftrekbeperking versus heffing</i>	45
<b>6. Conclusies</b>	45
<b>Dankwoord</b>	46
<b>Noten</b>	48

*Mevrouw de Rector Magnificus,  
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

## 1. Integriteit

Toen ik als jonge fiscalist eens in een fiscale databank op mijn eigen achternaam zocht, vond ik als eerste en oudste verwijzing een verslag van een afscheidscollege uit 1954 over de geschiedenis van de Nederlandse accijnswetgeving, met de volgende passage:<sup>1</sup>

‘Klinkt in de oren van ons ouderen niet de naam: Marres, de Maastrichtse brander en distillateur, die door zijn verwoede strijd tegen de fiscus tot herhaalde wetwijzigingen noopte, alvorens hij zijn knoei-practijken naliet en zijn bedrijf sloot? Men leze slechts de Kamerstukken betreffende de wijzigingswetten van 1898, 1901 en 1907 – de woorden kwaadwillige distillateurs, schromelijke misbruiken, kunstgrepen van sommige distillateurs, zijn uitingen van de ministeriële boosheid.’

De belastingmoraal was in Maastricht, in die tijd, niet hoog, in ieder geval niet bij tenminste één van mijn familieleden.<sup>2</sup> Dat lag ongetwijfeld goeddeels aan de moeizame verstandhouding tussen Maastricht en de Hollanders – de morele kwalificatie van de bedoelde gedragingen zal in Maastricht in die tijd ongetwijfeld zeer hebben afgeweken van die in Holland – maar dat terzijde.

Ik moest aan het genoemde citaat denken toen ik – teneinde wat inspiratie op te doen – de oratie van mijn collega Hirsch Ballin raadpleegde, en daarin een verwijzing naar zijn familiegeschiedenis aantrof die voor zijn betoog illustratief was. Is het citaat over mijn familielid<sup>3</sup> even illustratief voor mijn betoog? Menigeen vermoedt het. Toen bekend werd dat ik een leerstoel met de naam Integriteit van de fiscale grondslag zou gaan bekleden, werd wel geopperd dat ik mijn onderzoeksterrein zeker zou moeten verleggen naar ethische vraagstukken. Maar nee, de term integriteit zoals die wordt gebezigd in de naam van mijn leerstoel ziet niet op morele rechtschapenheid. Integriteit van de fiscale grondslag moet worden begrepen als de ongeschondenheid van de belastinggrondslag, meer in het bijzonder de grondslag voor de heffing van

vennootschapsbelasting. Ethische vragen spelen ook een rol, maar in mijn opvatting een bijrol.

Ik zal hierna eerst ingaan op het probleem. Daarna zal ik achtereenvolgens ingaan op de vragen hoe de belastinggrondslag tussen de staten wordt verdeeld, wat de grootste bedreigingen zijn van de grondslag, en hoe die het hoofd geboden kunnen worden.

## 2. De kwetsbaarheid van de grondslag

### 2.1 *Grondslaguitholling*

De opbrengst van de vennootschapsbelasting wordt door allerlei factoren beïnvloed. Allereerst uiteraard door de conjunctuur. In tijden van hoogconjunctuur is de opbrengst van de vennootschapsbelasting duidelijk hoger dan in tijden van laagconjunctuur.<sup>4</sup> De conjunctuur en andere uitwendige factoren, dat wil zeggen de factoren die buiten de fiscaliteit zijn gelegen, laat ik hier buiten beschouwing; ik richt me op gedrag van belastingplichtigen. Zij kunnen op velerlei wijzen trachten hun belastingplicht te mitigeren. Bijvoorbeeld door fraude. Daar is het strafrecht tegen gericht, en ik zal daar niet verder op ingaan. Ik laat belastingontduiking buiten beschouwing en beperk me tot een analyse van belastingontwijking, dat wil zeggen gedragingen waarbij belastingplichtigen binnen de grenzen van de wet hun belastingplicht trachten te minimaliseren. Dat kunnen belastingplichtigen doen door het profiteren van fiscale tegemoetkomingen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van de innovatiebox waardoor een deel van de winst niet wordt belast, of anders gezegd, de innovatiewinst wordt belast tegen een laag effectief tarief. Dat is door de wetgever beoogd gedrag. Interessanter wordt het wanneer belastingplichtigen niet beoogd, en mogelijk door de fiscus ongewenst gedrag vertonen, bijvoorbeeld door allocatie van functies, risico's en vermogensbestanddelen op basis van fiscale overwegingen. Veel ondernemingen trachten door een fiscaal optimale allocatie van deze functies, risico's, activa en passiva hun grondslag zoveel mogelijk toe te rekenen aan een jurisdictie waar de effectieve druk het laagste is. Men denke aan de situatie waarin een vennootschap geld, beleggingen of immateriële goederen inbrengt in een laagbelaste buitenlandse vennootschap, groepsschulden creëert tussen een hoogbelaste debiteur en een lagerbelaste crediteur, productie of onderzoek en ontwikkeling laat plaatsvinden voor rekening en risico van een laagbelaste vennootschap, etcetera. Hieraan verwant is het gebruik van internationale kwalificatieconflicten (mismatches bij de kwali-

ficaties van entiteiten, vermogen en transacties), zodat winst nergens wordt belast.

## 2.2 Grondslagbescherming versus fiscale concurrentie

Staten spelen in dit verhaal een dubbelrol. Enerzijds scherpen zij hun wetgeving aan om grondslaguitholling te voorkomen, anderzijds concurreren zij met hun belastingstelsel teneinde activiteiten aan te trekken. Het verlies aan belastingopbrengsten ter zake van reeds bestaande activiteiten kan geheel of deels worden goedgeemaakt door belastingopbrengsten van nieuwe activiteiten die worden ontplooid door hier al aanwezig of hierheen gelokte ondernemingen; wanneer dit ten koste gaat van de belastingopbrengst van andere staten dan spreekt men van *beggar thy neighbour* politiek<sup>5</sup>, een bepaald impopulair fenomeen.

Een competitief stelsel kan dus tot hogere belastingopbrengsten leiden. Daarbij komt nog dat een competitief vestigingsklimaat ook een gunstig effect heeft op andere heffingen, zoals BTW en loonbelasting, en de werkgelegenheid bevordert bij zowel de ondernemer zelf als die bij toeleveranciers en dienstverleners (al zijn het maar pizzakoeriers, notarissen en belastingadviseurs). Het loont dus om op fiscaal gebied te concurreren, zoals ook blijkt uit onderzoek.<sup>6</sup> Weliswaar wordt de aantrekkelijkheid van een vestigingslocatie voor ondernemingen slechts deels bepaald door fiscale overwegingen, ook de infrastructuur, de kwaliteit van beschikbare arbeidskrachten en vele andere factoren spelen een rol, maar een concurrerend en stabiel belastingklimaat blijft een zeer belangrijke factor.<sup>7</sup> De vennootschapsbelasting speelt daarbij een belangrijke rol (evenals bijvoorbeeld loonheffingen, dividendbelasting en belastingverdragen).

De aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat is relatief, want afhankelijk van het vestigingsklimaat van andere landen, en bovendien zal de concurrentiekracht van een staat afhankelijk zal zijn van het type onderneming, bijvoorbeeld een Nederlandse groep met een Nederlands hoofdkantoor, een buitenlandse groep met een regionaal hoofdkantoor in Nederland, of met een Nederlandse werkmaatschappij, et cetera.

Ik voeg daar meteen aan toe dat er – zeker de laatste jaren – meer reserves bestaan tegenover structuren waarbij in Nederland slechts beperkte reële activiteiten plaatsvinden. Zo zei bijvoorbeeld toenmalig staatssecretaris Bos in een interview met NRC Handelsblad in 2000: ‘Ik heb minder affectie met ondernemingen die geen enkele bedrijvigheid met zich meebrengen dan met bedrijven die een reële bijdrage leveren aan de economie’.<sup>8</sup> En afgelopen maandag zei de huidige staatssecretaris, op een congres op de VU: ‘Ik ben alleen geïnteresseerd in bedrijven die substance bieden, die werkelijk toegevoegde waarde



hebben voor de Nederlandse economie'.<sup>9</sup> Zo denkt de Tweede Kamer er grotendeels eveneens over. Uit een debat van 1 februari van dit jaar in de Tweede Kamer over het internationaal verdragsbeleid blijkt dat doorstroomvennootschappen, ofwel 'brievenbusmaatschappijen' kritisch worden beoordeeld.<sup>10</sup> Mevrouw Neppéus van de VVD zei het bijvoorbeeld als volgt: 'Het is van belang dat hier bedrijven zijn, juist ook in het financiële centrum, maar als het alleen een brievenbus is, terwijl er verder helemaal niets gebeurt, heb ik er wat minder behoefte aan.'<sup>11</sup> Daarbij speelt tevens een rol dat bij sommigen de gedachte leeft dat ondernemingen in Nederland met een geringe substance worden ingezet om bronheffingen in derde landen, met name ontwikkelingslanden, te ontgaan, en zo deze landen hun fair share te onthouden.<sup>12</sup>

Het belang dat aan een gunstig vestigingsklimaat voor verschillende typen ondernemingen wordt gehecht berust op een politieke keuze. Iets anders is het wanneer men ondernemingen een beperkte substance, en de motieven daarvoor, verwijt. Nederland is een vrij land en men kan kiezen hoeveel substance men in Nederland aanhoudt. Als er weinig gebeurt in Nederland dan is het vanzelfsprekend dat er ook weinig belasting wordt geheven. Dat aanspraak wordt gemaakt op een laag bronheffingstarief in een ander land is het gevolg van wetten en verdragen. Het is aan de desbetreffende verdragspartners om bij wet of verdrag te bewilligen in een laag bronheffingstarief teneinde investeringen aan te trekken, en op welke voorwaarden, en het is – zoals Snel betoogt<sup>13</sup> – op zijn minst paternalistisch om Nederland te verwijten dat een ander land te weinig belasting kan heffen. Een andere kwestie is dat er mogelijk een informatieachterstand is bij de andere staat, of dat er te hoge prijzen worden berekend aan een belastingplichtige in die staat, maar verdragen dienen nu juist mede om dergelijke euvels te verhelpen.<sup>14</sup>

Voor zover in Nederland de politieke wens bestaat om fiscaal te concurreren moet voorts rekening worden gehouden met internationale juridische en politieke beperkingen. Met name het Europese staatssteunverbod<sup>15</sup> stelt grote beperkingen, maar ook de gedragscode over belastingheffing van ondernemingen<sup>16</sup> speelt een belangrijke rol.

### *2.3 Fair share*

De vraag of het bedrijfsleven zijn steentje bijdraagt aan de belastingopbrengst leidt geregeld tot verwoede discussies in het publieke debat. Bij velen bestaat de indruk dat sprake is van belastingontwijking op ruime schaal, door met name multinationale ondernemingen. Door fiscale constructies zouden zij er in slagen om hun belastinglast te drukken.<sup>17</sup>

In Den Haag staan deze onderwerpen al enige tijd in de belangstelling. Tekenend is het spoeddebat over winstbelasting multinationals op 28 februari 2008.<sup>18</sup> De heer Vendrik meende:<sup>19</sup>

‘Internationaal slaat Nederland de plank ook volledig mis. Nederland blijkt weer eens voorop te lopen in die onzalige internationale wedloop voor een nog lagere belastingdruk voor de grote internationale bedrijven. Ik vraag de staatssecretaris met klem deze situatie met mij te veroordelen. Ik vraag om actie. (...) Mijn oproep aan de staatssecretaris is: dicht die gaten, zorg dat er nog een beetje belasting betaald wordt en dat wij af komen van dat fantastische belastingparadijs dat wij vandaag de dag zijn.’

De heer Irrgang wilde weten wat de fiscale grondslag is van de AEX-bedrijven, en of het waar is dat slechts vijf van de twintig grootste bedrijven belasting betalen in Nederland.<sup>20</sup>

En de heer Tang wilde weten of nul een fair share is, of dat multinationals meer dan nul belasting moeten betalen.<sup>21</sup>

Kennelijk bestond er bij in ieder geval een deel van de kamer twijfel over de bijdrage van een fair share van multinationals.

Niet alleen in Nederland, maar ook in het buitenland worden de multinationals opgeroepen hun fair share te laten betalen, en klinkt de roep om transparantie. Ik geef een paar recente voorbeelden binnen EU- en OESO-verband:

- In een mededeling van de Europese Commissie van 28 april 2009 wordt opgeroepen tot meer fiscale transparantie en uitwisseling van informatie en bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie<sup>22</sup>
- In een consultatiedocument van februari 2011 roept de OESO op tot meer transparantie om agressieve tax planning te bestrijden;<sup>23</sup>
- In een voorstel van de Europese Commissie van 25 oktober 2011 ter aanpassing van de jaarverslaggevingsrichtlijnen wordt voorgesteld om voor ondernemingen op het gebied van de winningindustrieën (o.a. olie, gas, mijnbouw) de verplichting van ‘per country reporting’ te introduceren, hetgeen onder meer inhoudt dat per land wordt aangegeven wat de fiscale verplichtingen zijn;<sup>24</sup>
- In een working paper van 29 februari 2012 neemt de Europese Commissie het standpunt in dat het onwenselijk is dat binnen de interne markt geen belasting is verschuldigd over grensoverschrijdende activiteiten en poogt zij informatie te verkrijgen om beleid te ontwikkelen om aan dubbele non-belasting een eind te maken;<sup>25</sup>

- In een rapport van 5 maart 2012 beschrijft de OESO verschillende vormen van mismatches waarmee verschillen tussen de belastingstelsels van staten worden geëxploiteerd, en worden aanbevelingen gedaan aan belastingautoriteiten;<sup>26</sup>
- Het Europees Parlement heeft op 19 april 2012 een resolutie aangenomen waarin de EU-lidstaten en de Europese Commissie worden opgeroepen om belastingfraude en -ontduiking te bestrijden, en een einde te maken aan brievenbusmaatschappijen.<sup>27</sup>

Kennelijk bestaat er wantrouwen over de betaling van een fair share en transparantie daarover van multinationale ondernemingen. Wat betreft de transparantie merk ik op dat Nederland een verklaard<sup>28</sup> voorstander is van transparantie en streeft naar internationale afspraken die gelden voor alle internationaal opererende bedrijven, onder meer over per country reporting. Ik ga daar hier niet verder op in, maar verleg mijn aandacht naar de vraag of multinationale ondernemingen hun fair share betalen.

De vraag is uiteraard: wat is een fair share?

Als de fair share beoordeeld wordt vanuit het perspectief van de heffende staat dan stuit men op het probleem dat er geen helder zicht is op de grondslag die een staat toekomt. Alle staten bepalen zelf waarover zij belasting willen heffen (object), van wie (subject), en hoe de grondslag en het tarief worden bepaald. Die keuzes zijn politiek van aard.<sup>29</sup> Er bestaat niet zoiets als een op natuurrechtelijke gronden toekomende belastinggrondslag. Daarbij komt dat de Nederlandse vennootschapsbelasting een onduidelijke rechtsgrond heeft en dat aan die rechtsgrond geen vastomlijnd idee valt te ontleen van wat 'winst' is.<sup>30</sup> De fair share is niet gebeiteld in steen maar geschreven in water, en het is daarom vrijwel onmogelijk om aan te geven wanneer een ondernemer de Nederlandse fiscus zijn 'fair share' zou onthouden. Evenmin is een lage belastingdruk een indicatie voor het niet betalen van een fair share in andere staten.

Laat ik een voorbeeld geven. Tot verontwaardiging van velen zijn er kennelijk ondernemingen die grote winsten behalen terwijl zij daarover in Nederland nauwelijks vennootschapsbelasting betalen.<sup>31</sup> Laten wij aannemen dat er inderdaad ondernemingen zijn die – geconsolideerd bezien – winst behalen, terwijl zij in Nederland geen vennootschapsbelasting betalen. Laten wij voorts aannemen dat die ondernemingen evenmin vennootschapsbelasting verschuldigd zijn (en dat zij dus geen wanbetalers zijn) en dat de belastingaanslag juist is vastgesteld (en dat de belastingdienst dus niet heeft zitten slapen). In dat geval is er kennelijk geen in Nederland belastbare winst. Die omstandigheid zegt op zichzelf weinig over de aard van ontgaanspraktijken, omdat zij ver-

schillende oorzaken kan hebben. Het kan zo zijn dat alle winstgevende activiteiten zich in het buitenland bevinden. Het kan zo zijn dat er in Nederland relatief veel rentelasten vallen. Het kan ook zo zijn dat er opzetjes zijn die uit louter fiscale overwegingen plaatsvinden en geen enkele reële betekenis hebben. Het enkele feit dat er in Nederland geen belasting wordt betaald terwijl een Nederlandse vennootschap geconsolideerd gezien winst maakt zegt op zichzelf dus niet zoveel.

In plaats van uit te gaan van een 'natuurlijke' grondslag, kan men aan de fair share gedachte ook invulling geven door te beoordelen in hoeverre het handelen van een belastingplichtige fiscaal gedreven is. Zo beschouwd zou het een norm zijn ter onderscheid van aanvaardbare en niet aanvaardbare tax planning. Een alom aanvaard adagium, dat in dit verband relevant is, houdt in dat belastingplichtigen niet verplicht zijn de fiscaal ongunstigste weg te kiezen. Ik verwijs naar een paar aansprekende citaten, om te beginnen wat klassieke citaten uit de Verenigde Staten:

'Over and over again courts have said there is nothing sinister in so arranging one's affairs as to keep taxes as low as possible. Everybody does so, rich or poor; and all do right, for nobody owes any public duty to pay more than the law demands; taxes are enforced exactions, not voluntary contributions. To demand more in the name of morals is mere cant...'<sup>32</sup>

En:

'Anyone may arrange his affairs so that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which best pays the treasury. There is not even a patriotic duty to increase one's taxes.'<sup>33</sup>

En:

'The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted.'<sup>34</sup>

Dat zijn nogal belegen citaten. Maar ook tegenwoordig geldt dit adagium nog, zoals de OESO, een club van overheden, erkent:

'MNEs are free to organise their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups cannot

be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regard. In making this decision, tax considerations may be a factor. (...).<sup>35</sup>

En zie ook oud-Advocaat Generaal bij het Hof van Justitie Geelhoed.<sup>36</sup>

Het is in beginsel volkomen rechtsgeldig en zelfs een grondbeginsel voor de idee van een interne markt, dat belastingplichtigen hun (grensoverschrijdende) belastingzaken op de voor hen meest gunstige manier proberen te regelen.

Het is een willekeurige greep citaten waaruit volgt dat tax planning is toegestaan. Ondernemers kunnen hun ondernemingsactiviteiten zo inrichten dat zij zo min mogelijk belasting betalen. Ook in Nederland geldt het beginsel dat de belastingplichtige – binnen de grenzen van de wet – de vrijheid heeft om de voor hem fiscaal meest voordelige weg te kiezen. Met andere woorden: als een belastingplichtige maar niet fraudeert en aan alle informatieverplichtingen voldoet, dan mag hij zijn zaken zo inrichten dat hij zo min mogelijk belasting betaalt. Het is aan de belastingwetgever om er voor te zorgen dat elke belastingplichtige zijn fair share betaalt, hetzij door een robuust belastingstelsel te creëren, hetzij door antimisbruikbepalingen in de wet op te nemen.

Tax planning mag, maar zijn er grenzen aan tax planning? Dit kan men juridisch en ethisch beoordelen. In juridische zin kan – in nationaal perspectief – worden gewezen op het leerstuk van de wetsontduiking, ofwel *fraus legis*. Dit leerstuk is een bijzonder rechtsmiddel dat kan worden toegepast indien het handelen van een belastingplichtige is ingegeven door belastingverijdelende motieven en daarmee in strijd met doel en strekking van de wet wordt gekomen.<sup>37</sup> Ook in deze context geldt overigens dat indien er verschillende wegen openstaan om een zakelijk doel te bereiken, de belastingplichtige de meest voordelige weg kan kiezen, maar die vrijheid is niet onbegrensd. Wanneer op willekeurige wijze, door het gebruik van een kunstgreep, belasting wordt vermeden, dan kan de belastingrechter ingrijpen door het leerstuk *fraus legis* toe te passen.<sup>38</sup> Men zou kunnen zeggen dat het belang van rechtszekerheid in dit geval moet wijken voor het aan de rechtvaardigheid ontleende belang dat ieder het zijne moet bijdragen. *Fraus legis* is een *ultimum remedium*, een laatste redmiddel. Biedt dit leerstuk geen soelaas dan houden de juridische middelen op.

De vraag is dan of er ook ethische grenzen aan tax planning zijn. Over die vraag is in Nederland een wetenschappelijk debat ontstaan.<sup>39</sup> Tax planning

staat soms in een kwade reuk. Het is de vraag in hoeverre dat terecht is. Voor multinationals zijn belastingen kosten, en teneinde competitief te zijn moeten ondernemingen hun belastingen, evenals andere kosten, zo goed mogelijk beheersen. Men kan dan ook niet verwachten dat ondernemingen zich als hoeder van doel en strekking van de wet opstellen. Ik ben geen voorstander van ongebreidelde tax planning, maar vindt dat – gegeven de competitieve omgeving van ondernemingen –<sup>40</sup> de verantwoordelijkheid bij de wetgever ligt die voor duidelijke normen en een robuuste wetgeving moet zorgen. Ter illustratie: door ondoordachte wetgeving was het in 2007 mogelijk om naar willekeur een rentestroom op gang te brengen van een Nederlandse vennootschap naar een buitenlandse groepsmaatschappij, indien de rente maar tegen een tarief van ten minste 10% werd belast. Indien bijvoorbeeld een kapitaalstorting werd schuldig gebleven aan een Belgische financieringsdochter die onderworpen was aan een effectief tarief van 10% dan kon de rente worden afgetrokken tegen het Nederlandse tarief, dat twee en een half keer zo hoog was, terwijl de opbrengst uit de Belgische dochter in Nederland onbelast was. Duidelijk was de wet zeker, maar robuust allerm minst. Ik heb daar tegen geageerd in een artikel met de veelzeggende titel: De onzin van de redelijkeheffingnorm.<sup>41</sup> Een paar maanden later werd de wet overigens aangepast, maar ik erken direct dat dit zonder mijn artikel ook wel zou zijn gebeurd.<sup>42</sup>

Met het voorgaande betoog wil ik niet tot uitdrukking brengen dat de fair share gedachte geen reële betekenis heeft. Weliswaar trachten ondernemingen met een winststreven hun belastingafdracht te minimaliseren, aangezien belastingen voor hen nu eenmaal kosten zijn, maar het ongebreideld nastreven van een zo laag mogelijke belastingafdracht kan tot andere schade leiden, met name reputatieschade.<sup>43</sup> Men denke aan de succesvolle campagne van Wakker Dier tegen plofkoppen.<sup>44</sup> De plofkip is ontstaan – ik citeer nu Wakker Dier<sup>45</sup> – ‘door jarenlang doorfokken op steeds goedkoper vlees. In 6 weken tijd wordt een kuikentje van 50 gram afgemest tot vleeshomp van ruim 2,2 kilo.’ Bij haar campagne maakt Wakker Dier gebruik van – ik citeer wederom Wakker Dier – ‘een breed scala aan publicitaire middelen, inclusief radio en televisie. Daarin zullen wij onder andere bedrijven die met ‘plofkip’ blijven werken, via reclameboodschappen publiekelijk aanspreken. Tevens zetten wij aanbieders die omschakelen in het zonnetje. Door deze aanpak verdween al eerder het kooi-ei uit het supermarktschap en kwam er een einde aan de verkoop van blank – bloedarmoede – kalfsvlees.’<sup>46</sup> Een succesvolle aanpak om maatschappelijk verantwoord ondernemen af te dwingen, niet via juridische weg, maar via de techniek van ‘framing’. Agressieve tax planning zou voor ondernemingen die gevoelig zijn voor negatieve publiciteit daarover, kunnen transformeren in een

fiscale plofkip. En wat lang maatschappelijk aanvaardbaar is geweest, kan dat plots niet meer blijken te zijn.<sup>47</sup>

Ik keer terug naar het recht.

### 3. Internationale grondslagverdeling

Hoewel winstdrainage zich ook in een louter nationale situatie kan voordoen (indien grondslag verschuift naar een vennootschap die effectief geen of weinig belasting betaalt, bijvoorbeeld door vrijstellingen of verrekenmogelijkheden), is het probleem nauw verbonden met dat van de internationale winstallocatie. Bij de beantwoording van de vraag welke grondslag een staat toekomt, kan een juridische en een economische invalshoek worden gekozen. Ik begin met een juridische benadering.

#### 3.1 Een juridische benadering: fiscale jurisdictie

##### 3.1.1 Volkenrecht

Welke grondslag een staat toekomt, bepaalt die staat in hoge mate zelf. Het volkenrecht stelt slechts zeer ruime en vage grenzen aan de fiscale soevereiniteit van landen. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat er een betrekking moet zijn met een staat om die staat fiscale jurisdictie te verschaffen,<sup>48</sup> is het onduidelijk hoe het minimum moet worden vastgesteld.<sup>49</sup>

Martha onderscheidt in zijn proefschrift de persoonlijke, territoriale en functionele soevereiniteit. Volgens hem dient er een fiscale gebondenheid te zijn tussen de staat en het belastbaar subject of object, en bestaat er in sommige gevallen – bij afwezigheid van een persoonlijke betrekking gebaseerd op nationaliteit of woonplaats – een beperkte fiscale aansprakelijkheid. Martha komt tot de conclusie dat staten allereerst op basis van het nationaliteitsbeginsel volledig bevoegd zijn om hun onderdanen te belasten.<sup>50</sup> Voorts kunnen zij op grond van hun territoriale soevereiniteit vreemdelingen, zowel natuurlijke als rechtspersonen, belasten die in hun staat wonen of gevestigd zijn<sup>51</sup>, of inkomsten uit die staat verkrijgen (bijvoorbeeld de winst van een vaste inrichting in die staat)<sup>52</sup>, en vermogen in de staat aanhouden.<sup>53</sup> Ten slotte kunnen zij op functionele basis heffen<sup>54</sup>; Martha verwijst hier onder andere naar de Internationale Zeebodem Autoriteit (International Seabed Authority).<sup>55</sup> Als voorbeeld van een rechtsmachtoverschrijding bespreekt hij het geval waarin een staat belasting heft van een vreemdeling en niet-inwoner over dividenden die zijn uitgekeerd door een vreemdrechtelijk en in een andere staat gevestigde vennoot-

schap die inkomen in de belastingheffende staat heeft verworven.<sup>56</sup> Dit is een vorm van heffing waar art. 10, vijfde lid, van het OESO-modelverdrag tegen gericht is (ongeacht het recht van oprichting van de uitkerende vennootschap). In het officiële commentaar op die bepaling wordt gesproken over extraterritoriale heffing.<sup>57</sup> In het zogenoemde Ierland I arrest was sprake van een vergelijkbare situatie, zij het dat de uitdelende vennootschap was opgericht naar het recht van Nederland, de heffende staat, en de situatie dus afwijkt van het door Martha genoemde voorbeeld.<sup>58</sup> Het algemene volkenrecht is daar niet aan de orde gekomen, het geschil beperkte zich tot verdragstoepassing.

Zoals ik hiervoor opmerkte wordt er algemeen van uitgegaan dat een staat niet mag heffen indien er geen betrekking bestaat met inkomen, vermogen of persoon. Dat betekent dat er in beginsel geen fiscale jurisdictie over de buitenlandse winst van een buitenlandse vennootschap bestaat. Maar mag die staat wel een binnenlandse aandeelhouder van die vennootschap over de winst van die vennootschap belasten? Die vraag is relevant met betrekking tot CFC-wetgeving, inhoudende dat de buitenlandse winst van een (al dan niet passieve en/of laagbelaste) buitenlandse vennootschap bij haar aandeelhouder kan worden belast. Avi-Yonah wijst erop dat de Verenigde Staten bewust aanknopings hebben gezocht bij de aandeelhouder om een inbreuk op internationaal gewoonterecht te voorkomen. Hij voegt daar overigens aan toe dat de Verenigde Staten zich niet langer aan die regel gebonden achten vanwege de praktijk in andere staten.<sup>59</sup> Naar algemeen wordt aangenomen vormt CFC-wetgeving, inhoudende dat de aandeelhouder wordt belast over de winst van een buitenlandse vennootschap, geen rechtsmachtoverschrijding, gelet op het aanknopingspunt dat de woonplaats van de aandeelhouder vormt.<sup>60</sup> (Het kan mogelijk wel in strijd zijn met een belastingverdrag of EU-recht; zie hierna.) De heffing over de winst op het niveau van de aandeelhouder lijkt niet in strijd met internationaal recht.

Aan de problematiek van fiscale jurisdictie verwant, is de problematiek van de verdeling van heffingsrechten. In dit verband spelen vragen als: hoe moet de winst van een multinationale groep worden verdeeld, en is er een verbod op internationale juridische dubbele belasting? Wat betreft de verdeling van de groepswinst is van belang of hier het wereldwijd toegepaste at arm's length beginsel bindend is als internationaal gewoonterecht. Dat is het geval wanneer er – kort gezegd – bij staten een gewoonte bestaat die als bindend wordt ervaren (dat wil zeggen dat er een rechtsovertuiging is dat de gewoonte rechtens noodzakelijk is).<sup>61</sup> Gelet op de schaal waarop het arm's length beginsel wordt toegepast, zowel op grond van verdragen als op grond van nationaal recht, bestaan er argumenten voor de stelling dat het at arm's length beginsel tot het



gewoonterecht is gaan behoren<sup>62</sup>, waarmee niet gezegd is dat dit ook zo zal blijven.<sup>63</sup>

Dan nog een paar woorden over internationale dubbele belasting. Als internationale juridische dubbele belasting in strijd zou zijn met internationaal recht, dan zou dat inhouden dat het heffingsrecht van de ene staat derogeeft aan dat van de andere staat. Aan het internationale recht kunnen echter geen normen worden ontleend voor een 'eerlijke' of 'natuurlijke' verdeling van heffingsrechten. De afbakening van heffingsbevoegdheid berust op beleidskeuzes van de wetgevers van de staten, en de verdeling van heffingsrechten ter voorkoming van dubbele belasting is aan de verdragssluitende staten.<sup>64</sup> Terzijde merk ik op dat ook het Hof van Justitie van de EU de grondslagverdeling aan de lidstaten laat (zie hierna).

Van groter praktisch belang dan de volkenrechtelijke grenzen die aan de fiscale soevereiniteit worden gesteld, zijn de grenzen die staten zelf aanvaarden door het sluiten van verdragen. Verreweg de belangrijkste bron van internationaal belastingrecht bestaat uit verdragen, met name belastingverdragen. Die behandel ik hierna. Ook mensenrechtenverdragen, investeringsbeschermingsovereenkomsten, vriendschapsverdragen, verdragen inzake administratieve bijstand, en vele andere verdragen kunnen van belang zijn, maar blijven hier verder buiten beschouwing. Wel behandel ik hierna nog het in deze context zeer relevante recht van de Europese Unie.

### *3.1.2 Belastingverdragen*

De door staten gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting zijn doorgaans bilaterale verdragen. Er is een relatief grote eenvormigheid door de enorme invloed van het OESO-modelverdrag. Op grond van de door dit model gekozen methode komt de heffing over inkomsten van personen, waaronder begrepen natuurlijke personen en rechtspersonen, veelal toe aan de woonstaat van die persoon, met in voorkomende gevallen een veelal beperkt heffingsrecht in de bronstaat. De algemene regeling voor de verdeling van heffingsrechten over winst uit een onderneming is dat een staat recht heeft op de winsten behaald door zijn inwoners, tenzij die winst toerekenbaar is aan een vaste inrichting in de andere staat. De belastingverdragen regarderden in beginsel slechts de toewijzing van winst aan de verdragssluitende staten maar treden niet in de berekening van die winst. Er moet nog wel gesproken kunnen worden van 'winst'. Het OESO-modelverdrag spreekt immers zowel in art. 7, over de toewijzing van heffingsrechten, als in art. 9, over transfer pricing, over 'profits', maar definieert die term niet. De term moet dus, tenzij de context anders vereist, op de voet van art. 3, tweede lid, worden uitgelegd naar nationaal recht.

Gelet op de gebruikelijke betekenis van het woord ‘profit’, zowel naar algemeen spraakgebruik als in een fiscale context, wordt verondersteld dat de verdragsluitende staten een grondslag hanteren die in zekere zin aansluit bij het bedrijfseconomische concept van ‘winst’, dus omzet minus kosten. Daarmee wil ik niet zeggen dat alle kosten aftrekbaar moeten zijn maar wel dat een heffing met het karakter van een omzetbelasting, indien die al onder de reikwijdte van een verdrag zou vallen, zich niet verdraagt met een op de leest van het OESO-modelverdrag geschoeid verdrag.

Vervolgens is van belang dat bij de verdeling van winsten binnen een groep van vennootschappen, en tussen een vaste inrichting en andere delen van de onderneming, het at arm’s length beginsel dient te worden nageleefd. Art. 9 van het OESO-modelverdrag bepaalt dat staten de mogelijkheid hebben om – kort gezegd – de winst van gelieerde maatschappijen te corrigeren voor onzakelijke voorwaarden. Dit artikel bevat derhalve een instrument voor staten om grondslagverschuiving tegen te gaan, maar houdt ook een bescherming in voor belastingplichtigen in de zin dat winstcorrecties in overeenstemming met het at arm’s length beginsel moeten zijn.<sup>65</sup>

Afgezien van transacties tussen partijen kan nog gewezen worden op twee andere manieren waarop belastingplichtigen grondslag verschuiven: het onderbrengen van passief inkomen in buitenlandse dochtermaatschappijen en de aftrek van rente, royalty’s en andere betalingen binnen een groep.

Het probleem van renteaftrek brengt onze aandacht weer op de verdeling van heffingsrechten. Zoals ik hiervoor opmerkte gaat de OESO uit van de heffing over winst, maar is dit winstbegrip niet gedefinieerd. In hoeverre moet rente nu aftrekbaar zijn? Het is duidelijk dat de OESO uitgaat van de aftrekbaarheid van rente. Ik geef een paar voorbeelden. Ten eerste: in het rapport uit 2010 over winsttoerekening aan een vaste inrichting wordt de term ‘free capital’ geïntroduceerd ter onderscheiding van rentedragende schulden. Free capital wordt gedefinieerd als ‘funding that does not give rise to tax deductible return in the nature of interest’.<sup>66</sup> Renteaftrek wordt dus als onderscheidend criterium gebruikt. Ten tweede art. 24, vierde lid, van het OESO-modelverdrag, waarin wordt bepaald dat rente en royalty’s en andere betalingen aan een inwoner van de andere staat onder dezelfde voorwaarden aftrekbaar moeten zijn als betalingen aan een inwoner van de staat van de betaler. Ten derde wijs ik op paragraaf 35 van het officiële commentaar op art. 11, zesde lid, van het OESO-modelverdrag, waarin wordt opgemerkt dat

‘ ... this paragraph can affect not only the recipient but also the payer of excessive interest and if the law of the State of source permits, the excess

amount can be disallowed as a deduction, due regard being had to other applicable provisions of the Convention. ...<sup>7</sup>

Dat zijn een paar voorbeelden waaruit kan worden afgeleid dat wordt uitgegaan van de aftrekbaarheid van rente. Dat ligt ook wel in de rede, nu in de praktijk bijna alle westerse staten een renteaftrek kennen.<sup>67</sup> Maar dat wil niet zeggen dat aan het OESO-modelverdrag een norm ontleend kan worden dat rente aftrekbaar zou moeten zijn. Het tegendeel blijkt uit verschillende voorbeelden. Ten eerste wijs ik op paragraaf 54 van het OESO-rapport 'Thin capitalisation' van 26 november 1986 (hierna: Thin cap rapport):<sup>68</sup>

'... the Model does not specifically require that any payment defined as interest must ipso facto be deducted in arriving at the taxable profits of the payer. Although the Model does provide ... that, in certain circumstances, if interest is deductible when it is paid to a domestic resident it must also be deductible when paid to a resident of the other Contracting State, this leaves open the question whether the interest would be deductible in the first place. ...'

Ten tweede wijs ik op paragraaf 55 van het officiële commentaar op art. 7, vierde lid, OESO-modelverdrag (versie 2008):

'The use of any method which allocates to a part of an enterprise a proportion of the total profits of the whole does, of course, raise the question of the method to be used in computing the total profits of the enterprise. This may well be a matter which will be treated differently under the laws of different countries. This is not a problem which it would seem practicable to attempt to resolve by laying down any rigid rule. It is scarcely to be expected that it would be accepted that the profits to be apportioned should be the profits as they are computed under the laws of one particular country; each country concerned would have to be given the right to compute the profits according to the provisions of its own laws.'

Ten derde wijs ik op paragraaf 30 van het officiële commentaar op art. 7, tweede lid, OESO-modelverdrag (versie 2010)

'... Paragraph 2 does not deal with the issue of whether expenses are deductible when computing the taxable income of the enterprise in either Contracting State. The conditions of the deductibility of expenses are a matter

to be determined by domestic law, subject to the provisions of the Convention and, in particular, paragraph 3 of Article 24 ...’

Ten slotte nog paragraaf 38 van het officiële commentaar op art. 23A, OESO-modelverdrag (versie 2008):

‘... Articles 6 to 22 also lay down rules attributing the right to tax in respect of the various types of income or capital without dealing, as a rule, with the determination of taxable income or capital, deductions, rate of tax, etc. (...)’.

In beginsel is het dus aan de verdragsluitende staten of zij rente in mindering brengen op de belastbare winst, zij het dat zij zich moeten houden aan de arm’s length bepaling van art. 9 en de non-discriminatiebepaling van art. 24 van het OESO-modelverdrag.

In het Thin cap rapport is ingegaan op de vraag in hoeverre staten onderkapitalisatienormen mogen toepassen. Volgens dit rapport vallen deze bepalingen binnen het bereik van art. 9 OESO-modelverdrag;

‘70. It is clear from what has been said (...) that in cases where thin capitalization rules have international implications it is important that their application should accord with the arm’s length principle as delineated in Article 9(1) of the Model Convention. Consideration is therefore given in the following paragraphs to the practical application of this principle in such circumstances. It is recognized however that it is difficult to provide precise guidelines for drafting national legislation on these questions (...)

84. As regards Article 9 of the Model, the Committee is of the opinion that:

- (a) The Article is relevant when countries are applying their domestic rules about thin capitalization (...);
- (b) The Article is not only relevant in adjusting the rate of interest, but also, in appropriate circumstances, in determining whether what is presented as a loan should be considered as a contribution to equity capital (...);
- (c) The article does not prevent the application of national rules on thin capitalization insofar (but only insofar) as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation (...).’

Zie ook het officiële commentaar op art. 9 van het OESO-modelverdrag (paragraaf 3):

‘There is an interplay between tax treaties and domestic rules on thin capitalisation

- a) Article 9 does not prevent thin cap rules ‘insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation;
- b) Article 9 is relevant both for interest rate and ‘whether a prima facie loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital’;
- c) Thin cap rules should normally not have the effect of increasing the taxable profits of the relevant domestic enterprise to more than the arm’s length profit, and: ‘this principle should be followed in applying existing tax treaties’

Het is evenwel omstreden of de Nederlandse bepaling omtrent onderkapitalisatie, art. 10d Wet op de vennootschapsbelasting 1969, kan worden getoetst aan de at arm’s length bepaling in de belastingverdragen.<sup>69</sup> Deze vraag komt aan de orde in een zaak die thans voor de Hoge Raad ligt.<sup>70</sup>

Voorts is de non-discriminatiebepaling van art. 24 van het OESO-modelverdrag van belang. Met name het vierde lid is relevant.<sup>71</sup> Deze bepaling is van toepassing op renteaftrekbepalingen die niet al bestreken worden door de at arm’s length bepalingen van art. 9, art. 11, zesde lid, en art. 12, vierde lid, dat wil zeggen voor zover geen correctie kan worden aangebracht vanwege het niet at arm’s length handelen van de belastingplichtige.<sup>72</sup> In die gevallen mag – indien een verdragsbepaling conform deze modelbepaling van toepassing is – geen aftrekbepaling worden toegepast indien de betaling aan een inwoner onder overigens gelijke omstandigheden wel aftrekbaar zou zijn. Dit betekent, kort gezegd, dat geen discriminatie toegestaan is vanwege de woonplaats van de crediteur, tenzij de partijen onzakelijk handelen.

Het is ten slotte de vraag of de toepassing van CFC-wetgeving afstuit op de belastingverdragen, omdat deze wetgeving er de facto toe leidt dat buitenlandse winst van buitenlandse vennootschappen in de heffing wordt betrokken. In buitenlandse jurisprudentie is wel geoordeeld dat CFC-wetgeving inderdaad in strijd is met verdragsverplichtingen,<sup>73</sup> maar er is ook jurisprudentie met een tegengestelde uitkomst.<sup>74</sup> Volgens het officiële commentaar op het OESO-modelverdrag zijn CFC-regels overigens niet in strijd met de bepalingen in het modelverdrag.<sup>75</sup>

### 3.1.3 *Recht van de Europese Unie*

Op het terrein van de directe belastingen is maar op zeer beperkte schaal sprake van harmonisatie. De Europese Commissie heeft in 2011 een aanzet gedaan tot harmonisatie van de grondslag van heffing over vennootschappen in de vorm van een voorstel voor een richtlijn.<sup>76</sup> Deze geharmoniseerde grondslag wordt aangeduid als de Common Consolidated Corporate Tax Base, ofwel CCCTB. Het voorstel van de Commissie voorziet in een consolidatie van de grondslag van de groep, hetgeen enerzijds zou leiden tot de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliescompensatie, en anderzijds tot het negeren van transacties binnen een concern. De grondslag zou vervolgens worden verdeeld via een vaste verdeelsleutel. Grondslagverschuiving binnen de EU is daardoor een stuk lastiger. Immers, een verdeelsleutel op basis van omzet, activa, werknemers en loonkosten is minder vatbaar voor manipulatie dan een verdeling op basis van het at arm's length beginsel, en winsten kunnen niet worden afgeroomd door de aftrek van betalingen binnen het Europese deel van de groep. Het risico van grondslaguitholling zal daardoor afnemen, hoewel uitholling uiteraard nog wel mogelijk blijft in de relatie met derde landen. Ook indien uiteindelijk het uitgangspunt van consolidatie wordt verlaten zal grondslaguitholling afnemen doordat er niet langer sprake zal zijn van mismatches binnen de EU, bijvoorbeeld doordat een betaling van een Franse dochtermaatschappij aan een Nederlandse moedermaatschappij in Frankrijk als een aftrekbare rentelast en in Nederland als een vrijgestelde dividenduitdeling wordt beschouwd.<sup>77</sup> Bovendien zal fiscale concurrentie afnemen nu alleen nog op tarief kan worden geconcurrereerd (zij het dat in het voorstel van de Commissie de CCCTB optioneel is, en een groep ook kan besluiten af te zien van heffing volgens de CCCTB).

De huidige situatie is echter – zoals gezegd – dat er nauwelijks harmonisatie is. De lidstaten zijn derhalve soeverein, dat wil zeggen dat de lidstaten bevoegd zijn te bepalen hoe zij hun belastingstelsel vormgeven. Het Hof van Justitie van de EU is gewoon zijn overwegingen in arresten over belastingzaken<sup>78</sup> te beginnen met de opmerking dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch deze niettemin verplicht zijn deze bevoegdheid in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen.<sup>79</sup> Zoals opgemerkt spelen lidstaten een dubbelrol in de zin dat zij enerzijds een fiscaal concurrerend vestigingsklimaat nastreven en anderzijds grondslaguitholling willen voorkomen. In de context van de fiscale concurrentie zijn met name het staatsteunverbod en de gedragscode inzake schadelijke fiscale concurrentie van belang. In de context van grondslaguitholling zijn vooral de verkeersvrijheden relevant.

Als gevolg van de fiscale soevereiniteit op het gebied van de directe belastingen is er allerminst sprake van een interne fiscale markt: de markt is opgeknipt in evenzovele delen als er staten zijn.<sup>80</sup> Dit leidt enerzijds tot belastingcompetitie en het wegbelasten daarvan, en anderzijds tot grondslagerosie en beschermingsmaatregelen. Er is een voortdurende spanning tussen enerzijds het belang van lidstaten om te voorkomen dat zij een deel van de taart kwijtraken, en anderzijds de noden van de interne markt.<sup>81</sup> Naar EU-recht zou aan grensoverschrijdende ondernemingen geen strobreed in de weg moeten worden gelegd, maar een grensoverschrijding is juist zeer relevant voor de handhaving van de grondslag die aan een lidstaat toekomt. Wanneer een nationale bepaling ter voorkoming van grondslaguitholling – logischerwijze, beredeneerd vanuit de ratio van de regeling – gericht is op grensoverschrijdende situaties, dan zal het Hof van Justitie oordelen dat dit in strijd is met bijvoorbeeld de vrijheid van vestiging, dienstverrichting of kapitaalverkeer, en is het de vraag of het een beroep op een rechtvaardigingsgrond aanvaardt. Het Hof van Justitie heeft zich enkele malen uitgelaten over al dan niet acceptabele interne-marktverdelers. De vermindering van belastinginkomsten wordt uitdrukkelijk verworpen als rechtvaardigingsgrond.<sup>82</sup> Grondslagbescherming is als zodanig onvoldoende om een nadelige behandeling van grensoverschrijdende gevallen te rechtvaardigen. Van de hier wel aanvaarde rechtvaardigingsgronden zijn in deze context met name de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en misbruikbestrijding relevant.

Ik geef een aantal voorbeelden.

### Transfer pricing en onderkapitalisatie

Ik begin met transfer pricing, de problematiek van de verrekenprijzen binnen een groep, en onderkapitalisatie van vennootschappen, omdat beide fenomenen over onzakelijk handelen gaan, dat wil zeggen over handelen op onzakelijke voorwaarden. Door op onzakelijke voorwaarden te handelen kan winst worden verschoven van de ene naar de andere groepsvennootschap. Hoewel dit uiteraard ook binnen een jurisdictie kan geschieden zijn de gevolgen met name relevant indien wordt gehandeld door vennootschappen die niet aan hetzelfde regime onderworpen zijn, en dus met name in internationale gevallen.

In het arrest Lankhorst-Hohorst<sup>83</sup> was in geschil of een aftrekbeperking op basis van een onderkapitalisatienorm in strijd was met de vrijheid van vestiging, indien zij niet zou gelden in binnenlandse situaties. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend. Het beroep van Duitsland op de nood-

zaak om belastingontwijking te bestrijden werd niet gehonoreerd, omdat de regeling niet specifiek was gericht op volstrekt kunstmatige constructies maar in het algemeen op elke situatie waarin de zetel van de moedermaatschappij buiten Duitsland lag.<sup>84</sup> Dat oordeel is opmerkelijk in het licht van het latere SGI arrest (zie hierna), omdat het in beide gevallen ging om een onzakelijke winstverschuiving, en de Duitse regeling voorzag in een uitzondering voor gevallen waarin de belastingplichtige aantoonde dat hij het vreemd vermogen onder gelijke voorwaarden van een derde had kunnen verkrijgen.<sup>85</sup>

Het arrest Lankhorst-Hohorst bracht A-G Geelhoed tot de beroemde verzuchting in zijn conclusie in de zaak Thin Cap GLO over het anathema van de interne markt: het gevolg dat lidstaten zich verplicht voelden op 'veilig te spelen' door een zinloze uitbreiding van wetgeving tot situaties die volkomen buiten de ratio legis ervan vallen.<sup>86</sup>

Het komt me voor dat dit gevolg nog niet is weggenomen door het arrest Thin Cap GLO.<sup>87</sup> Ook hier ging het om een maatregel tegen onderkapitalisatie die slechts in grensoverschrijdende gevallen werd toegepast. Het Hof van Justitie verwees naar het arrest Lankhorst-Hohorst, en merkte op dat een wettelijke regeling van een lidstaat wel kan worden gerechtvaardigd

‘door redenen verband houdende met de bestrijding van misbruik, wanneer zij bepaalt dat de door een ingezeten dochtermaatschappij aan een niet-ingezeten moedermaatschappij betaalde rente wordt aangemerkt als winstuitkering uitsluitend indien en voor zover die rente meer bedraagt dan die vennootschappen onder normale voorwaarden zouden zijn overeengekomen, dat wil zeggen commerciële voorwaarden waarover die vennootschappen overeenstemming hadden kunnen bereiken indien zij niet tot dezelfde vennootschapsgroep hadden behoord.’<sup>88</sup>

Het gaat hierbij volgens het Hof van Justitie ‘om de vraag of de lening bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de betrokken vennootschappen niet zou zijn verstrekt dan wel of deze zou zijn verstrekt voor een ander bedrag of tegen een andere rentevoet.’<sup>89</sup> Dus het at arm’s length beginsel kan worden gehanteerd bij de invulling van een antimisbruikmaatregel. Maar dat is kennelijk niet voldoende, want het Hof van Justitie overweegt tevens dat een nationale maatregel niet verder gaat dan nodig is om misbruik te bestrijden indien de belastingplichtige in staat wordt gesteld om bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen van een transactie.<sup>90</sup>

Het lijkt erop dat de evengenoemde kritiek van Geelhoed door het Hof van Justitie wel ter harte is genomen in het arrest SGI.<sup>91 92</sup> In het arrest SGI ging het om een Belgische regeling, volgens welke een ‘abnormaal’ of ‘goedgunstig’



voordeel werd belast bij de ingezeten vennootschap wanneer deze dit voordeel had toegekend aan een in een andere lidstaat gevestigde gelieerde vennootschap, maar niet wanneer dat voordeel was toegekend aan een andere Belgische vennootschap. Het Hof van Justitie onderkende een beperking van de vestigingsvrijheid, maar oordeelde dat deze in casu was gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen.<sup>93</sup> Immers, door deze winstverschuivingen zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten ernstig in gevaar kunnen worden gebracht, en voorts zou dit het risico meebrengen dat via kunstmatige constructies tussen gelieerde vennootschappen inkomstenoverdrachten worden georganiseerd naar vennootschappen die zijn gevestigd in lidstaten met de laagste belastingtarieven of lidstaten waar die inkomsten niet worden belast. Dat de Belgische regeling niet specifiek tot doel had om het daarin voorziene belastingvoordeel te onthouden aan dergelijke volstrekt kunstmatige constructies deed daar volgens het Hof van Justitie niet aan af ‘wegens de doelstelling van voorkoming van belastingontwijking in samenhang met de doelstelling inzake het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten’.<sup>94</sup> Gelet op de tegenbewijsregeling – de belastingplichtige kon bewijs aandragen dat er geen sprake was van een abnormaal of goedgeestig voordeel – ging de regeling volgens het Hof van Justitie niet verder dan nodig.<sup>95</sup>

### CFC-wetgeving

Ook indien inkomen in een buitenlandse vennootschap wordt ondergebracht kan sprake zijn van een grondslagverschuiving. Uit het arrest Cadbury-Schweppes<sup>96</sup> volgt dat de bepalingen inzake de vestigingsvrijheid zich verzetten tegen de opnemings in de belastinggrondslag van een in een lidstaat gevestigde binnenlandse vennootschap van door een gecontroleerde buitenlandse vennootschap in een andere lidstaat gemaakte winst wanneer deze winst daar lager wordt belast dan in eerstgenoemde lidstaat, tenzij een dergelijke opnemings gebeurt in geval van een volstrekt kunstmatige constructie, opgezet om de normaal verschuldigde nationale belasting te ontwijken.

Dergelijke wetgeving mag niet worden toegepast wanneer de betrokken gecontroleerde buitenlandse vennootschap daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst is gevestigd en er daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent. Kortom: allocatie van vermogensbestanddelen aan een laagbelaste dochtermaatschappij kan slechts worden bestreden indien sprake is van een louter papieren constructie, een *sham*.

## Geen compenserende heffing

De belastinggrondslag kan worden geërodeerd door rente, huur, royalty's en dergelijke die verschuldigd zijn aan personen die niet onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting in dezelfde jurisdictie, dus met name bij grensoverschrijdende betalingen. In het arrest *Eurowings*<sup>97</sup> was Duitse wetgeving aan de orde die inhield dat bepaalde bedragen in de grondslag van de bedrijfsbelasting werden opgenomen, wanneer de verhuurder niet onderworpen was aan bedrijfsbelasting, overigens ongeacht of hij in Duitsland of in een andere lidstaat was gevestigd, en of hij elders aan een belasting was onderworpen. Dat dit in strijd is met de vrijheid van dienstverrichting is niet verbazingwekkend, omdat een buitenlandse heffing niet voldeed om aan de beperking te ontkomen. Het arrest verdient echter nadere aandacht omdat het Hof van Justitie uitdrukkelijk inging op de mogelijkheid dat de in een andere lidstaat gevestigde verhuurder in geringere mate zou worden belast.<sup>98</sup> Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat een eventueel fiscaal voordeel voor dienstverrichters in de vorm van een lagere belastingdruk in de lidstaat waar zij zijn gevestigd, een andere lidstaat niet het recht verleent om de op zijn grondgebied gevestigde ontvangers van de dienst fiscaal minder gunstig te behandelen: dergelijke compenserende fiscale heffingen doen namelijk afbreuk aan de grondslagen van de interne markt.<sup>99</sup> Wel blijkt uit het arrest *Schempp*<sup>100</sup> dat de aftrek van uitgaven afhankelijk kan worden gesteld van het voldoen aan de voorwaarde dat de uitgaven bij de ontvanger in de heffing worden betrokken, maar een lagere belastingdruk kan niet worden wegbelast.<sup>101</sup> Dat wordt mijns inziens bevestigd in het arrest *Cadbury Schweppes*<sup>102</sup> waar – onder verwijzing naar *Eurowings* – een met *Eurowings* vergelijkbaar oordeel is gegeven: het bestaan van een voordeel in de vorm van een lage belastingdruk voor een buitenlandse dochter geeft de lidstaat van de moeder op zich niet het recht om dit voordeel te compenseren door de moedervennootschap fiscaal minder gunstig te behandelen. Kortom: een aftrekbeperking bij gebreke van een compenserende heffing is in beginsel niet toegestaan.<sup>103</sup>

## Deelnemingsrente

Het *Bosalarrest* ging om wetgeving die kosten in verband met een deelneming niet in aftrek toeliet indien de winst van de deelneming niet in Nederland belast was. Dat zou immers tot een erosie van de Nederlandse grondslag leiden. Deze – met het oog op de bescherming van de Nederlandse grondslag – begrijpelijke regeling leidde niettemin tot een schending van de vestigingsvrijheid, doordat kosten in verband met binnenlandse deelnemingen wel, en die in ver-

band met buitenlandse deelnemingen niet aftrekbaar waren. In het Bosalarrest<sup>104</sup> verwierp het Hof van Justitie het argument dat het verschil in fiscale behandeling gerechtvaardigd was doordat dochterondernemingen die in Nederland belastbare winst behalen en die welke dat niet doen, zich niet in vergelijkbare situaties bevinden. In beide gevallen was de moedermaatschappij immers in Nederland gevestigd en in beide gevallen was de winst uit de deelneming vrijgesteld.<sup>105</sup>

Het punt was overigens al een halve eeuw geleden gesignaleerd door leden van de Tweede Kamer, die zich in Benelux- en E.E.G.-verband afvroegen of er geen sprake was van een discriminatie.<sup>106</sup> De fiscale bewindvoerders betoogden dat daar geen sprake van was, en beriepen zich daartoe op het gevaar dat een aanzienlijk deel van de winst van de moedermaatschappij van een buitenlandse dochter in feite buiten de vennootschapsbelasting zou komen te vallen.<sup>107</sup> In wezen is dit een beroep op de – later door het Hof van Justitie verworpen – rechtvaardigingsgrond van de grondslagbescherming.

Inmiddels is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend waarin een aftrekbeperking wordt geïntroduceerd ter zake van kosten in verband met alle deelnemingen, zowel binnenlandse als buitenlandse.<sup>108</sup> In binnenlandse gevallen kan deze aftrekbeperking mogelijk worden ontgaan door een fiscale eenheid aan te gaan: er is dan immers geen sprake meer van een deelneming. Uit jurisprudentie volgt dat Nederland niet verplicht is een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan.<sup>109</sup> Engelen heeft echter de vraag opgeworpen of – en in welke gevallen – een fiscale eenheid als dekmantel mag worden gebruikt voor een verschillende fiscale behandeling.<sup>110</sup> Zijns inziens is dat niet het geval in situaties waarin de verschillende fiscale behandeling kan worden opgeheven zonder een fiscale eenheid toe te staan met een niet in Nederland gevestigde moeder- of dochtervennootschap die niet is onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Als voorbeeld noemt hij deelnemingsrente. Als we dit als uitgangspunt nemen, is een interessante gedachte wat de gevolgen zouden zijn indien een fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij wel zou worden toegestaan. In dat geval zou de buitenlandse dochtermaatschappij worden aangemerkt als een vaste inrichting en zouden de kosten in verband met die dochter aan de buitenlandse dochter worden toegerekend en – gelet op de inmiddels ingevoerde objectvrijstelling – niet langer aftrekbaar zijn. Zowel de aftrekbeperking als de voorwaarden en gevolgen van de fiscale eenheid zouden voor binnenlandse en grensoverschrijdende gevallen identiek zijn. De verschillende behandeling zou afstuiten op de objectvrijstelling voor buitenlandse resultaten, die echter aanvaard wordt door het Hof van Justitie in het arrest *Lidl Belgium*.<sup>111</sup> In dit geval zijn er goede argumenten voor de opvatting dat er geen sprake is van strijd met de vestigingsvrijheid.<sup>112</sup>

## Grensoverschrijdende verliesverrekening

Zoals wij gezien hebben is het in strijd met de vestigingsvrijheid wanneer kosten in verband met buitenlandse deelnemingen niet in aftrek worden toegelaten. Uit de arresten Marks & Spencer II<sup>113</sup> en X Holding<sup>114</sup> blijkt dat verliezen van buitenlandse deelnemingen in beginsel – ik abstraheer hier gemakshalve van definitieve verliezen – wel in aftrek mogen worden geweigerd. Hetzelfde geldt voor verliezen van buitenlandse filialen, leert ons het arrest Lidl Belgium. In dit laatste arrest overwoog het Hof van Justitie dat een dergelijke regeling kan worden gerechtvaardigd ‘door de noodzaak, ten eerste, om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten te handhaven, en, ten tweede, om het gevaar voor dubbele verliesverrekening te voorkomen.’<sup>115</sup>

Het voorgaande leidt mij tot de volgende conclusies:

- fiscale soevereiniteit leidt tot fragmentatie van de markt;
- deze fragmentatie leidt tot het risico van winstverschuiving;
- winstverschuiving naar het buitenland mag worden bestreden ingeval van kunstmatige constructies;
- daartoe behoren gevallen waarin niet at arm’s length wordt gehandeld;
- compenserende heffingen zijn in beginsel niet toegestaan;
- weigering van aftrek van kosten in verband met buitenlandse deelnemingen is niet toegestaan;
- weigering van aftrek van verliezen van buitenlandse deelnemingen is in beginsel wel toegestaan;
- weigering van aftrek van kosten en verliezen in verband met buitenlandse filialen is in beginsel eveneens toegestaan.

### *3.2 Een economische benadering: de wet van de fiscale jungle*

De wet van de fiscale jungle is geponoerd door Van Brunshot en gaat er van uit dat een land als Nederland slechts belasting kan heffen over de winst die in zijn territorium wordt gegenereerd. Uit de wet van de fiscale jungle volgt dat landen slechts in beperkte mate kunnen heffen over in het buitenland gegenereerde winst.<sup>116</sup> Uit de term ‘jungle’ moet mijns inziens niet worden afgeleid dat multinationals niet aan wetten gebonden zouden zijn, noch dat het internationale recht niet zou gelden in fiscalibus. Wat die term wel poogt aan te geven is dat lichamen de mogelijkheid hebben zich te onttrekken aan een fiscale jurisdictie en dat enerzijds de fiscale concurrentiekracht van een staat en anderzijds de belastingsensitiviteit van ondernemingen bepalen in welke mate een belastingopbrengst kan worden gerealiseerd.

In zijn officieuze afscheidsrede<sup>117</sup> betoogt Van Brunschot:

‘dat de omvang en de samenstelling van de Nederlandse heffingsgrondslag (de ‘fair share’) niet voortvloeien uit een van God gegeven recht op een bepaalde jaarlijkse belastingopbrengst, maar afhangen van de ‘wet van de fiscale jungle’. Deze fiscale natuurwet luidt als volgt:

- elk land heeft slechts recht op belasting van geldstromen die op zijn terri-  
toir worden gegenereerd;
- van geldstromen die op zijn territorium neerslaan zonder daar hun oor-  
sprong te vinden, kan een land slechts heffen indien en voor zover het be-  
lastingsklimaat relatief gunstig is;
- naarmate de interne economie van een land groter is, is de binding van  
geldstromen aan dat land sterker en kan het land verdergaande anti-vlucht-  
maatregelen treffen.’

Een vraag die opkomt is wanneer een geldstroom wordt gegenereerd casu quo zijn oorsprong vindt in een land in de door Van Brunschot bedoelde zin. Ik meen dat dit het geval is indien gecreëerde meerwaarde toerekenbaar is aan kapitaal, functies en risico’s die worden aangewend, vervuld en genomen binnen dat land. Wanneer een land meer belast dan eraan toerekenbaar is dan zal dit het vestigingsklimaat verslechteren en een averechts effect hebben. Het effect zal afhankelijk zijn van de belastingsensitiviteit van de verschillende ondernemingen.

Het gaat naar mijn mening uiteindelijk niet om de grondslag, maar om de uiteindelijke belastinglast, dat wil zeggen de effectieve heffing over die grondslag. Dat is immers de prijs die ondernemingen moeten betalen voor het gebruik maken van de markt en infrastructuur van een land. Overigens gaat het niet alleen om de hoogte van de heffing maar ook om rechtszekerheid en dus de voorspelbaarheid van de fiscale behandeling.<sup>118</sup>

Een andere nuancing is dat de binding van activiteiten aan een land niet alleen wordt bepaald door de interne economie maar eveneens door de mobiliteit van die activiteiten. Een vordering kan makkelijker worden verplaatst dan een fabriek, en heeft ook minder binding met de infrastructuur van een land. Aan de wet van de fiscale jungle zou ik derhalve de volgende onderdelen willen toevoegen:

- Naarmate activiteiten immobielier zijn kan een hogere belasting worden  
geheven;
- Van mobiele activiteiten kan een land slechts heffen indien en voor zover  
het belastingsklimaat relatief gunstig is.

Staten die deze toevoegingen onderschrijven zouden geneigd kunnen zijn om hogere belastingopbrengsten na te streven door middel van een geanalyseerde vennootschapsbelasting, dat wil zeggen verschillende stelsels voor verschillende typen ondernemingen of ondernemingsfuncties. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met afbakeningsproblematiek, en Europeesrechtelijke aspecten, met name het staatssteunverbod en de gedragscode voor belastingcompetitie.<sup>119</sup>

Van Brunschot geeft twee voorbeelden van schendingen van de wet van de fiscale jungle. Het eerste voorbeeld betreft de opstelling van de fiscus in de procedure die leidde tot het arrest HR 3 juli 1991, nr. 25 942, *BNB* 1991/255. In dat geval ging het – kort gezegd – om een geldsom die door een Nederlandse tussenholding<sup>120</sup> werd gestort in een Antilliaanse vennootschap, waarna deze het bedrag terugleende aan de tussenholding die het bedrag, tegen dezelfde rente, verhoogd met 1/8%-punt, doorleende aan een in de Verenigde Staten gevestigde dochtermaatschappij. De fiscus stelde zich op het standpunt dat de storting en teruglening moesten worden genegeerd. Hij wilde kortom – met een beroep op de richtige heffing ex. Art. 31 AWR – heffen over de bruto ontvangen rente in plaats van over de spread van 1/8%-punt. De belanghebbende won de zaak, echter niet op grond van een materieelrechtelijke reden maar op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel. Het Hof had immers vastgesteld dat de belanghebbende met betrekking tot de gewraakte rechtshandelingen, zo zij daarom had gevraagd, een gunstige ruling had kunnen verkrijgen.

Het tweede voorbeeld van Van Brunschot is het arrest HR 26 april 1989, nr. 24 446, *BNB* 1989/217, waarin het beroep op het leerstuk van de richtige heffing wel slaagde. Het ging hier om de verhangings van een vennootschap tegen schuldigerkenning van de koopsom, waarna de koper met de dochtervennootschap een fiscale eenheid aanging. Volgens de Hoge Raad zou het toelaten van deze constructie, waardoor de rentelasten ten laste van de winst van de dochter zouden worden gebracht

‘ertoe leiden dat een naamloze of besloten vennootschap naar willekeur aanzienlijke bedragen als rente ten laste van haar winst zou kunnen brengen en aldus de heffing van de vennootschapsbelasting geheel of gedeeltelijk zou kunnen verijdelen door – desgewenst herhaaldelijk – zonder dat zulks betekenis zou hebben voor haar vermogenspositie dan wel voor de vermogenspositie of de zeggenschap van degenen bij wie het belang in haar berust, overeenkomstig bedoelde constructie te handelen.

Deze consequentie, die zou neerkomen op het aanvaarden van een rente-aftrek waarvoor een toereikende rechtvaardiging niet valt aan te wijzen, is

strijdig met doel en strekking van de Wet Vpb.'69. Gelet op hetgeen onder 4.3.1 is overwogen, heeft de wetgever met de aldaar genoemde bepalingen niet beoogd een aftrek te verlenen voor rente op geldleningen die generlei functie hebben in het kader van de financiering van de door de betrokken vennootschap gedreven onderneming.'

Van Brunshot bekritiseert dit arrest als volgt:

'Het bedreigen van uitwaartse rentestromen met aftrekweigering zal het belastingklimaat doen verslechteren met als gevolg een verminderende kapitaalinstroom en dus minder rokende schoorstenen. Het criterium 'functieloze lening' is ondoelmatig omdat het in wezen alle leningen aangaan ter verwerving van een deelneming contamineert, zodat het naar willekeur door de fiscus kan worden ingezet. Het risico van verhoogde funding-kosten zal de buitenlandse investeerders afschrikken.'

Ik zie echter een essentieel onderscheid tussen beide gevallen. In het eerste geval worden geldstromen door Nederland geleid die nauwelijks binding hebben met Nederland. De waarde die in Nederland wordt toegevoegd is verwaarloosbaar. Het gaat in wezen om een allocatie van mobiel kapitaal. In het tweede geval gaat het om het draineren van winst van een daadwerkelijk in Nederland gedreven onderneming.

Van Brunshot schrijft vervolgens:

'Belastingheffing van uitwaartse rentestromen is een zaak voor de wetgever en zal moeten worden getoetst aan de wet van de fiscale jungle. De rechter moet zich onthouden van het uitgeven van anti-vluchtgeschut aan de fiscus zolang het te bestrijden vluchtgedrag niet in een helder wettelijk kader is neergelegd.'

Inmiddels worden beide gevallen sinds eind 1996 bestreken door art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De situatie waarin een geldstroom door Nederland vloeit, en de aftrek van de rente op de ingaande lening wordt bestreden, is uitdrukkelijk ter sprake gekomen tijdens het wetgevend proces. Hoewel het parlement dat niet begreep<sup>121</sup>, meende de staatssecretaris dat ook in een dergelijk geval de renteaftrek kan worden bestreden.<sup>122</sup> Daarbij wordt de wet van de fiscale jungle mijns inziens niet nageleefd. Bovendien is het wettelijk kader mijns inziens onvoldoende helder, doordat de delictsomschrijving in het eerste lid zeer ruim is terwijl aan de maatregel – afgezien van het weerleg-

baar bewijsvermoeden in geval van een redelijke compenserende heffing – slechts kan worden ontkomen indien sprake is van in overwegende mate zakelijke overwegingen. Dat is mijns inziens – zeker in deze context – een zeer ongelukkig criterium. Ik kom hier straks op terug.

Wat leert de wet van de fiscale jungle ons over de bepaling van de grondslag, en in het bijzonder de aftrekbaarheid van rente? Van Brunschot schreef:

‘Het bedreigen van uitwaartse rentestromen met aftrekweigering zal het belastingklimaat doen verslechteren met als gevolg een verminderende kapitaalinstroom en dus minder rokende schoorstenen.’

Hij gaat dus uit van de aftrekbaarheid van de rente. Maar moet rente aftrekbaar zijn? En moet er een onderscheid worden gemaakt tussen groepsrente en derdenrente? De problematiek van de renteaftrek hangt samen met de verschillende behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Er zijn veel pleitbezorgers voor opheffing van dit onderscheid, met name vanwege de distorsies die het veroorzaakt. Dit gaat over het probleem dat renteaftrek de financieringsbeslissingen beïnvloedt: financiering met vreemd vermogen wordt relatief goedkoop. De ongelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen kan worden weggenomen althans verminderd door de aftrek van dividend<sup>123</sup> of van een rendement op het eigen vermogen<sup>124</sup> (doorgaans aangeduid als allowance for corporate equity ofwel ACE) of door renteaftrek te schrappen (comprehensive business income tax of CBIT).<sup>125</sup> Door ACE toe te passen wordt de vennootschapsbelasting een belasting op overwinst, en daarom minder verstoring, maar omdat het de grondslag versmalt zal de neiging bestaan om het tarief te verhogen, wat het investeringsklimaat verslechtert. CBIT is volgens economen ongunstig omdat het de marginale investeringskosten verhoogt.<sup>126</sup>

Andere vragen met betrekking tot de grondslagbepaling zijn hoe winst moet worden verdeeld tussen bron- of oorsprongstaat en de woonstaat, en of bij de verdeling van concernwinsten het at arm's length beginsel moet worden toegepast (de internationaal gebruikelijke methode) of een verdeelsleutel moet worden gehanteerd.<sup>127</sup> Deze keuzes hebben invloed op de mogelijkheid om met winst te schuiven binnen een concern. Zo is het doorgaans lastiger om een verdeelsleutel op basis van omzet, personeel en materiële activa te manipuleren, dan om immateriële activa, liquiditeiten en risico's te verplaatsen.



### 3.3 Conclusie

Het volkenrecht stelt slechts zeer ruime grenzen aan de fiscale soevereiniteit van staten. Aan het volkenrecht kunnen nauwelijks normen worden ontleend voor de bepaling of verdeling van de heffingsgrondslag.

Op grond van belastingverdragen mag Nederland heffen over de winst voor zover die toerekenbaar is – volgens de maatstaven van het at arm's length beginsel – aan vennootschappen gevestigd in, en vaste inrichtingen gelegen in Nederland. Daarbij moet Nederland zich houden aan overeengekomen discriminatieverboden. Zo mogen onderkapitalisatieregels niet slechts voor grensoverschrijdende situaties gelden, tenzij het at arm's length beginsel wordt geëerbiedigd.

Het Unierecht stelt enkele grenzen – op deelgebieden – aan de grondslag. Van harmonisatie is nauwelijks sprake. De Unie is daarom op fiscaal gebied gefragmenteerd, zodat grensoverschrijdingen vanuit het perspectief van de nationale belastingwetgevers zeer relevant zijn. Zij mogen grensoverschrijdende situaties echter niet achterstellen bij interne situaties. Wel hebben zij – naar het zich laat aanzien – de mogelijkheid om op het at arm's length beginsel gebaseerde maatregelen te treffen voor grensoverschrijdende situaties, mits er sprake is van een effectieve tegenbewijsmogelijkheid. Hier is een overeenkomst met het verdragenrecht zichtbaar. Het Unierecht stelt voorts grenzen aan belastingcompetitie.

De staten houden derhalve een grote vrijheid om de grondslag van hun vennootschapsbelasting vast te stellen. In Nederland kent de vennootschapsbelasting van oudsher een sterke samenhang met de inkomstenbelasting. Het winstbegrip is eraan ontleend. Omdat de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting vaag is, en de vennootschapsbelasting is gestoeld op praktische overwegingen, zijn er mijns inziens geen fundamentele bezwaren om het winstbegrip te verlaten, en om bijvoorbeeld te heffen over cash-flow van een vennootschap. Er zou zelfs voor kunnen worden gekozen om de winst op forfaitaire basis vast te stellen, aan de hand van aangewend kapitaal en/of arbeid. Maar houdt men rekening met de werkelijkheid, waarin het internationaal gebruikelijk is om vennootschappen over winst te belasten, en groeps-winst te verdelen op grond van het at arm's length beginsel, dan ligt het vooralsnog in de rede om die lijn te blijven volgen.

Indien men rekening houdt met de wet van de fiscale jungle dan moet worden aanvaard dat niet meer in de heffing wordt betrokken dan toerekenbaar is aan het territorium van de heffende staat.

## 4. Grondslagverschuiving en grondslagverdwijning

### 4.1 Inleiding

Stel dat een concern een nieuwe versie van een bestaand product wil ontwikkelen in vennootschap X gevestigd in Land X waarmee een concern een bepaalde winst verwacht te behalen. Dan is het maar zeer de vraag in hoeverre die winst in Land X kan worden belast. Dat hangt af van allerlei factoren. Om te beginnen is het de vraag of het benodigde vermogen als eigen vermogen of als vreemd vermogen ter beschikking wordt gesteld. In het laatste geval zullen doorgaans rentelasten in aftrek kunnen worden gebracht in Land X, ook als de rente binnen de groep wordt betaald. Als relevante knowhow, octrooien en andere relevante rechten ten aanzien van het bestaande product worden ingebracht in vennootschap X kan dat leiden tot afschrijvingslasten; in andere gevallen zullen mogelijk royalty's in aftrekbaar kunnen worden gebracht. De winst kan voorts worden beïnvloed doordat vennootschap X de nieuwe versie van het bestaande product niet voor eigen rekening, maar voor rekening en risico van een groepsvennootschap ontwikkelt. Tevens kunnen allerlei functies worden uitbesteed aan groepsvennootschappen. Met dit eenvoudige voorbeeld wil ik duidelijk maken dat de inrichting van de financieringsstructuur en de allocatie van activa, functies en risico's grote gevolgen heeft voor de belastingheffing. Er zijn voor multinationale ondernemingen talloze manieren om te beïnvloeden waar belaste winst wordt behaald.

Grondslagverschuiving is een fenomeen dat zowel in nationaal als in internationaal verband gevolgen kan hebben. Het leidt tot fiscale voordelen als de winst wordt verschoven naar een vennootschap die minder belasting betaalt doordat zij bijvoorbeeld niet belastingplichtig is, onderworpen is aan een lager tarief, een vrijstelling geniet, recht heeft op verrekening van verliezen of aanspraken ter voorkoming van dubbele belasting, etcetera). Hoewel dit ook in nationale verhoudingen kan voorkomen is het belang het grootste in internationale verhoudingen, vanwege de internationale verscheidenheid in fiscale wetgeving. Ik richt me daarom voornamelijk op internationale grondslagverschuiving.

Behalve grondslagverschuiving moet ook worden gewezen op grondslagverdwijning. Grondslag kan ook in het niets verdwijnen. Dit fenomeen staat de laatste tijd in de belangstelling omdat het indruist tegen het – al dan niet bestaande<sup>128</sup> – beginsel dat winst niet meer maar ook niet minder dan één keer moet worden belast.

## 4.2 *Verschuiving van functies en risico's*

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de allocatie van functies en risico's en anderzijds de verantwoording van de resultaten van die allocatie van functies en risico's (al dan niet in lijn met at arm's length beginsel). Tegen een bepaalde allocatie van functies en risico's kan men nauwelijks bezwaar hebben. Het is aan ondernemers om te bepalen waar zij ondernemen. De allocatie van activiteiten binnen een concern kan plaatsvinden op grond van allerlei factoren, zoals infrastructuur, beschikbaarheid van goede arbeidskrachten, betrouwbaarheid van het regime, etc. Fiscaliteit is vaak één van die criteria, en soms een beslissende. Dat is overigens niet per se een probleem; fiscale concurrentie heeft nadelen maar ook voordelen.

Een andere vraag is wat de gevolgen zijn voor de winstbepaling. Dat hangt af van het antwoord op de vraag welke vergoedingen moeten worden berekend, het probleem van de zogenoemde transfer pricing, of verrekenprijzen. Er kan verschil van inzicht ontstaan tussen ondernemingen en belastingdiensten omtrent de juiste toerekening van resultaat. Zoals vermeld is het internationaal gebruikelijke criterium het at arm's length beginsel, dat voorschrijft dat moet worden gehandeld zoals derden zouden doen. Dit criterium belet niet dat grondslag wordt verschoven naar een jurisdictie waarnaar functies en risico's worden overgeheveld. Men denke aan commissionair-structuren, het onderbrengen van intellectuele eigendommen in een laagbelaste vennootschap, vergoedingen voor diensten, inkoop, etc. Kritiek die wel wordt geuit op het at arm's length beginsel is dat concerns erin slagen om de corporate rents te laten neervallen in een jurisdictie naar keuze, waaraan bijvoorbeeld immateriële bedrijfsmiddelen en risico's worden toegerekend.<sup>129</sup>

Mijns inziens kan – de wet van de fiscale jungle indachtig – slechts op beperkte schaal worden voorkomen dat winst wordt verschoven naar andere jurisdicties indien daadwerkelijk functies en risico's overgaan.

## 4.3 *Allocatie van rentelasten*

Het is voor multinationale ondernemingen niet ongebruikelijk dat zij in een laagbelastende jurisdictie financieringsvennootschappen optuigen die operationele vennootschappen in een hogerbelastende jurisdictie financieren, zodat een rentestroom op gang wordt gebracht die bij de crediteur laagbelast is, en bij de debiteur tot een waardevolle aftrekpost leidt. Evenzo is het gebruikelijk dat externe financiering bij voorkeur wordt opgenomen in een jurisdictie waar de fiscale waarde van de aftrekpost het hoogst is. Deze allocatie bedreigt de grondslag van de hogerbelastende jurisdicties. Dit fenomeen wordt veroor-

zaakt doordat in de meeste jurisdicties eigen vermogen en vreemd vermogen verschillend wordt behandeld, ondanks de vele pleidooien in de literatuur om dit onderscheid op te heffen of althans te verminderen, en doordat groepsfinanciering geconsolideerd bezien geen relevante economische gevolgen heeft.<sup>130</sup>

#### 4.4 *Internationale mismatches*

Ik wijd enkele woorden aan een verwant probleem, dat van de internationale mismatches. Het is van grondslagverschuiving te onderscheiden doordat er geen sprake is van toerekening van grondslag aan een andere staat, maar van het verdwijnen van grondslag in het niets door verschillen in rechtstelsels. Dit kan gebeuren doordat rente in de ene staat als aftrekbare rente wordt beschouwd en in de andere staat als vrijgesteld dividend.<sup>131</sup> Vergelijkbare gevallen zijn die waarbij rente in twee staten wordt afgetrokken, terwijl de rente maar één keer wordt betaald.<sup>132</sup> De exploitatie van dispariteiten van wetten van verschillende staten leidt tot toenemende onvrede.<sup>133</sup>

Ik refereerde al aan publicaties van de Europese Commissie en de OESO. Daarin staan kritische geluiden over internationale mismatches. De OESO noemt als nadelen van mismatches: belastingderving, concurrentievervalsing, economische inefficiëntie, intransparantie en oneerlijkheid.<sup>134</sup> Die intransparantie leidt ertoe dat het grote publiek niet weet dat bepaalde multinationals hierdoor minder belasting betalen, als ze al kunnen achterhalen dat er sprake is van een lage belastingdruk. Wanneer we dit nadeel combineren met de door de OESO gepercipieerde oneerlijkheid dat belastingbetalers met inkomen uit vermogen meer fiscale voordelen hebben dan belastingbetalers met inkomen uit arbeid, dan wordt het risico van de fiscale plofkip (zie §2.3, slot) zichtbaar.

In EU-verband kan worden gewezen op het reeds genoemde working paper van 29 februari 2012 van de Europese Commissie, waarin zij betoogt:<sup>135</sup>

‘It is undesirable that in the EU Internal Market a taxpayer is subject to double non-taxation on his/her cross-border activity as this gives the taxpayer a competitive advantage compared to other taxpayers who are subject to ordinary taxation.’

Dit is niet aan dovemansoren gezegd: het Europees Parlement heeft op 19 april 2012 een al door mij aangehaalde resolutie aangenomen waarin wordt aangedrongen op ‘een herziening van de richtlijn betreffende moedermaatschappijen en dochterondernemingen en de richtlijn interest en royalty's om belastingontduiking via hybride financiële instrumenten in de EU af te schaffen’.<sup>136</sup>

Oplossingen kunnen worden gevonden in coördinatie of door – al dan niet eenzijdig – te bepalen dat een aftrek van een betaling afhankelijk is van de heffing bij de ontvanger, c.q. dat een vrijstelling niet wordt gegeven voor inkomsten die bij de betaler tot aftrek leiden. Een voorbeeld is al beschikbaar. In een presidency note van 4 april 2012 wordt voorgesteld om een artikel 83a, getiteld ‘hybrid mismatches’ toe te voegen aan het richtlijnvoorstel inzake een CCCTB.<sup>137</sup> Dit artikel zou inhouden dat een betaling aan een gelieerde onderneming niet aftrekbaar is als de betaling bij de ontvanger als gevolg van een kwalificatieconflict niet belast is, en dividend niet is vrijgesteld als het bij de uitdelende vennootschap in aftrek is gebracht.<sup>138</sup>

En ook in Den Haag heeft men dergelijke mismatches op de korrel. Afgelopen maandag is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend waarin een aftrekbeperking wordt geïntroduceerd voor deelnemingskosten.<sup>139</sup> Deze beperking kent een uitzondering voor echte uitbreidingsinvesteringen, maar die uitzondering geldt uitdrukkelijk niet voor mismatches, zoals een dubbele renteaftrek en een aftrek zonder heffing. Er wordt hier gesproken over ‘onwenselijke situaties’. De jacht op mismatches is geopend.

## 5. Renteaftrek en grondslagbescherming in Nederland

Ingevolge de wet van de fiscale jungle kan grondslagverschuiving door geheel of deels fiscaal gedreven allocatie van functies, risico's en kapitaal maar in beperkte mate worden bestreden. Dat ligt genuanceerder bij de afroming van winst over in Nederland gealloceerde functies en risico's door excessieve financiering. Alvorens te bespreken hoe de grondslag zou moeten worden beschermd, ga ik in op de grondslag zoals die thans in de wet is vormgegeven.

### 5.1 *Aftrekbaarheid van rente*

Binnenlandse belastingplichtigen worden belast over de belastbare winst, verminderd met de aftrekbare giften en te verrekenen verliezen.<sup>140</sup> Buitenlandse belastingplichtigen worden belast over hun Nederlandse inkomen, verminderd met te verrekenen verliezen.<sup>141</sup> De Wet op de vennootschapsbelasting kent een ruim – aan de inkomstenbelasting ontleend – winstbegrip. De hoofdregel houdt niet meer in dan dat winst het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.<sup>142</sup> De aftrekbaarheid van rente wordt uit deze bepaling afgeleid. Rente van schulden zijn aftrekbaar mits de schulden dienen ter financiering van

het ondernemingsvermogen. In HR 26 april 1989, *BNB* 1989/217 wordt deze regel als volgt geformuleerd:

‘4.3.1. Indien een besloten vennootschap haar onderneming – verstaan in de door artikel 2, lid 5, Vpb.’69, bepaalde ruime zin – financiert door schulden aan te gaan tegenover derden, dient de te dier zake verschuldigde rente, ingevolge artikel 8, lid 1, Vpb. ’69 in verband met artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, voor de heffing van de vennootschapsbelasting ten laste van de winst van de vennootschap te worden gebracht; zulks geldt in beginsel mede voor rente ter zake van door de aandeelhouders bij wijze van geldlening ter beschikking van de vennootschap gestelde of gelaten bedragen.’

Aangezien voor de in art. 2, vijfde lid, bedoelde lichamen het gehele vermogen ondernemingsvermogen vormt, gelden alle schulden als ondernemingsschulden en is de rente voor die lichamen in beginsel aftrekbaar, afgezien van diverse renteaftrekbeperkingen.

De Hoge Raad heeft zich in sommige van zijn arresten opgeworpen als hoeder van de grondslag. Hij deed daarbij een beroep op de bijzondere leerstukken *fraus legis* en *richtige heffing*.<sup>143</sup> Die leerstukken kunnen worden ingezet indien het handelen van een belastingplichtige is ingegeven door belastingverrijdelende motieven en daarmee in strijd met doel en strekking van de wet wordt gekomen. Het huidige artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is een codificatie van deze jurisprudentie. Dat is thans nog zichtbaar in de tegenbewijsmogelijkheden die zijn opgenomen in het derde lid. De aftrekbeperking mist toepassing indien – kort gezegd – de transacties op zakelijke overwegingen stoelen.<sup>144</sup> Hoewel de zakelijkheidstoets als een uitzonderingsgrond is geformuleerd, bevat zij mijns inziens de kern van de bepaling. Die kern is dat – in bepaalde situaties, waarbij eigen vermogen wordt omgezet in vreemd vermogen, of waarbij wordt geïnvesteerd in belangen in dochtermaatschappijen, slechts in zakelijke gevallen renteaftrek mogelijk is. Bij die codificatie is overigens – evenmin als daarvoor of daarna – door de wetgever verhelderd wanneer renteaftrek in strijd met doel en strekking van de wet zou zijn. Omdat er geen vastomlijnd idee is van hetgeen tot de grondslag zou moeten behoren, is het onderscheid tussen een ongewenste en aanvaardbare vermindering van de grondslag mijns inziens arbitrair.

## 5.2 Misbruikbestrijding door open normen en oogmerkttoetsen

In Nederland gaan regelmatig geluiden op voor een ruimer gebruik van open normen casu quo een principle based systeem.<sup>145</sup> De idee is dat de wetgever zich zou onthouden van een gedetailleerd web van regels, maar in plaats daarvan zou kiezen voor een standaardbepaling. Ik ben niet per se voor of tegen open normen. De geschiktheid ervan hangt af van de omstandigheden. Naarmate de ratio van een bepaling helderder is, is een open norm geschikter. In de context van winstdrainage is een open norm mijns inziens geen goed idee, omdat onvoldoende duidelijk is in welke gevallen renteaftrek in strijd met doel en strekking van de wet zou zijn. Ook in de context van renteaftrek wordt evenwel gepleit voor open normen. Van den Hurk pleitte bijvoorbeeld voor een bepaling als 'aftrek is mogelijk mits zakelijk'.<sup>146</sup> Voor zover wordt bedoeld op zakelijkheid in de zin van het at arm's length beginsel zie ik daarin geen bezwaar. De arm's length toets heeft tekortkomingen maar is een objectieve en daardoor hanteerbare toets. Dat is anders indien de toets zou zijn of de financieringsfunctie voldoende economische realiteit heeft, of de belastingplichtige bedrijfseconomische, en dus geen fiscale motieven heeft, en dergelijke. Zo'n norm leidt tot allerlei diffuse toetsen van de verschillende wegen die hebben opengestaan, van de aanvaardbaarheid van de heffing bij de crediteur, al dan niet onzakelijke omwegen bij de financiering, tracering van verbanden met externe financieringen en dergelijke. Grote rechtsonzekerheid is het gevolg.

Laat ik dit illustreren met een voorbeeld. Indien een verkoop van een dochtermaatschappij binnen de groep wordt gefinancierd, dan is op het niveau van de koper sprake van een reële financieringsbehoefte, maar vanuit de groep als geheel nimmer, omdat er immers niet hoeft te worden gefinancierd door de groep als geheel.<sup>147</sup> Moet nu worden geoordeeld dat een groepslening altijd onzakelijk is? En een derdelening altijd zakelijk? Of moet – omdat de verhanding van de dochtermaatschappij bij de groep geen financieringsbehoefte oproept, in zo'n geval worden beoordeeld hoe de koopsom door de verkoper is aangewend? En is een acquisitie van derden altijd zakelijk of moet de zakelijkheid worden beoordeeld van de keuze voor de vennootschap die de acquisitie heeft gedaan? En moet vervolgens worden getoetst op welke manieren de financiering had kunnen plaatsvinden en worden bepaald hoe groot de kans is dat dezelfde keuzes zouden zijn gemaakt in de hypothetische situatie dat fiscale overwegingen geen rol zouden spelen?

Uit deze reeks min of meer retorisch bedoelde vragen moet niet worden afgeleid dat ik in het algemeen een tegenstander ben van algemene antimisbruiknormen – hoewel ik die indruk wel kan hebben gewekt. Ik ben wel een

tegenstander van oogmerktoetsen als het gaat om renteaftrek. De voorspelbaarheid van oogmerktoetsen in bepalingen over renteaftrek is in het algemeen gering. Bestrijding van misbruik door renteaftrek door vage normen als de zakelijkheid van de motieven van de belastingplichtige is, mijns inziens, een heilloze weg. In theorie valt wel aan te geven in welke gevallen zakelijke overwegingen ontbreken, nl. wanneer op een willekeurig moment rentelasten worden opgeroepen, maar in de praktijk is het onzakelijkheids criterium bij toetsing van financieringskeuzes ongelukkig. Ondernemingen baseren de keuze voor hun concern- en financieringsstructuur nu eenmaal voornamelijk op de fiscale gevolgen, omdat de niet-fiscale gevolgen vaak minder ingrijpend zijn. De scheidslijn tussen aanvaardbare belastingplanning en onaanvaardbare belastingverijdeling is dan ook uiterst dun.<sup>148</sup> Ik meen daarom dat in de context van financieringsbeslissingen een wettelijke oogmerktoets met het oog op de rechtszekerheid uiterst terughoudend moet worden toegepast. Bestrijding van uitwassen kan het beste worden overgelaten aan de rechter, die daartoe het instrument *fraus legis* kan hanteren.

Overigens zullen rechters – ook bij gebreke van een wettelijke antimisbruikbepaling zich altijd de mogelijkheid voorbehouden om misbruik van recht te voorkomen. Dat is een universeel verschijnsel. In het Nederlandse recht beschikt de rechter over het al genoemde rechtsmiddel *fraus legis*. In andere jurisdicties bestaan vergelijkbare leerstukken, al dan niet in de wet verankerd. Het toepassingsbereik van deze algemene antimisbruikmaatregelen is buitengewoon vaag. Er is veel theorievorming over misbruik, maar in feite is een antimisbruikleerstuk volgens mij doorgaans slechts een ontsnappingsclausule voor de rechter in gevallen waarin het hem tegen de borst stuit dat een bepaald rechtsgevolg wordt bereikt.

In plaats van een oogmerktoets te introduceren, doet de wetgever er beter aan om kwetsbaarheden van het systeem weg te nemen. Mijns inziens gaat het met name om twee fenomenen: excessieve financiering en financiering van deelnemingen. De wetgever wil ook omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen bestrijden<sup>149</sup>, omdat ook in dat geval rentelasten worden gecreëerd waar geen belastbare inkomsten tegenover staan, maar ik zie dat niet als een afzonderlijk probleem. Als een bepaalde mate van financiering bij aanvang aanvaardbaar is, dan moet die financieringswijze ook aanvaardbaar worden geacht wanneer die door herfinanciering wordt gecreëerd, en als die mate onaanvaardbaar is dan moet er een norm worden gesteld die dat tegengaat. Kortom, tegen herfinanciering hoeft geen ander wapen te worden ingezet dan tegen andere gevallen met excessieve financiering. Dat kan door gebruik te maken van grove middelen zoals vaste kapitalisatienormen, of earnings stripping regels waarbij de aftrekbare rente gemaximeerd is op een percentage van het



fiscale ebitda, maar het zou ook kunnen door de wat verrijfde maar meer onzekere at arm's length norm. Kiest men voor een at arm's length norm dan zou overigens wettelijk moeten worden vastgesteld dat rente niet aftrekbaar is indien de lening waarover de rente verschuldigd is niet van een derde had kunnen worden verkregen, casu quo niet zonder garantie van een gelieerde vennootschap had kunnen worden verkregen, omdat op basis van de huidige jurisprudentie renteaftrek mogelijk blijft.<sup>150</sup> Dat zou kunnen gerealiseerd door de aftrekbeperking van hybride leningen uit te breiden tot de onzakelijke leningen als bedoeld in de 25 november-arresten van de Hoge Raad.<sup>151</sup> Combineert men een dergelijke maatregel met een maatregel die het Bosalgat<sup>152</sup> geheel dicht, dan kunnen mijns inziens alle overige aftrekbeperkingen<sup>153</sup> vervallen.

### *5.3 Het Bosalgat*

Bij financiering van buitenlandse deelnemingen met vreemd vermogen komen rentelasten – gelet op de deelnemingsvrijstelling die van toepassing is op de opbrengst uit die buitenlandse deelnemingen – effectief in mindering op de Nederlandse grondslag. Dit wordt wel het Bosalgat genoemd, naar een arrest van het Hof van Justitie dat Nederland verbood om slechts de rente in verband met buitenlandse deelnemingen in aftrek te beperken.<sup>154</sup> De wetgever heeft aanvankelijk de keuze gemaakt om per 1 januari 2004 ook rente in verband met buitenlandse deelnemingen in aftrek toe te laten. Later is die keuze heroverwogen. Ik heb mij in een eerdere publicatie kritisch uitgelaten over de beslissing om het Bosalgat te repareren.<sup>155</sup> Mijn belangrijkste bezwaar betrof niet zozeer de aard van de maatregel, hoewel ik ook daar kritiek op had, maar het proces. Er is jarenlange onzekerheid geweest, die vervolgens weer is weggenomen en daarna weer is gecreëerd. Dat is fnuikend voor de betrouwbaarheid van het vestigingsklimaat. Het is dan ook te hopen dat de maatregel die de wetgever neemt, weloverwogen is, en geen aanleiding geeft tot een herziening binnen afzienbare tijd. Tegelijkertijd realiseer ik me dat elke verwachting in die richting in de huidige politieke en economische situatie zeer onzeker is.

Afgelopen maandag is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend met een aftrekbeperking voor bovenmatige deelnemingsrente, voor zover die hoger is dan € 1 miljoen per jaar.<sup>156</sup> Van bovenmatige deelnemingsrente is – kort gezegd – sprake als het eigen vermogen lager is dan de kostprijs van de deelnemingen. De introductie van een aftrekbeperking lijkt logisch omdat de inkomsten uit een deelneming niet worden belast.<sup>157</sup> Zo beschouwd zou de vestigingsstaat van de moedermaatschappij – gelet op de wet van de fiscale jungle – deze kosten niet in aftrek hoeven toe te laten. In dat geval zouden ze

immers in mindering komen op de winst die wel toerekenbaar is aan de activiteiten binnen het territorium van die staat. Worden ze echter in aftrek geweigerd, dan zullen ze doorgaans nergens aftrekbaar zijn. Weigering van de aftrek ondermijnt dus het vestigingsklimaat voor hoofdkantoren.

Het is minder logisch dan het lijkt dat kosten in verband met deelnemingen niet aftrekbaar zijn, ook al zijn de inkomsten uit de deelneming vrijgesteld. De aard van de deelnemingsvrijstelling is namelijk afwijkend van andere vrijstellingen: het is niet de bedoeling van de wetgever om bepaalde activiteiten buiten de heffing te laten, maar om economische dubbele belasting te voorkomen. De deelneming is in beginsel zelf immers ook onderworpen aan een winstbelasting.<sup>158</sup> Een aftrekbeperking leidt tot economische dubbele heffing. Deelnemingsrente zou daarom ergens aftrekbaar moeten zijn: bij de moedermaatschappij, de dochtermaatschappij, of verdeeld over beide.

Wanneer de moedermaatschappij de rente ongelimiteerd kan aftrekken leidt dit tot grondslaguitholling. Het risico bestaat dat buitensporig veel vreemd vermogen wordt toegerekend aan bepaalde vennootschappen binnen een groep, teneinde de renteaftrek optimaal te benutten. De tucht van de markt is hier niet afdoende. Banken en overige financiers houden immers rekening met de wereldwijde balans. Wanneer een Nederlandse moeder vette buitenlandse dochters heeft kan zij dus veel lenen, veel meer dan op grond van de activa die aan Nederlands territorium zijn verbonden. De belastingheffing, althans die van de directe belastingen, wordt echter per staat verricht. Iedere staat heeft zijn eigen fiscale jurisdictie. Hier wreekt zich dat commerciële beslissingen worden bepaald aan de hand van geconsolideerde gegevens, terwijl als gevolg van de fiscale soevereiniteit van staten, de groep in partjes wordt opgeknipt.

Een toerekening van rente aan de dochtermaatschappij is denkbaar bij controlerende belangen, omdat in die gevallen de aandeelhouder kan afdwingen op welk niveau een lening wordt opgenomen<sup>159</sup>, en de dochtermaatschappij kan achterhalen welke kosten door haar aandeelhouder zijn gemaakt.<sup>160</sup> Zo'n regeling heeft echter ook nadelen. Snel noemt onder meer de nadelen dat het verband tussen de kosten en de dochter minder sterk is (de dochter is niet gebaat bij de uitgaven), en in andere dan 100%-verhoudingen wordt het belastingvoordeel van de aftrek over de aandeelhouders verdeeld.<sup>161</sup> Daar komt bij dat het internationaal ongebruikelijk is om – tenzij de dochtermaatschappij fiscaal transparant is – rente aan de dochter toe te rekenen. Doet Nederland dit toch, dan zijn mismatches onvermijdelijk.

Gelet op het voorgaande zijn er dus goede argumenten om de rente wel in aftrek bij de moedermaatschappij toe te laten. Tevens ligt het echter in de rede om een rem aan te brengen op de aftrekbaarheid, omdat zoals gezegd ongelij-

miteerde aftrekbaarheid tot grondslaguitholling zal leiden. Vleggeert heeft voorgesteld om de door een concern verschuldigde rente toe te rekenen op basis van het deel van de activa dat elke maatschappij heeft in de activa van het concern als geheel.<sup>162</sup> In zijn voorstel wordt interne rente weggeconsolideerd, en wordt de externe rente dus niet op basis van juridische verschuldigdheid maar pro rata parte toebedeeld. Hoewel ik wel wat zie in zo'n consolidatiebenadering<sup>163</sup> lijkt dit thans een te grote stap, zeker gelet op de dispariteiten die hierdoor optreden. Maar de gedachte van Vleggeert zou mijns inziens ook kunnen worden toegepast als een safe harbour bepaling, in de zin dat deelnemingsrente aftrekbaar blijft indien – wat ik maar noem – de Vleggeert-limiet niet wordt overschreden. En in dat geval zou ook interne rente aftrekbaar kunnen blijven, indien de Vleggeert-limiet niet wordt overschreden. Of een dergelijk regime concurrerend is, valt overigens te betwijfelen.

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om een kwalitatieve rem aan te brengen: deelnemingsrente blijft aftrekbaar als sprake is van een uitbreidingsinvestering, dus bij externe acquisities en bij een uitbreiding van operationele activiteiten van bestaande dochters. Hiermee wordt tot op zekere hoogte aangesloten bij het advies van het topteam Hoofdkantoren.<sup>164</sup> Het voordeel voor ondernemingen is dat zij nog steeds rente in Nederland kunnen aftrekken indien in Nederland of op een lager niveau een deelneming wordt verworven. Dat wordt deels tenietgedaan door het voorgestelde zesde lid van art. 13l. Daarin wordt de uitzondering voor uitbreidingsinvesteringen weer weggenomen indien sprake is van de al eerder genoemde hybride mismatches (double dips), en indien sprake is van misbruik. Dat double dips worden aangepakt kan ik – gelet op de acties in OESO- en EU-verband – wel begrijpen,<sup>165</sup> en ik laat deze gevallen, alsmede de daarvoor geldende tegenbewijsregelingen, hier buiten beschouwing. Minder begrip heb ik voor onderdeel c van het zesde lid van het voorgestelde art. 13l Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dit onderdeel is van toepassing indien

'het niet aannemelijk is dat de verwerving of de uitbreiding van de deelneming, dan wel de inbreng van eigen vermogen in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, door de belastingplichtige zou hebben plaatsgevonden, ingeval de aftrek van rente buiten beschouwing zou worden gelaten'.

Het gaat hier niet alleen om de toets of de verwerving of de uitbreiding op zichzelf zakelijk is. Die toets is mijns inziens niet nodig omdat zij al besloten ligt in de toets van het vijfde lid: er moet immers sprake zijn van een daadwerkelijke uitbreiding van de operationele activiteiten. Onderdeel c van het zesde

lid eist meer, namelijk dat het zakelijk is om de geldlening op Nederlands niveau aan te trekken. Dat blijkt in zekere zin al uit de wettekst, omdat buiten het geval waarin de belastingplichtige een belang in een deelneming verwerft of uitbreidt, niet de zakelijkheid van de uitbreiding van de operationele activiteiten, maar de zakelijkheid van de kapitaalstorting wordt beoordeeld. Het blijkt ook uit de artikelsgewijze toelichting, waarin wordt betoogd dat deze bepaling van toepassing is als de deelneming ‘met het oog op de renteaftrek onder Nederland wordt gehangen.’ Gelet op de wettekst kunnen wij ervan uitgaan dat deze bepaling ook geldt indien de extern verworven deelneming weliswaar niet direct ‘onder Nederland’ is gehangen, maar ervoor is gekozen om de acquisitielening in Nederland op te nemen en de gelden als eigen vermogen te storten in de vennootschap die de acquisitie verricht. Dat betekent de facto dat bij elke in het vijfde lid bedoelde uitbreidingsinvestering moet worden beoordeeld of het wel zakelijk is dat die in Nederland wordt gefinancierd.

In de artikelsgewijze toelichting staat ook een voorbeeld van een onzakelijke situatie, namelijk een geval waarin ‘een internationaal opererende groep met het hoofdkantoor (de moeder) in het buitenland en een winstgevende werkmaatschappij in Nederland een met vreemd vermogen gefinancierde overname in het buitenland doet, waarbij de aangekochte dochtervennootschap vervolgens onder de Nederlandse werkmaatschappij wordt gehangen terwijl in Nederland geen sprake is van een aansturende functie.’ Men herkent hier de wens om zoveel mogelijk reële activiteiten aan te trekken. Er staat echter niet dat indien er voldoende aansturing is, per se sprake is van zakelijk handelen (het is maar een voorbeeld), en de wettekst geeft evenmin voeding aan die gedachte.

Ik voorspel dat deze bepaling – als zij het Staatsblad haalt – tot veel geschillen en tot grote rechtsonzekerheid zal leiden.<sup>166</sup> Het heeft er de schijn van dat de opstellers van het wetsvoorstel zekerheid wilden bieden maar hier op het laatste moment voor zijn teruggedeinsd met het oog op voorziene tax planning. Die tax planning zal er ook zeker zijn. Maar zoals ik hiervóór al betoogde – en ik zal dat betoog niet herhalen – is bestrijding van misbruik door renteaftrek door vage normen als de zakelijkheid van de motieven van de belastingplichtige een heilloze weg. Ik zou de wetgever daarom willen adviseren om hetzij het genoemde onderdeel c door een objectief criterium te vervangen, desnoods substance-eisen, of – beter nog – dit onderdeel te schrappen en voor al te gekunstelde gevallen op het leerstuk *fraus legis* te vertrouwen.

#### *5.4 Internationale dispariteiten; mismatches en tariefarbitrage*

In deze context zijn de belangrijkste dispariteiten mismatches door hybride financiering en hybride entiteiten en tariefarbitrage. Op mismatches door hybride financiering en dergelijke, en de aanpak daarvan ben ik hiervoor al ingegaan.

Tariefarbitrage zou kunnen worden tegengegaan door een compenserende heffingstoets. Een dergelijke toets heeft echter belangrijke nadelen. Ten eerste zijn er Europeesrechtelijke bezwaren. Zoals eerder opgemerkt doen compenserende heffingen volgens het Hof van Justitie afbreuk aan de interne markt. Ten tweede zijn effectieve regelingen, die underkill en overkill vermijden, zeer lastig te realiseren. Underkill kan bestaan indien geen rekening wordt gehouden met corresponderende rentelasten bij de crediteur. Underkill kan voorts bestaan indien de vereiste heffing lager is dan het tarief waartegen de rente wordt afgetrokken; tariefarbitrage blijft dan mogelijk. Anderzijds kan overkill – namelijk economische dubbele belasting – bestaan indien de gehele renteaftrek wordt geweigerd indien bij de ontvanger wel wordt geheven, maar tegen een te laag tarief. Een evenwichtige regeling zal echter zeer bewerkelijk zijn. En hoe dan ook leidt een compenserendeheffingstoets tot onvermijdelijke administratieve rompslomp.

#### *5.5 Defiscalisering groepsrente*

Het gevaar van risico op winstdrainage is het grootst bij groepsleningen, omdat groepsleningen kunnen worden geïmplementeerd zonder dat – geconsolideerd beschouwd – schuld toeneemt. Internationale concerns hebben de mogelijkheid om kapitaal onder te brengen in laagbelastende jurisdicties, en rentestromen op gang te brengen van hoogbelastende naar laagbelastende jurisdicties. In het verleden is er daarom wel gepleit voor defiscalisering van groepsrente.

De hoogleraren Engelen, Vording en Van Weeghel hebben in het verleden gepleit voor defiscalisering van groepsrente.<sup>167</sup> Dat pleidooi heeft onder meer geleid tot een rondetafelgesprek over defiscalisering van groepsrente tussen de Tweede Kamercommissie voor Financiën en de genoemde hoogleraren. Uit dat gesprek bleek een grote interesse voor introductie van dit plan. Uiteindelijk is dit plan niet doorgestaan, evenmin als een afgeleide ervan, de verplichte groepsrentebox. In het rapport van de Studiecommissie Belastingstelsel van 7 april 2010, getiteld, Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel van 7 april 2010, wordt de slotsom getrokken dat defiscalisering van rente in de vennootschapsbelasting onverstandig is gelet op te verwachten tegen-

maatregelen van verdragspartners, weerstand van de gedragscodegroep en afremming van buitenlandse investeringen in reële activiteiten in Nederland.<sup>168</sup>

Gelet op de wind die thans waait, en die de weerstand tegen internationale mismatches lijkt te verspreiden, lijkt defiscalisering te minder een verstandige weg.

### *5.6 Aftrekbeperking versus heffing*

De behoefte aan een (rente)aftrekbeperking is afwezig indien de ontvanger van de rente kan worden belast door de bron- of oorsprongstaat.<sup>169</sup> De staat die de aftrek moet verlenen, wordt gecompenseerd doordat hij de rente-inkomsten kan belasten. Deze oplossing heeft in mijn ogen evenwel zwaarwegende nadelen. Zij is lastig te bereiken, gelet op internationale belastingcompetitie, art. 11, tweede lid, van het OECD-modelverdrag dat beperkte bronheffingstarieven voorschrijft, en de EU Interest & royaltyrichtlijn, dat een vrijstelling in de bronstaat voorschrijft. De internationale trend is woonstaatheffing. Een ander punt is de bruto/netto-problematiek. Bronheffingen plegen te worden geheven over de brutobetalingen. Een brutoheffing leidt echter tot overbelasting, met name indien de vorderingen met vreemd vermogen zijn gefinancierd. Het is dan de vraag of deze overbelasting kan worden afgewenteld. Kiest men voor nettoheffing dan leidt dit tot manipulaties (het tussenschuiven van een doorstroomvennootschap) of verregaande ingewikkeldheid (doorkijkbenaderingen).

## **6. Conclusies**

De kern van het probleem van grondslagerosie is dat, terwijl voor multinationale ondernemingen hun geconsolideerde resultaat telt, voor fiscale doeleinden deze winst in territoriale stukjes moet worden gehakt op basis van het at arm's length beginsel. Hoewel er kritiek mogelijk is op dit beginsel, ligt het niet in de lijn der verwachting dat het op afzienbare tijd wordt verlaten. Hetzelfde geldt voor het huidige onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Grondslagverplaatsing blijft daarom een probleem, en de vraag of multinationale ondernemingen een 'fair share' betalen zal dus wel blijven spelen. Omdat noch uit het internationale recht, noch uit belastingverdragen (afgezien van het at arm's length beginsel) noch uit het systeem van de vennootschapsbelasting inzichten kunnen worden ontleend van de 'natuurlijke' grondslag die aan een jurisdictie toekomt, is het vrijwel onmogelijk om aan te geven wanneer een ondernemer de Nederlandse fiscus zijn 'fair share' zou onthouden. Het is

dan ook niet verwonderlijk dat de discussie over de ethiek in het belastingrecht stopt bij – onontkoombaar vage – gedragsnormen die belastingplichtigen behoren na te leven bij de inrichting en financiering van hun organisatie en hun ondernemingsactiviteiten. Mijns inziens biedt de fair share gedachte geen hanterbare regels; de grens tussen aanvaardbare en niet-aanvaardbare planning is subjectief en arbitrair. Ethische inzichten bieden geen handvatten om deze grens te beschrijven, althans niet toegepast op de praktijk. De fair share norm heeft mijns inziens met name betekenis in een maatschappelijke context, namelijk voor zover de publieke opinie een bepaalde handelwijze belemmert. Een belangrijkere leidraad bij grondslagverdeling is de wet van de fiscale jungle. Nederland kan zijn grondslag veilig stellen naarmate het gaat om winst die voldoende verband houdt met het Nederlandse territorium. Het kan grondslagbeschermende maatregelen nemen om te voorkomen dat excessieve rentelasten de daadwerkelijk aan Nederland toerekenbare winst afromen. Mijns inziens moet worden gekozen voor objectieve, heldere normen. Kortom: de grondslag moet worden beschermd door hem robuust te maken. Misbruikbestrijding door vage en subjectieve normen is een heilloze weg.

## Dankwoord

Aan het einde van mijn oratie wil ik een aantal mensen bedanken. In de eerste plaats het College van Bestuur van de Universiteit van Amsterdam en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, voor het in mij gestelde vertrouwen.

Het is jammer dat mijn grote leermeester, Peter Wattel, niet aanwezig is. Hij was achtereenvolgens mijn docent, scriptiebegeleider, baas, promotor en heeft me overgehaald als docent naar de UvA terug te keren. Zijn invloed op mijn academische loopbaan is enorm.

Hooggeleerde Van Weeghel, beste Stef, formeel ben je mijn patroon niet meer maar in substance nog steeds. Ik denk met plezier terug aan onze advocatuurlijke samenwerking.

Hooggeleerde Cornelisse en Weber, beste Rob en Dennis, dank voor de voortreffelijke samenwerking. Het is een eer om in jullie midden te verkeren.

Beste overige leden van de leerstoelgroep, uiteraard inclusief Wendy die al die jaren zo goed voor mij heeft gezorgd op de uni, en Astrid: dank voor het fijne vestigingsklimaat op het Binnengasthuisterrein.

Beste studenten, ik heb respect voor jullie volhardendheid om het belastingrecht te doorgronden. Ik zal trachten om jullie kritische geest waar mogelijk te scherpen.

Beste collega's van Meijburg, dank voor de manier waarop ik met jullie theorie en praktijk kan verenigen.

Lieve ouders, zonder jullie zou er van mij niets terecht gekomen zijn.

Lieve Wendeline, woorden schieten te kort. Lieve Lodewijk en Boed, dat geldt ook voor jullie. Ik kan niet wachten tot jullie je ambitie hebben verwezenlijkt, voor Lodewijk is dat brandweerman, en Boed wil graag een poes worden, een gele.

Ik heb gezegd.



## Noten

1. T.P. de Vries, De Nederlandse accijnswetgeving sinds 1813 (Afscheidscollege Rijksbelastingacademie van de docent J. van Tiburg), *WFR* 1954/185.
2. Via de site [www.statengeneraaldigitaal.nl](http://www.statengeneraaldigitaal.nl) kunnen de bewoordingen wel worden teruggevonden zij het niet in relatie tot met naam genoemde personen.
3. Vermoedelijk wordt bedoeld op J.C. Marres; zie HR 26 juni 1905. Zie voorts <http://www.marres.nl/rechtszaken.htm> met nadere context.
4. Uit de Miljoenennota 2012, p. 179 volgt dat de opbrengst van de vennootschapsbelasting (exclusief gas) op kasbasis in 2007 nog ruim € 16,7 miljard bedroeg (waarvan ruim €13,5 miljard over dat jaar) en in 2009 minder dan € 10 miljard (waarvan eveneens minder dan € 10 miljard over dat jaar).
5. Vgl. Ben J.M. Terra en Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2e dr., Kluwer Deventer, 2012, p. 200.
6. Zie bijvoorbeeld Salvador Barrios, Harry Huizinga, Luc Laeven, and Gaetan Nico-deme, *International Taxation and Multinational Firm Location Decisions*, Taxation Papers No. 16, European Commission, Luxemburg 2011 (met name over het invloed van het belastingstelsel op de keuze van de vestigingsplaats van hoofdkantoren van multinationale ondernemingen).
7. Zie het rapport 'Hoofdkantoren een hoofdzaak. Tijd voor industriepolitiek nieuwe stijl' van Emile Gostelie, Jan Willem Kuenen, Kees Cools en Kirsten Nienhuis, The Boston Consultancy Group, maart 2011, p. 15 en het rapport 'Wederzijds profijt: De strategische waarde van de Top 100 concernhoofdkantoren voor Nederland en van Nederland voor deze Top 100', van M.G. Baaij, F.A.J. van den Bosch, H.W. Volberda en T.J.M. Mom, Rotterdam School of Management, 2009, p. 33, (beide te raadplegen via <http://www.top-sectoren.nl/hoofdkantoren/documenten>).
8. 'Minder fiscale steun voor spookfirma's VS' (*NRC Handelsblad* 18 november 2000).
9. Frans Weekers, opening van het ZIFO/VU-congres 'Hoofdkantoren en fiscaal vestigingsklimaat', 4 juni 2012, Amsterdam.
10. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011–2012, 25 087, nr. 30.
11. T.a.p., p. 3.
12. Zie G.M.M. Michielse, Mag het een beetje minder koopman zijn?, *NTFR* 2011/379, en voor een ander geluid F.P.J. Snel, Aanpakken die 'vrijplaats Zuidas?', *NTFR* 2011/2068.
13. Snel, t.a.p.
14. Vgl. Snel, t.a.p.
15. Art. 107-109 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
16. Code of Conduct for Business Taxation, EU Raadsresolutie 1 december 1997.
17. Zie N.G.H. Speet, Multinationals en agressieve tax planning, *NTFR* 2011/1072, par. 1 met nadere vindplaatsen.

18. Men leze bijvoorbeeld het verslag over het spoeddebat over winstbelasting multinationals van 28 februari 2008 (*Handelingen TK 57-4039 e.v.*).
19. T.a.p., p. 57-4040, l.k.
20. T.a.p., p. 57-4048, l.k.
21. T.a.p., p. 57-4043, l.k.
22. 'Promoting Good Governance in Tax Matters', Mededeling van de Europese Commissie, COM(2009)201 Final, Brussel, 28 april 2009.
23. 'Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure', OESO, februari 2011.
24. Voorstel voor een richtlijn 'on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings', COM(2011) 684, Brussel, 25 oktober 2011.
25. 'The Internal market: factual examples of double non-taxation cases', Consultation document, Europese Commissie, Brussel 2012.
26. Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, OESO, 2012.
27. Resolutie van het Europees Parlement van 19 april 2012 inzake de oproep om – belastingfraude en belastingontduiking op concrete wijze te bestrijden, P7\_TA-PROV(2012)0137.
28. Zie de brief van Minister Verhagen van 5 december 2011 aan de Tweede Kamer ter beantwoording van vragen over de activiteiten van multinationals in belastingparadijzen, antwoord op vragen 8 en 9.
29. Vgl. *Internationale belastingplicht van lichamen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 196, Kluwer, Deventer, 1994, p. 17.
30. Vgl. O.C.R. Marres, Over coördinatie, concurrentie en consolidatie, *WFR* 2012/324, § 2.
31. Zie bijvoorbeeld het eerder aangehaalde citaat van Tang.
32. L. Hand, J. in *Commissioner v. Newman*, 159 F.2d 848, 850-51 (2d Cir.1947).
33. L. Hand, J. in *Helvering v. Gregory*, 69F.2d 809 (2d Cir.1934)
34. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935).
35. Report on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring, Chapter IX of the Transfer of the Transfer Pricing Guidelines, 22 juli 2010, Part IV: Recognition of the actual transactions undertaken, paragraph 9.163.
36. Conclusie van A-G Geelhoed van 29 juni 2006 voor HvJ 13 maart 2007, C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, *FED* 2007/41, *NTFR* 2007/470, punt 63, 2<sup>e</sup> volzin.
37. O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, 2<sup>e</sup> dr., Kluwer, Deventer, 2008, p. 38.
38. O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, 2<sup>e</sup> dr., Kluwer, Deventer, 2008, p. 48-53. Een recent voorbeeld kan worden gevonden in HR 1 juni 2012, nr. 11/00009.
39. Zie 'Belastingen en ethiek', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 243, Kluwer, Deventer, 2011, en voorts J.L.M. Gribnau en R. Hamers, Tax planning: spel met regels dat om ethisch houvast vraagt. Deel 1: Regelgedreven interactie, *WFR* 2011/154 en deel 2: Ethische visies en beslissingsfactoren, *WFR* 2011/190, en N.G.H. Speet, Multinationals en agressieve tax planning, *NTFR* 2011/1072.

40. Zie de interventie van Strik in 'Belastingen en ethiek', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 243, Kluwer, Deventer, 2011, p. 186-187.
41. O.C.R. Marres, De onzin van de redelijkeheffingnorm, *NTFR* 2007/609.
42. Ik neem de gelegenheid te baat om te weerspreken dat ik over paragnostische gaven beschik, zoals verondersteld door S.A.W.J. Strik in zijn artikel: De aanscherping van de redelijkeheffingstoets, *NTFR-B* 2008/14, voetnoot 12.
43. Vgl. B.G. van Zadelhoff, Nijdig, *WFR* 2010/606.
44. Zie <http://www.wakkerdier.nl/actueel/plofkip-campagne>.
45. T.a.p.
46. T.a.p.
47. Zie ook A.C.P. Bobeldijk, *Invloeden op de vennootschapsbelasting*, inaugurele rede 25 november 2011, Nijenrode, p. 12-13.
48. Zie bijvoorbeeld Reuven S. Avi-Yonah, Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime, *Bulletin for International Taxation*, april 2007, p. 132, Jérôme Monsenego, *Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market*, IBFD Doctoral Series vol. 22, 2011, p. 60, en Wolfgang Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I), *World Tax Journal*, October 2009, p. 90 e.v. Zie ook onderdeel 2.1 van de nadere conclusie van A-G Mok voor HR 5 november 1999, NJ 2000/139.
49. Zie Monsenego en Schön, t.a.p.
50. R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law, Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction* (diss. Leiden), Kluwer, Deventer, 1989, p. 66-81 (met name p. 71).
51. Op basis van het woonplaatsbeginsel, a.w., p. 90-93.
52. Op grond van het bronbeginsel, a.w., p. 93-98.
53. Op basis van economische fiscale gebondenheid, a.w., p. 98-110.
54. A.w., p. 110-139.
55. A.w., p. 134-137.
56. A.w., p. 157-159.
57. Zie paragraaf 34 van het OESO-commentaar op art. 10 OESO-modelverdrag.
58. HR 2 september 1992, *BNB* 1992/379.
59. Reuven S. Avi-Yonah, Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime, *Bulletin for International Taxation*, april 2007, p. 132.
60. Zie Wolfgang Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I), *World Tax Journal*, October 2009, p. 92 en Monsenego, a.w., p. 66. Zie ook par. 23 van het OESO-commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag waarin onder meer wordt opgemerkt over CFC-wetgeving: 'A significant number of Member and non-member countries have now adopted such legislation.'
61. Zie Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD Doctoral Series 7, 2004, p. 8 e.v. en Reuven S. Avi-Yonah, Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime, *Bulletin for International Taxation*, april 2007, p. 132.
62. Zie de omvangrijke studie van B.D. Lepard, Is the United States Obligated to drive on the Right? A Multidisciplinary Inquiry into the Normative Authority of Contemporary International Law using the Arm's Length Standard as a Case Study, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10 (1999/2000), p. 43 e.v.

63. Gewoonterecht kan immers wijzigen en de verdeling op grond van het at arm's length beginsel is niet heilig; zie ook mijn artikel Over coördinatie, concurrentie en consolidatie, *WFR* 2012/324, § 3.
64. Vgl. Monsenego, a.w., p. 61 en Wolfgang Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I), *World Tax Journal*, October 2009, p. 93.
65. Vgl. F.C. de Hosson, Renteaftrekbeperkingen en het Nederlandse verdragsbeleid, *WFR* 2011/1258, § 2.3.
66. Attribution of Profits to Permanent Establishments, OECD, Parijs, 2010, deel I, § 15 en § 28.
67. Vgl. het general report van P. Hinny in: *New Tendencies in Tax Treatment of Cross-border Interest of Corporations: Subject 2* (62st Congress of the International Fiscal Association, Brussels 2008; Volume 93 van Cahiers de droit fiscal international), p. 33 e.v.
68. Thin Capitalisation, Issues in International Taxation 1987, no. 2, OECD, Parijs, 1986.
69. J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, FM nr. 132, Kluwer, Deventer, 2009, p. 189-191, beantwoordt deze vraag bevestigend, en meent dat art. 10d niet in overeenstemming is met de at arm's length bepaling. Vgl. F.C. de Hosson, Renteaftrekbeperkingen en het Nederlandse verdragsbeleid, *WFR* 2011/1258. A-G Wattel neemt in zijn conclusie van 9 september 2011 in de zaak met nr. 10/05268, LJN: BT5858, het standpunt in dat art. 10d in beginsel niet kan worden getoetst aan de relevante verdragsbepalingen (zie met name onderdeel 9.20).
70. Zie de conclusie van A-G Wattel van 9 september 2011 in de zaak met nr. 10/05268, LJN: BT5858.
71. Ook het vijfde lid kan van toepassing zijn, maar omdat deze bepaling volgens het officiële commentaar daarop (zie paragraaf 79) slechts ziet op bepalingen die louter van toepassing zijn op betalingen aan buitenlandse aandeelhouders, en deze bepaling evenals het vierde lid toepassing mist op een correctie die in overeenstemming is met art. 9 OESO-modelverdrag, voegt zij nauwelijks iets toe aan de bepaling van het vierde lid.
72. Zie paragraaf 74 van het officiële commentaar op art. 24 OESO-modelverdrag.
73. Zie de Schneider zaak van 28 juni 2002, waarin de Franse Conseil d'Etat oordeelde dat de Franse CFC-regels in strijd waren met het belastingverdrag tussen Frankrijk en Zwitserland, omdat Frankrijk de winsten van een Zwitserse vennootschap belaste die volgens het verdrag aan Zwitserland waren toegewezen.
74. Zie Luc de Broe e.a., Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 65 (2004), nr. 7, par. 4.2.
75. Zie paragraaf 23 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag.
76. Voorstel voor een richtlijn betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB) van 16 maart 2011, COM(2011)121.
77. Zie HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82.
78. Ik doel hier op zaken waarbij het om de strijdigheid van nationale maatregelen met de verkeersvrijheden gaat.

79. Zie bijvoorbeeld HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08, X Holding, *BNB* 2010/166, punt 16.
80. Vgl. Ben J.M. Terra en Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2e dr., Kluwer Deventer, 2012, p. 882, Monsenego, a.w., p. 5 en Otto Marres, The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation, *Intertax*, vol. 39 ( 2011), issue 3, p. 119.
81. Vgl. Terra en Wattel, t.a.p.
82. HvJ 12 december 2002, C-324/00, Lankhorst-Hohorst, *BNB* 2003/170, punt 36.
83. HvJ 12 december 2002, C-324/00, Lankhorst-Hohorst, *BNB* 2003/170.
84. Punt 37.
85. Zie punt 35.
86. Punt 68 van de conclusie van A-G Geelhoed voor HvJ 13 maart 207, C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, *FED* 2007/41, *NTFR* 2007/470.
87. HvJ 13 maart 207, C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, *FED* 2007/41, *NTFR* 2007/470.
88. Punt 80.
89. Punt 81.
90. Punten 82 en 84.
91. HvJ 21 januari 2010, zaak C-311/08, Société de Gestion Industrielle SA (SGI), *Jurispr.* p. I-487.
92. Vgl. Ben J.M. Terra en Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2e dr., Kluwer Deventer, 2012, p. 735.
93. Zie punt 69.
94. Punt 66.
95. Punt 75.
96. HvJ 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, *BNB* 2007/54.
97. HvJ 26 oktober 1999, C-294/97, Eurowings, *Jurispr.* p. I-7447.
98. Punt 43.
99. Punt 44 en 45.
100. HvJ 12 juli 2005, C-403/03, Schempp, *Jurispr.* p. I-6421, punt 32-36.
101. Het arrest HvJ 6 december 2007, C-298/05, Columbus Container Services, *NTFR* 207/2295, punt 49, doet daar mijns inziens niet aan af in dat arrest stond vast dat de vennoten in Duitse personenvennootschappen niet zwaarder werden belast dan vennoten in een Belgische personenvennootschap, zoals in dat geval (zie punt 39).
102. HvJ 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, *BNB* 2007/54, punt 49.
103. Punt 49.
104. HvJ 18 september 2003, C-168/01, Bosal Holding, *BNB* 2003/344.
105. Punt 39.
106. *Kamerstukken II*, zitting 1961-1962-6000, nr. 6, p. 15, r.k.
107. *Kamerstukken II*, 1962-1963-6000, nr. 9, p. 25, l.k.
108. Zie Art. IV, onder B, Wetsvoorstel tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013).
109. HvJ 25 februari 2010, C-337/08, X Holding, *BNB* 2010/166. HR 24 juni 2011, *BNB* 2011/244
110. F.A. Engelen, De fiscale eenheid als dekmantel voor verboden discriminatie, *NTFR* 2012/102.
111. HvJ 15 mei 2008, C-414/06, Lidl Belgium, *BNB* 2009/85.

112. Zie mijn artikel *From Bosal Holding to X Holding: The Future of Tax Base Protection in the Netherlands*, in: Dennis Weber & Bruno da Silva, *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation*, Kluwer Law International, 2011, p. 146-148.
113. HvJ 13 december 2005, C-446/03, *BNB* 2006/72.
114. HvJ 25 februari 2010, C-337/08, *X Holding*, *BNB* 2010/166.
115. R.o. 31.
116. Dit wordt in zekere zin onderbouwd door Salvador Barrios, Harry Huizinga, Luc Laeven, and Gaetan Nicodeme, *International Taxation and Multinational Firm Location Decisions*, Taxation Papers No. 16, European Commission, Luxemburg 2011, die de conclusie trekken dat houdstervennootschappen doorgaans gevestigd zijn in landen met een relatief lage heffing over winst uit buitenlandse bronnen.
117. F.W.G.M. van Brunschot, De wet van de fiscale jungle, *WFR* 1995/141. Zie ook Van Brunschot's oppositie tijdens de vergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap op zaterdag 21 januari 1995 in *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 198*, Deventer: Kluwer 1995, p. 6-11 (m.n. p. 7). Van Brunschot heeft geen afscheidsrede uitgesproken toen hij naar de Hoge Raad ging (hoewel ik zijn laatste college wel als zodanig ervoer), maar hij heeft L.J.A. Pieterse, de auteur van het werk *Fiscale oraties en afscheidsredes, een bibliografie*, SDU, 2011, laten weten dat genoemde column als zodanig kan worden beschouwd; zie Fiscale oraties en afscheidsredes, enkele fenomenologische notities, *WFR* 2010/316, par. 4.1.
118. Zie het rapport 'Wederzijds profijt: De strategische waarde van de Top 100 concernhoofdkantoren voor Nederland en van Nederland voor deze Top 100', van M.G. Baaij, F.A.J. van den Bosch, H.W. Volberda en T.J.M. Mom, Rotterdam School of Management, 2009, p. 33.
119. Zie O.C.R. Marres en V. Kalloe, Analytische vennootschapsbelasting, *NTFR* 2010/430, en O.C.R. Marres, Over coördinatie, concurrentie en consolidatie, *WFR* 2012/324, § 2.
120. Eenvoudshalve negeer ik het afzonderlijke bestaan van de tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen en de transacties daartussen.
121. *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 696, nr. 4, p. 13, *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 696, nr. 7, p. 6 en 8, *Kamerstukken I*, 1996-1997, 24 696, nr. 52a, p. 4 en *Kamerstukken I*, 1996-1997, 24 696, nr. 52c, p. 2-3.
122. *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 696, nr. 5, p. 34, *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 696, nr. 8, p. 17-18, *Kamerstukken I*, 1996-1997, 24 696, nr. 52b, p. 4-5 en *Kamerstukken I*, 1996-1997, 24 696, nr. 52d, p. 2-3. Zie voor vergelijkbare problematiek mijn artikel 'Het doorgeefluik', *WFR* 2007/896, met name § 2.
123. Pleitbezorgers daarvan zijn Chenchinski, Amir C. en Avi-Yonah, Reuven S., *The Case for Dividend Deduction* (September 16, 2010), U of Michigan Law & Econ, Empirical Legal Studies Center Paper No. 10-028; U of Michigan Public Law Working Paper No. 220.
124. Zie voor een pleidooi voor een aftrek van rendement op eigen vermogen R.P.C. Cornelisse, *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2001.
125. Zie voor een economische vergelijking van ACE en CBIT: Ruud A. de Mooij en Michael P. Devereux, *Alternative Systems of Business Tax in Europe. An applied*

- analysis of ACE and CBIT Reforms*, Taxation Papers No. 17, European Commission, Luxemburg 2009.
126. Zie De Mooij en Devereux, t.a.p. Zie echter ook de CPB Notitie over defiscalisering van rente van 25 november 2008 aan het Ministerie van Financiën, nr. 2008/50, waarin wordt betoogd dat Nederland baat heeft bij hervormingen in de richting van CBIT.
  127. Zie hierover Avi-Yonah, Reuven S. and Benshalom, Ilan, *Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Tax Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative* (October 16, 2010), U of Michigan Law & Econ, Empirical Legal Studies Center Paper No. 10-029; U of Michigan Public Law Working Paper No. 221 en Stefan Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, IBFD Doctoral Series no. 17, Amsterdam 2009.
  128. Reuven S. Avi-Yonah, Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime, *Bulletin for International Taxation*, april 2007, p. 133, verdedigt het bestaan van dit beginsel. Anders: H. David Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the 'International Tax System', in *The Tillinghast Lecture 1996-2005*, NYU School of Law, 2007, p. 87-116, met commentaar van Avi-Yonah (a.w., p. 117-125).
  129. Zie bijvoorbeeld Avi-Yonah, Reuven S. and Benshalom, Ilan, *Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Tax Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative* (October 16, 2010), U of Michigan Law & Econ, Empirical Legal Studies Center Paper No. 10-029; U of Michigan Public Law Working Paper No. 221, onder I, en Wolfgang Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World (Part III), *World Tax Journal*, October 2010, p. 248.
  130. De keuze op welk niveau externe financiering wordt opgenomen kan bedrijfseconomische redenen hebben maar wordt eveneens beïnvloed door fiscale motieven.
  131. Een duidelijk voorbeeld uit de jurisprudentie is het arrest HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82. In dit geval was sprake van aftrek van rente door een inwoner van Frankrijk, en vrijstelling van de ontvangen rente in Nederland onder de deelnemingsvrijstelling. Een ander voorbeeld is aftrek in Nederland van geïmputeerde rente zonder heffing bij de crediteur in Ierland (HR 17 december 2004, *BNB* 2005/169). Hier is overigens strikt genomen geen sprake van een hybride lening maar van een eenzijdige correctie op grond van het at arm's length beginsel.
  132. Een beschrijving van standaardgevallen van mismatches is te vinden in *The Internal market: factual examples of double non-taxation cases*, Consultation document, Europese Commissie, Brussel 2012, p. 5 e.v. en *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OESO, 2012, p. 7-10.
  133. Ook binnen de fiscale wereld is er kritiek: zie Richard Happé, *Belastingethiek: een kwestie van fair share*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 243, Kluwer, Deventer, 2001, p. 62-65.
  134. *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OESO, februari 2012, p. 11-12
  135. 'The Internal market: factual examples of double non-taxation cases', Consultation document, Europese Commissie, Brussel 2012, p. 3.

136. Resolutie van het Europees Parlement van 19 april 2012 inzake de oproep om belastingfraude en belastingontduiking op concrete wijze te bestrijden, P7\_TA-PROV(2012)0137, punt 7.
137. Presidency note van 4 april 2012 aan de Working Party on Tax Questions – Direct Taxation, nr. 8387/12. Zie ook de toelichting in de presidency note van 16 april 2012 aan de Working Party on Tax Questions - Direct Taxation, nr. 8790/12.
138. De voorgestelde tekst luidt als volgt:
  1. A taxpayer shall not deduct payments directly or indirectly accrued to its associated enterprise as the beneficial owner of the payment if the payment is not taxable according to this directive or the national tax law which the associated enterprise is subject to due to a different qualification of the payment (hybrid instruments) or a different qualification of the payer and recipient (hybrid entities).
  2. Notwithstanding paragraph 1(c) of Article 11, where the payment of the profit distribution has been deducted in the taxable income of its associated enterprise, the profit distribution shall be included in the tax base.’
139. Art. 13l nieuw; zie Art. IV, onder B, Wetsvoorstel tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013).
140. Art. 7, eerste tot en met derde lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
141. Art. 17, eerste en tweede lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
142. Art. 3.8 Wet IB 2001 jo art. 8, eerste lid, respectievelijk art. 18, eerste lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
143. Zie onder andere HR 26 april 1989, *BNB* 1989/217. Zie voor een behandeling van dit arrest en latere arresten mijn *Winstdrainage door renteaftrek*, 2<sup>e</sup> dr., Kluwer, Deventer, 2008, p. 38 e.v.
144. Er geldt ook – op grond van onderdeel b van het derde lid - een tegenbewijsmogelijkheid in geval van een redelijke heffing over de rente bij de crediteur, maar in dat geval heeft de inspecteur de mogelijkheid om aannemelijk te maken
145. Zonder enige volledigheid te suggereren wijs ik op P.H.J. Essers, De implicaties van horizontaal toezicht voor de wetgever, *WFR* 2009/12, H.T.P.M. van den Hurk, Pleidooi voor een principle based renteaftrek in de vennootschapsbelasting, *WFR* 2011/1530, T.M. Berkhout, Wetgever en rechters: creëer en koester open normen, *NTFR* 2012/723 en N.G.H. Speet, Multinationals en agressieve tax planning, *NTFR* 2011/1072, par. 3.1.
146. H.T.P.M. van den Hurk, Pleidooi voor een principle based renteaftrek in de vennootschapsbelasting, *WFR* 2011/1530
147. Vgl. mijn *Winstdrainage door renteaftrek*, 2<sup>e</sup> dr., Kluwer, Deventer, 2008, p. 292-293.
148. Zie mijn *Winstdrainage door renteaftrek*, 2<sup>e</sup> dr., Kluwer, Deventer, 2008, p. 293
149. Zie art. 10a, eerste lid, onderdeel a, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
150. Zie HR 25 november 2011, *BNB* 2012/37, en mijn artikel De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting, *WFR* 2012/142.
151. Zie met name het in de vorige noot genoemde arrest, *BNB* 2012/37.
152. Zie de volgende paragraaf.
153. Te weten, de artikelen 10a, 10d en 15ad van de Wet op de vennootschapsbelasting. Gelet op de recente ontwikkelingen in de strijd tegen mismatches bestaat mogelijk



- de politieke wens om artikel 10b verder uit te breiden, maar voor de grondslagbescherming acht ik dat niet nodig.
154. HvJ 18 september 2003, C-168/01, Bosal Holding, *BNB* 2003/344.
  155. O.C.R. Marres, Het gat, *NTFR* 2011/1593.
  156. Art. 13l nieuw; zie Art. IV, onder B, Wetsvoorstel tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013).
  157. Art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
  158. Vgl. F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, SDU, Amersfoort, 2005, p. 134. Zie echter ook: *The Internal market: factual examples of double non-taxation cases*, Consultation document, Europese Commissie, Brussel 2012, p. 10, waarin aftrek van rente in verband met laagbelaste deelnemingen als voorbeeld van ongewenste double non-taxation wordt genoemd.
  159. J. Vleggeert, Deelnemingsrente, *WFR* 2011/1222, par. 4.
  160. Zie Snel, a.w., p. 136.
  161. Snel, t.a.p.
  162. Vleggeert, t.a.p., par. 3.
  163. Zie O.C.R. Marres, Over coördinatie, concurrentie en consolidatie, *WFR* 2012/324, § 3.
  164. Brief van Sjoerd van Keulen, namens het topteam Hoofdkantoren, van 17 juni 2011, aan minister Verhagen en staatssecretaris Weekers, p. 6-7. Het wetsvoorstel lijkt wat beperkender dan het topteam voor ogen stond. Het kan namelijk worden betwijfeld of in elk geval waarin de maatregel werkt sprake is van 'onbedoeld gebruik dat de proporties heeft aangenomen van misbruik'. Voorts wijkt het voorstel af van het advies van het topteam, in de zin dat het topteam adviseerde dat rente aftrekbaar moet blijven in verband met kapitaalstortingen die nodig zijn om buitenlandse verliezen aan te zuiveren, terwijl in de artikelsgewijze toelichting in de MvT wordt opgemerkt dat dit geen kwalificerende uitbreiding is.
  165. Hetgeen overigens niet wegneemt dat er kritiek mogelijk is, bijvoorbeeld op het feit dat – gezien de MvT – ook onzakelijke omleidingen kunnen leiden tot toepasselijkheid van het zesde lid.
  166. Dat laatste overigens vooral bij buitenlandse multinationals, de Nederlandse multinationals zullen vooral last hebben van het goodwillgat, maar dat terzijde.
  167. F.A. Engelen, H. Vording en S. van Weeghel, Wijziging van belastingwetten met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat, *WFR* 2008/891.
  168. Rapport van de Studiecommissie Belastingstelsel van 7 april 2010, *Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel*, p. 87-88.
  169. Zie voor het onderscheid hiertussen E.C.C.M. Kemmeren, *Principle of Origin in Tax Conventions, a Rethinking of Models* (diss. Tilburg 2001), p. 36. Kemmeren beschouwt als oorsprong de plaats waar de debiteur het rente-inkomen genereert c.q. produceert.