

Prof. mr. O.C.R. Marres

Winstdrainage door renteaftrek

Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969

3e druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

VOORWOORD BIJ DE DERDE DRUK

In deze derde druk heb ik alle relevante nieuwe ontwikkelingen behandeld. Voorts heb ik wijzigingen aangebracht vanwege nadere inzichten. Die nadere inzichten hebben, al dan niet in combinatie met nieuwe ontwikkelingen, hier en daar geleid tot het schrappen van teksten waar zij mij niet langer overtuigend of relevant voorkwamen, of tot aanpassing of aanvulling teneinde ideeën nader uit te werken. Waar ik schrijf over jurisprudentie waarbij ik professioneel betrokken ben geweest (dat wil zeggen als advocaat/belastingkundige), heb ik dat in voetnoten opgenomen. Het manuscript is afgesloten op 18 september 2020.

Ik houd mij aanbevolen voor commentaar. Dat ontvang ik bij voorkeur per e-mail op o.c.r.marres@uva.nl.

Amstelveen, 18 september 2020

Otto Marres

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord bij de derde druk / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XV

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Winstdrainage door renteaftrek / 1
- 1.2 Wettelijke sancties tegen winstdrainage door renteaftrek / 1
- 1.3 Art. 10a Wet VPB 1969 / 2
- 1.4 Opbouw / 3

HOOFDSTUK 2

Algemene beschouwing over renteaftrek / 5

- 2.1 Het winstbegrip / 5
 - 2.1.1 Aftrekbare rente versus niet aftrekbaar dividend / 5
 - 2.1.2 Art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8 Wet VPB 1969 / 14
 - 2.1.3 *Arm's length*-beginsel; art. 8b en 8c Wet VPB 1969 / 18
 - 2.1.4 Art. 10, eerste lid, onderdelen a en c, Wet VPB 1969 / 18
- 2.2 Kwalificatie van financiering als eigen vermogen respectievelijk vreemd vermogen / 21
 - 2.2.1 Hoofdregel: de civielrechtelijke vorm / 21
 - 2.2.2 De eerste uitzondering: de schijnlening / 23
 - 2.2.3 De tweede uitzondering: de deelnemerschapslening / 25
 - 2.2.4 De derde uitzondering: de bodemlozeputlening / 28
 - 2.2.5 Geen vierde uitzondering / 30
 - 2.2.6 Hybride leningen (tot 2007) / 30
 - 2.2.7 Hybride leningen (per 2007) / 32
- 2.3 Winstdrainage (art. 10a Wet VPB 1969) / 33
- 2.4 *Earnings stripping* (art. 15b Wet VPB 1969) / 33
- 2.5 Andere wettelijke renteaftrekbeperkingen / 34
- 2.6 Conclusie / 35

HOOFDSTUK 3

Richtige heffing en fraus legis / 37

- 3.1 Inleiding / 37
- 3.2 Richtige heffing en fraus legis vóór invoering van art. 10a Wet VPB 1969 / 38
 - 3.2.1 Algemeen / 38
 - 3.2.2 De eis van de wezenlijke financieringsfunctie / 38
 - 3.2.2.1 Verhanging van groepsmaatschappij / 38
 - 3.2.2.2 Schulden in verband met kapitaalstortingen / 43
 - 3.2.2.3 Schulden in verband met winstuitdelingen / 43
 - 3.2.2.4 Activa/passiva-transacties / 47
 - 3.2.3 De verschillendewegenleer / 48
 - 3.2.4 De compenserende heffing / 53
 - 3.2.4.1 Geen strijd met doel en strekking bij compenserende heffing / 53
 - 3.2.4.2 Indirecte compenserende heffing / 54
 - 3.2.4.3 Buitenlandse compenserende heffing / 54
 - 3.2.4.4 Verrekening van belastinggrondslag met compensabele verliezen / 56
 - 3.2.4.5 Verrekening van belasting met buitenlandse belasting of andere aanspraken / 59
 - 3.2.4.6 Crediteur heeft corresponderende rentelasten / 59
- 3.3 Toepassing van fraus legis sinds de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 / 61
 - 3.3.1 Inleiding / 61
 - 3.3.2 Strijd met doel en strekking van (het systeem van) de wet / 62
 - 3.3.3 Strijd met doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969 / 65
 - 3.3.4 Geen fraus legis bij aanvaarding van ontgaansmogelijkheden door de wetgever / 66
 - 3.3.5 Toepassingen / 73
 - 3.3.5.1 Verwerving niet-verbonden lichaam / 73
 - 3.3.5.2 Activa/passiva-transacties / 75
 - 3.3.5.3 Lening van een derde / 76
 - 3.3.5.4 Zetelverplaatsing crediteur / 77
 - 3.3.5.5 Aangroei lijfrenteverplichting / 77
- 3.4 Fraus legis sinds ATAD1 / 78
 - 3.4.1 Art. 6 ATAD1 / 78
 - 3.4.2 Implementatie van art. 6 ATAD1 door fraus legis / 79
 - 3.4.3 Vergelijking tussen art. 6 ATAD1 en het leerstuk fraus legis / 80
- 3.5 Samenvatting en conclusies / 84

HOOFDSTUK 4

De geschiedenis van art. 10a Wet VPB 1969 / 87

- 4.1 Beleid met betrekking tot richtige heffing en fraus legis / 87
- 4.2 Oriëntatienota fiscaal vestigingsklimaat / 87
- 4.3 Voorontwerp van wet evenwichtige behandeling internationale fiscale verhoudingen / 88

- 4.4 Werkgroep fiscale infrastructuur / 88
- 4.5 Wet fiscale infrastructuur / 89
- 4.6 Wijzigingen in art. 10a Wet VPB 1969 / 92
 - 4.6.1 Overzicht van de belangrijkste wijzigingen / 92
 - 4.6.2 Wijzigingen in het eerste lid / 93
 - 4.6.3 De invoeging van het tweede lid / 94
 - 4.6.4 Wijzigingen van de zakelijkheidstoets / 94
 - 4.6.5 Wijzigingen van de redelijkeheffingnorm / 95
 - 4.6.6 Wijzigingen van de verbondenheidsbepalingen / 96
 - 4.6.7 De invoeging van het achtste lid / 99
- 4.7 Conclusies / 99

HOOFDSTUK 5

De in art. 10a Wet VPB 1969 gestelde regels / 101

- 5.1 Inleiding / 101
- 5.2 Codificatie en modificatie van jurisprudentie / 102
- 5.3 Aftrekbeperking, maar ook vrijstelling (tot 2021) / 105
- 5.4 Renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – (eerste lid, aanhef) / 106
 - 5.4.1 Rente / 106
 - 5.4.2 Kosten / 108
 - 5.4.3 Valutaresultaten / 110
 - 5.4.4 Rente op rente en valutaresultaten over rente / 112
- 5.5 Schulden / 113
- 5.6 Rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd / 115
 - 5.6.1 Inleiding / 115
 - 5.6.2 Alternatieve criteria (in het eerste lid) / 115
 - 5.6.3 De betekenis van de onderscheidene termen; wetsgeschiedenis / 117
 - 5.6.4 De Hoge Raad over de ‘feitelijke financier’ / 121
 - 5.6.4.1 De ‘formele financier’ versus de ‘feitelijke financier’ / 121
 - 5.6.4.2 De parallelliecriteria / 122
 - 5.6.4.3 Geldverstrekker versus risicodragers / 122
 - 5.6.4.4 Vereiste parallellie / 124
 - 5.6.4.5 Casuïstiek / 126
 - 5.6.5 Garanties / 127
 - 5.6.6 Statische versus dynamische toetsing / 130
 - 5.6.7 Conclusie / 130
- 5.7 Verband tussen schuld en rechtshandeling (eerste lid, aanhef, en tweede lid) / 131
 - 5.7.1 Algemeen / 131
 - 5.7.2 Wetsgeschiedenis / 132
 - 5.7.3 De winstdrainagejurisprudentie (fraus legis en richtige heffing) / 134
 - 5.7.4 Jurisprudentie over art. 10a vóór 2007 / 135
 - 5.7.5 De reactie van de wetgever / 138
 - 5.7.6 Rechtens dan wel in feite direct of indirect verband / 138
 - 5.7.7 Volgorde van en tijdsverloop tussen schuld en rechtshandeling / 140
 - 5.7.8 Uitdeling of storting van vordering op verbonden lichaam / 142

- 5.8 Winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal (eerste lid, onderdeel a) / 143
 - 5.8.1 Achtergrond van de bepaling / 143
 - 5.8.2 Winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal / 143
 - 5.8.3 Uitkering of terugbetaling door een verbonden vennootschapsbelastingplichtig lichaam / 144
 - 5.8.4 Aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon / 150
- 5.9 Kapitaalstorting (eerste lid, onderdeel b) / 151
 - 5.9.1 Achtergrond van de bepaling / 151
 - 5.9.2 Kapitaalstorting / 152
 - 5.9.3 Storting door een verbonden vennootschapsbelastingplichtig lichaam of verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont / 153
 - 5.9.4 In een verbonden lichaam / 153
 - 5.9.5 Verband tussen schuld en storting / 154
- 5.10 Verwerving of uitbreiding van een belang (eerste lid, onderdeel c) / 156
 - 5.10.1 Achtergrond van de bepaling / 156
 - 5.10.2 Verwerving of uitbreiding van een belang / 158
 - 5.10.3 Door een verbonden lichaam dat aan de vennootschapsbelasting is onderworpen of een verbonden in Nederland wonende natuurlijk persoon / 159
 - 5.10.4 In een verbonden lichaam / 159
- 5.11 Besmetting en ontsmetting / 160
 - 5.11.1 Inleiding / 160
 - 5.11.2 Gewijzigd verband: andere financieringsfunctie / 160
 - 5.11.2.1 Verband met 'rechtshandeling' / 160
 - 5.11.2.2 Activumvervanging versus passivumvervanging / 161
 - 5.11.2.3 Ontsmetting bij vervreemding van het belang / 162
 - 5.11.2.4 Vermogensbestanddelen van de dochter gaan zonder afrekening tot het vermogen van de belastingplichtige behoren / 163
 - 5.11.2.5 Verliessituaties / 165
 - 5.11.3 Gewijzigd verband: andere herkomst / 165
 - 5.11.4 Verbondenheid van de aandeelhouder of dochtermaatschappij / 166
 - 5.11.5 Verbondenheid aanwender van vermogen / 167
- 5.12 Zakelijke overwegingen (derde lid, onderdeel a) / 168
 - 5.12.1 Inleiding; wie kan de uitzondering activeren? / 168
 - 5.12.2 Zakelijke overwegingen / 170
 - 5.12.3 In overwegende mate / 173
 - 5.12.4 Dubbele zakelijkheidstoets / 175
 - 5.12.5 De zakelijkheid van de rechtshandeling / 177
 - 5.12.6 De zakelijkheid van de schuld / 181
 - 5.12.6.1 Overzicht / 181
 - 5.12.6.2 Schuld in verband met rechtshandeling van de belastingplichtige / 181
 - 5.12.6.3 Schuld in verband met rechtshandeling van een verbonden persoon / 185
 - 5.12.6.4 De omleiding nader beschouwd / 186
 - 5.12.6.5 Indirecte derdenleningen / 192

- 5.12.6.6 Garantie van verbonden persoon / 199
- 5.12.7 Casuïstiek (wetsgeschiedenis en beleid) / 200
- 5.13 Compenserende heffing (derde lid, onderdeel b) / 206
 - 5.13.1 Inleiding: geen safe harbour; toets van jaar tot jaar / 206
 - 5.13.2 Over de rente / 208
 - 5.13.3 Bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd / 209
 - 5.13.3.1 Toetsen bij de 'feitelijke financier' / 209
 - 5.13.3.2 Gegarandeerde derdenleningen / 212
 - 5.13.3.3 CFC-regels / 213
 - 5.13.3.4 Fiscale eenheid en consolidatieregimes / 215
 - 5.13.4 Per saldo / 216
 - 5.13.5 Belasting naar de winst of het inkomen / 218
 - 5.13.6 Naar Nederlandse maatstaven redelijk / 220
 - 5.13.6.1 Kwantificering van de redelijke heffing voor winstbelastingen / 220
 - 5.13.6.2 Belasting die 'resulteert' in een 'heffing' / 221
 - 5.13.6.3 Nederlandse maatstaven / 222
 - 5.13.6.4 Belastbare winst / 223
 - 5.13.6.5 Uitzondering voor art. 12b / 224
 - 5.13.6.6 Doorlopende of jaarlijkse toetsing / 224
 - 5.13.7 Verrekening met verliezen of andersoortige aanspraken uit eerdere jaren / 226
 - 5.13.8 Verrekening met toekomstige verliezen of andersoortige aanspraken / 227
 - 5.13.9 Voorkoming van dubbele belasting / 228
 - 5.13.10 Tegenbewijs inspecteur bij onzakelijk handelen / 228
- 5.14 Verbonden lichamen (vierde, zesde en zevende lid) / 230
 - 5.14.1 Algemeen / 230
 - 5.14.2 Lichaam / 231
 - 5.14.3 Belang / 232
 - 5.14.3.1 Wetsgeschiedenis / 232
 - 5.14.3.2 Welke rechten vormen een belang? / 234
 - 5.14.3.3 Financieel belang versus zeggenschap / 236
 - 5.14.3.4 De weging van het belang / 238
 - 5.14.3.5 Indirecte belangen / 238
 - 5.14.3.6 De merites van een kwalitatieve benadering / 238
 - 5.14.4 Familierelaties (vierde lid, onderdeel c) / 239
 - 5.14.5 Binnen fiscale eenheid gevoegde lichamen (vierde lid, onderdeel d, en zevende lid) / 240
 - 5.14.6 Samenwerkende groep / 243
 - 5.14.6.1 Overzicht wetswijzigingen / 243
 - 5.14.6.2 Regime tot 11 juli 2008 / 243
 - 5.14.6.3 Regime van 11 juli 2008 tot 2017 / 244
 - 5.14.6.4 Regime vanaf 2017 / 244
 - 5.14.7 Verbondenheidsficties bij fusie en splitsing / 247

- 5.14.7.1 Verbondenheid van de bij de fusie of splitsing betrokken rechtspersonen / 247
- 5.14.7.2 De aandeelhouder / 248
- 5.15 Verbonden natuurlijk persoon (vijfde lid) / 249
 - 5.15.1 Onderdeel a (verbonden natuurlijk persoon; algemeen) / 249
 - 5.15.2 Onderdeel b (verbonden natuurlijk persoon; toepassing van art. 13b en 13ba) / 252
 - 5.15.3 Verbondenheidsficties bij fusie en splitsing / 253
- 5.16 Overgangsrecht / 253
 - 5.16.1 Onmiddellijke werking per 24 december 1996 / 253
 - 5.16.2 Vrijstelling bij de ontvanger van niet-aftrekbare rente tot en met 2001 / 254

HOOFDSTUK 6

Samenloop van art. 10a Wet VPB 1969 met andere regelingen / 257

- 6.1 Fiscale eenheid / 257
 - 6.1.1 Schuldverhoudingen en rechtshandelingen tussen gevoegde maatschappijen; achtergrond reparatiemaatregel / 257
 - 6.1.2 Spoedreparatie en interne rechtshandelingen / 260
 - 6.1.3 Spoedreparatie en interne schulden / 261
 - 6.1.4 Overgangsregeling spoedreparatie / 265
 - 6.1.5 Winstsplitsing vóór spoedreparatie / 266
 - 6.1.6 Winstsplitsing na spoedreparatie / 267
 - 6.1.7 Derdenwerking fiscale eenheid / 269
- 6.2 Fusie en splitsing / 270
 - 6.2.1 Relevantie fusie en splitsing voor art. 10a / 270
 - 6.2.2 Besmette schuld gaat over naar verkrijger / 271
 - 6.2.3 Belang in dochter gaat over naar verkrijger / 273
 - 6.2.4 Dochter verdwijnt of splitst / 274
 - 6.2.4.1 Algemeen / 274
 - 6.2.4.2 De belastingplichtige is de verkrijger / 274
 - 6.2.4.3 De belastingplichtige krijgt aandelen in de verkrijger / 274
 - 6.2.5 Dochter verkrijgt; verwatering / 276
 - 6.2.6 Winstsplitsing / 276
- 6.3 Buitenlandse belastingplicht / 278
- 6.4 Objectvrijstelling / 278
 - 6.4.1 De bepaling van de vrijgestelde winst / 278
 - 6.4.2 Schulden binnen fiscale eenheid / 282
- 6.5 Andere renteaftrekbepalingen / 283
- 6.6 Fiscale beleggingsinstellingen / 285

HOOFDSTUK 7

Europeesrechtelijke en volkenrechtelijke aspecten / 287

- 7.1 De EU-vrijheden (VWEU) / 287

- 7.1.1 Toepassing van het VWEU / 287
- 7.1.2 Toegang tot het VWEU / 288
 - 7.1.2.1 De verdragsvrijheden / 288
 - 7.1.2.2 Samenloop van de verdragsvrijheden / 291
 - 7.1.2.3 Toepassing van de verkeersvrijheden bij misbruik/belastingontwijking? / 296
- 7.1.3 Schending? / 300
- 7.1.4 Rechtvaardiging? / 302
 - 7.1.4.1 Rechtvaardigingsgrond; bestrijding van belastingontwijking / 302
 - 7.1.4.2 Geschiktheid en noodzakelijkheid van de volledige renteaftrekweigering / 307
 - 7.1.4.3 Evenredigheid van de bewijslastverdeling / 308
- 7.1.5 Art. 65 VWEU / 310
- 7.1.6 Kapitaalverkeer met derde landen / 311
- 7.2 Richtlijnen / 316
- 7.3 Bilaterale verdragen / 318
 - 7.3.1 De toewijzingsbepalingen / 318
 - 7.3.2 Transfer pricing (art. 9 en art. 11, zesde lid, OESO-Modelverdrag) / 318
 - 7.3.3 Non-discriminatie (art. 24 OESO-Modelverdrag) / 319
 - 7.3.4 Onderlingoverlegprocedures (art. 25 OESO-Modelverdrag) / 320
 - 7.3.5 Specifieke verdragsbepalingen over renteaftrek / 321
- 7.4 Non-discriminatie in mensenrechtenverdragen / 322
- 7.5 Conclusies / 323

HOOFDSTUK 8

Beschouwing / 325

- 8.1 Inleiding / 325
- 8.2 Het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen / 325
- 8.3 De winstdrainagejurisprudentie en de noodzaak tot codificatie / 327
- 8.4 De besmette rechtshandelingen / 329
 - 8.4.1 Het beperkte bereik van art. 10a / 329
 - 8.4.2 Onderdeel a: uitdelingen en kapitaalruggaven (omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen) / 330
 - 8.4.3 Onderdelen b en c: balansverlenging / 331
 - 8.4.4 Rechtshandelingen door verbonden personen / 334
 - 8.4.5 Het drama van het indirecte verband / 335
- 8.5 Het onderscheid tussen groepsleningen en externe leningen / 335
 - 8.5.1 De ratio van het criterium / 335
 - 8.5.2 De ontbrekende tucht van de markt / 336
 - 8.5.3 De ontbrekende financieringsbehoefte / 338
 - 8.5.4 De onzakelijke omleiding / 340
 - 8.5.5 Conclusie over het interneleningscriterium / 340
- 8.6 Het criterium van de zakelijke overwegingen / 341
 - 8.6.1 Zakelijke versus fiscale overwegingen / 341

- 8.6.2 De wezenlijke financieringsfunctie / 342
- 8.6.3 Beoordeling van het zakelijkheids criterium / 343
- 8.7 Het criterium van de compenserende heffing / 343
- 8.8 Eindoordeel / 344
- 8.9 Aanbevelingen / 344

Aangehaalde literatuur / 347

Jurisprudentieregister / 357

Trefwoordenregister / 367

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Winstdrainage door renteaftrek

'Winstdrainage' kan worden omschreven als 'het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting'. Deze weliswaar vage en ruime definitie doet recht aan de vaagheid van het begrip zelf. Pogingen tot een meer specifieke omschrijving stuiten af op het gegeven dat onder het begrip te veel verschillende verschijnselen schuilgaan. Zo wordt eronder begrepen het kunstmatig oproepen van vreemd vermogen, bijvoorbeeld door het schuldig blijven van gelden in het kapitaalverkeer tussen aandeelhouder(s) en vennootschap, het rondpompen van gelden binnen concern en de financiering van overnames met schuldverhoudingen binnen concern. In een aantal gevallen is renteaftrek door de fiscus geweigerd op grond van de bijzondere rechtsmiddelen richtige heffing en *fraus legis*. In sommige gevallen heeft de rechter dit gesanctioneerd. Eind 1996 zijn voorts wettelijke renteaftrekbeperkingen tegen winstdrainage in de Wet VPB 1969 opgenomen. Een daarvan is art. 10a, het onderwerp van deze monografie.

1.2 Wettelijke sancties tegen winstdrainage door renteaftrek

Met de Wet van 13 december 1996, *Stb.* 1996, 651 (hierna ook: Wet fiscale infrastructuur) heeft de wetgever twee vormen van winstdrainage bestreden. De eerste vorm bestond uit het op gekunstelde wijze oproepen van vreemd vermogen. Art. 10a Wet VPB 1969 werd geïntroduceerd om dergelijke constructies te bestrijden.

Een andere categorie van winstdrainage was het fenomeen van overnameholdings. Hiermee wordt bedoeld op de situatie waarin een vennootschap een lening aangaat van een verbonden lichaam ter financiering van de acquisitie van een vennootschap, en vervolgens een fiscale eenheid aangaat met diezelfde vennootschap, zodat de rentelasten effectief ten laste van de winst van de overgenomen vennootschap worden gebracht. Aanvankelijk richtte art. 15, vierde en vijfde lid, Wet VPB 1969 zich daartegen. Deze bepalingen leidden niet tot de definitieve weigering van renteaftrek, maar tot doorschuiving van de rente naar volgende jaren, indien en voor zover de rente hoger was dan de winst van de overnemende vennootschap zelf. Deze bepaling voorkwam daarmee dat aftrekbare rente met winsten van de overgenomen werkmaatschappij werden verrekend. Bij de herziening van de fiscale eenheid per 2003 werden deze bepalingen in aangepaste vorm als art. 15ad Wet VPB 1969 opgenomen. Voor juridische fusies en (sinds 1998¹) voor juridische splitsingen gold een met de regeling voor overnameholdings overeenstemmende regeling. Deze bepalingen

1 Bij Wet van 17 juni 1998, *Stb.* 1998, 350.

zijn geschrapt door de Wet werken aan winst², in aangepaste vorm geherintroduceerd in 2012³ en inmiddels weer geschrapt per 1 januari 2019.⁴

Een derde categorie die in dit verband kan worden genoemd is de grondslaguitholling door onderkapitalisatie. Art. 10d Wet VPB 1969 richtte zich daartegen. Bij de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 is gemotiveerd afgezien van de bestrijding van grondslaguitholling door het stellen van onderkapitalisatienormen. Toen deze normen alsnog werden ingevoerd, in 2004, achtte de wetgever handhaving van art. 10a Wet VPB 1969 gewenst. Inmiddels (per 2013) is art. 10d Wet VPB weer geschrapt;⁵ gelijktijdig is art. 13l Wet VPB 1969 ingevoerd.⁶ Laatstgenoemde bepaling is geschrapt per 1 januari 2019.⁷ Grondslaguitholling door onderkapitalisatie wordt thans bestreden door art. 15b (*earnings stripping*); zie § 2.4.

1.3 Art. 10a Wet VPB 1969

Art. 10a vormt deels een codificatie en deels een modificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de toepassing van *fraus legis* en richtige heffing. Een belangrijke aanscherping is dat de renteaftrekbeperking van art. 10a – anders dan de beperking die uit de jurisprudentie voortvloeide – ook geldt wanneer de rente in beginsel in een redelijke heffing wordt betrokken, maar in feite geen belasting verschuldigd is vanwege de verrekening van verliezen of andere aanspraken. Die aanscherping is een reactie op jurisprudentie, met name HR 20 september 1995, *BNB* 1996/5. Ook aanscherpingen die per 2007 plaatsvonden (door de Wet werken aan winst), vormen een reactie op jurisprudentie van de Hoge Raad. Naar aanleiding van HR 8 oktober 2004, *BNB* 2005/51, en met name HR 17 juni 2005, *BNB* 2005/304, waaruit volgde dat art. 10a slechts kon worden toegepast indien ten tijde van de ‘verdachte’ rechtshandeling (in casu een kapitaalstorting) voorzienbaar was dat de gelden door de belastingplichtige zouden worden (terug)geleend, heeft de wetgever art. 10a ook van toepassing verklaard indien er slechts indirecte verbanden tussen de schuld en de rechtshandeling bestaan. Voorts is – in verband met het schrappen van art. 15ad (oud), maar kennelijk mede in reactie op HR 17 december 2004, *BNB* 2005/169, waarin de Hoge Raad oordeelde dat bij een externe acquisitie de zakelijkheid van de daarmee samenhangende schuld gegeven is – het bereik van art. 10a uitgebreid tot externe acquisities (zie § 5.2). Na herinvoering van art. 15ad in 2012 (waarbij ook externe rente getroffen werd) bleven externe acquisities binnen het bereik van art. 10a. Bij de implementatie van ATAD1 zijn

2 Wet van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 631.

3 Art. X, onderdelen L, derde lid, M, derde lid, en Q, Wet van 22 december 2011 houdende wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2012), *Stb.* 2011, 639. De bepalingen waren van toepassing met ingang van boekjaren die aanvingen op of na 1 januari 2012; er gold eerbiedigende werking voor bestaande situaties (art. XXXVIII, eerste lid, onder d, e en f, Belastingplan 2012).

4 Art. 7.3, onderdelen F, derde lid, G, derde lid, en L, Wet van 19 december 2018 tot wijziging van enige wetten in verband met enkele maatregelen voor het bedrijfsleven (Wet bedrijfsleven 2019), *Stb.* 2018, 505.

5 Art. VI, onderdeel B, Wet van 20 december 2012 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2013), *Stb.* 2012, 668.

6 Art. IV, onderdeel B, Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013), *Stb.* 2012, 321.

7 Art. 7.3, onderdeel D, Wet van 19 december 2018 tot wijziging van enige wetten in verband met enkele maatregelen voor het bedrijfsleven (Wet bedrijfsleven 2019), *Stb.* 2018, 505.

de aftrekbeperkingen van art. 13l en van art. 15ad geschrapt (zie § 1.2), maar werd art. 10a gehandhaafd.

Ook na de Wet werken aan winst is art. 10a enkele malen gewijzigd, deels als reactie op jurisprudentie (zie § 4.6.1).

Aan art. 10a wordt een groot budgettair belang toegedicht.⁸ Voor een bespreking van de kwantitatieve gevolgen van art. 10a verwijs ik naar het promotieonderzoek van Speet.⁹ Voor de praktijk is nog van belang dat het waarborgen van de eenheid van beleid en uitvoering van art. 10a in handen is gelegd van de Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering (CTC).¹⁰

1.4 Opbouw

In de hoofdstukken 2-4 wordt de achtergrond van art. 10a Wet VPB 1969 geschetst. In hoofdstuk 2 geef ik een algemene beschouwing over de aftrekbaarheid van rente van de belastbare winst. In hoofdstuk 3 bespreek ik de jurisprudentie over de toepassing van *fraus legis* en richtige heffing op winstdrainage door renteaftrek. Aangezien art. 10a bedoeld is als een (globale) codificatie van die jurisprudentie, is kennis daarvan van nut bij de interpretatie van die wetgeving. Tevens wordt ingegaan op de mogelijkheid om na invoering van art. 10a Wet VPB 1969 winstdrainage door renteaftrek te bestrijden met het leerstuk *fraus legis*. Vervolgens wordt de geschiedenis van art. 10a (hoofdstuk 4) behandeld.

De toepassing van art. 10a wordt in de hoofdstukken 5 en 6 behandeld. In hoofdstuk 5 worden de verschillende normen en criteria van art. 10a zelf besproken. In hoofdstuk 6 komt de samenloop van art. 10a met andere regelingen aan de orde.

In de volgende hoofdstukken volgt een beoordeling van art. 10a. In hoofdstuk 7 wordt de bepaling getoetst aan internationaal en Europees recht. Hoofdstuk 8 bevat een beschouwing over de merites van art. 10a.

Tenzij anders aangegeven, verwijst een artikelaanduiding naar de Wet VPB 1969.

8 In *Kamerstukken II 2017/18*, 34 785, nr. 6, p. 13, wordt vermeld dat uit de aangiftegegevens over de periode 2013-2015 blijkt dat '[o]p basis van artikel 10a van de Wet Vpb 1969 [...] over deze periode jaarlijks gemiddeld € 4,7 miljard aan rente niet in aanmerking voor aftrek [kwam]'.

9 N.G.H. Speet, *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen. Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst* (diss. UvA), Amsterdam 2017.

10 Besluit van 14 oktober 2010, nr. DGB/2010/6307 M.

HOOFDSTUK 2

Algemene beschouwing over renteaftrek

2.1 Het winstbegrip

2.1.1 Aftrekbare rente versus niet aftrekbaar dividend

Eigen vermogen wordt fiscaalrechtelijk anders behandeld dan vreemd vermogen. Een van die verschillen is dat een lichaam wel de vergoeding voor de terbeschikkingstelling van vreemd vermogen (rente) van zijn winst kan aftrekken, maar niet de vergoeding voor de terbeschikkingstelling van eigen vermogen (dividend). Dat verschuldigde rente in mindering op de winst kan worden gebracht, is niet expliciet neergelegd in de Wet IB 2001 of de Wet VPB 1969. Dat was vóór de Belastingherziening 1950 overigens wel opgenomen in art. 12, derde lid, Besluit op de inkomstenbelasting 1941. Thans volgt de aftrekbaarheid uit het totaalwinstbegrip, zoals dat is neergelegd in art. 3.8 Wet IB 2001 (jo. art. 8, eerste lid, Wet VPB 1969).¹ Dat dividend niet aftrekbaar is, vloeit eveneens uit het totaalwinstbegrip voort. Dit is niettemin ter voorkoming van onzekerheid vastgelegd in art. 10, onderdelen a en c (zie verder § 2.1.4).

De verschillende behandeling van eigen- en vreemdvermogenverschaffers is omstreden.² In de literatuur is dikwijls – tot nog toe tevergeefs – voor opheffing van dit verschil gepleit, vanwege de discriminerende en marktverstorende effecten ervan.³ Cnossen noemt de verschillende behandeling ‘een bron van verstoring, discriminatie en sociaal improductieve belastingarbitrage’.⁴ Van der Geld laakt de ‘ingebouwde neiging tot ongezonde financiering van de onderneming en de stroom jurisprudentie over de vraag of de vermomming als vreemd vermogen voor eigenvermogenachtige geldverstrekkingen fiscaal gevolgd moet

1 Vgl. A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders* (FM nr. 65), Deventer: Kluwer 1993, p. 10.

2 Zie ook § 8.2.

3 Zie bijvoorbeeld. S. Cnossen, ‘Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie’, *WFR* 1996/6203, p. 871-905, § 3.2, J.A.G. van der Geld, ‘Enkele fiscaal-technische opmerkingen bij het rapport Verbreding en verlichting van de studiegroep-VIP’, *WFR* 2001/6462, p. 1844-1851, op p. 1848, (ook) J.A.G. van der Geld, Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, in: *Over de grenzen van de vennootschapsbelasting. Opstellen aangeboden aan prof. mr. D. Juch ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de universiteit van Tilburg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 83-93, met name op p. 89-91, en G.M.M. Michielse, ‘Thin capitalisation’ in *het fiscale recht* (FM nr. 67), Deventer: Kluwer 1994, p. 267. Vgl. J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, 2e dr., Deventer: Kluwer 2000, p. 555-556.

4 Cnossen, t.a.p., p. 885.

worden'.⁵ Stevens noemt de ongelijke behandeling van risicodragend en risicomijdend vermogen 'de meest in het oog springende onevenwichtigheid van de Nederlandse vennootschapsbelasting'.⁶ Ook in het kader van de herziening van de vennootschapsbelasting per 2007 zijn diverse pleidooien gehouden om het onderscheid te schrappen.⁷ De wetgever is echter niet gevoelig gebleken voor deze pleidooien.

De vraag naar de rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van rente ten opzichte van dividend stelt de omvang van het heffingsobject aan de orde, en de daarmee samenhangende vraag wie de materiële belastingsubjecten zijn die de vennootschapsbelasting beoogt te treffen. De antwoorden op deze vragen zouden idealiter voortvloeien uit de grondslagen van de vennootschapsbelasting. De vraag naar de rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van rente ten opzichte van dividend raakt dus kernvragen over de rechtsgronden en de aard van de vennootschapsbelasting.

De formele rechtsgrond van de vennootschapsbelasting – daarover bestaat geen onenigheid – is de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Minder eenstemmigheid bestaat over de materiële rechtsgronden van de vennootschapsbelasting. De wetgever heeft zich bij de totstandkoming van de Wet VPB 1969 geen noemenswaardige inspanningen getroost om een rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting te formuleren. De MvA volstaat met de opmerking 'dat het wel algemeen wordt aanvaard dat de winst van een vennootschap aan een belasting wordt onderworpen'.⁸ Ook in de Grapperhausnota⁹ en de Actualiseringsnota¹⁰ wordt niet ingegaan op de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting, en evenmin in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet werken aan winst.¹¹

Verscheidene auteurs hebben getracht een rechtsgrond te vinden voor de vennootschapsbelasting als zelfstandige heffing. De Langen heeft een diepgaande studie verricht naar de grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht. De grondbeginselen die hij onderscheidt¹² acht hij zelf echter niet in staat om de vennootschapsbelasting in zijn huidige vorm te rechtvaardigen.¹³ Hij noemt als verreweg de sterkste rechtsgrond van de belasting van de open NV 'de geoorloofde tegenover de aandeelhouders van het leggen van een speciale druk op de *overwinst*, waaronder dan wordt verstaan de totale winst, verminderd

5 J.A.G. van der Geld, 'Enkele fiscaal-technische opmerkingen bij het rapport Verbreding en verlichting van de studiegroep-VIP', *WFR* 2001/6462, p. 1844-1851, op p. 1848.

6 L.G.M. Stevens, 'Fiscale beleidsnotities 2005', *WFR* 2004/6593, p. 1363-1378, op p. 1375.

7 Zie de eerste druk van deze monografie, § 9.4.1.

8 *Kamerstukken II* 1962/63, 6000, nr. 9, p. 1. Zie ook D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, Deventer: FED 1974, p. 6.

9 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 955, nr. 2. Op p. 2 wordt opgemerkt dat niet wordt ingegaan op de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting.

10 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 600 hoofdstuk IX B, nr. 3. Op p. 65 staat dat de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting niet ter discussie wordt gesteld en dat wordt uitgegaan van het feitelijke gegeven dat van de winst van vennootschappen een belasting wordt geheven.

11 Wet van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 631.

12 Dat zijn het draagkrachtbeginsel, het beginsel van de bevoorrechte verkrijging, het profijtbeginsel, het welvaartbeginsel, het beginsel van de minste pijn en het beginsel van de geoorloofde realisatie; zie W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht* (deel I), Alphen aan den Rijn: N. Samsom NV 1954, p. 38-39.

13 A.w., p. 693.

met een normale interest en een risicopremie voor de aandeelhouder'. Het overschot noemt hij aan de aandeelhouders toevallende ondernemersrent.¹⁴ Deze rechtsgrond van een belasting over de ondernemersrent wordt volgens De Langen ondersteund door het *beginsel van de bevoorrechte verkrijging* (ook wel het *buitenkansbeginsel* genoemd).¹⁵ Dit beginsel rechtvaardigt, in de woorden van De Langen 'dat indien bij de verkrijging van een bate de verkrijger in een bevoorrechte positie verkeert in vergelijking met anderen, een belasting in relatie tot de grootte van die bate mag worden geheven'.¹⁶ Deze rechtsgrond geldt niet voor de vennootschapsbelasting in zijn huidige vorm, die immers de totale winst belast, dus inclusief een normale interest en een risicopremie voor de aandeelhouder.¹⁷ Ook het *draagkrachtbeginsel* kan volgens De Langen een belasting bij de NV rechtvaardigen voor zover de winst niet wordt uitgekeerd (en derhalve niet met inkomstenbelasting wordt getroffen), en voor zover de ingehouden winst een winst overtreft die voldoende is om de waarde van de aandelen in stand te houden.¹⁸ Daaruit blijkt dat ook De Langen de vennootschapsbelasting niet als opzichzelfstaande heffing beziet.¹⁹ Hij vindt echter dat het draagkrachtbeginsel geen belasting over de gehele winst kan rechtvaardigen, doch slechts als accessoire rechtvaardigingsgrond kan dienen, naast het beginsel van de bevoorrechte verkrijging, voor een heffing over de overwinst. Ook het *profijtbeginsel* biedt volgens hem enige steun aan een heffing over de overwinst.²⁰

Brüll meent dat het zoeken naar een rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting gestaakt kan worden, wanneer men het *beginsel der bevoorrechte verkrijging* als aanvaardbare rechtsgrond erkent.²¹ Bij de bespreking van de zes grondbeginselen van De Langen betoogt hij dat slechts het profijtbeginsel, het buitenkansbeginsel en het welvaartbeginsel van belang zijn.²² Hij komt tot de conclusie dat als leidende beginsel het *buitenkansbeginsel* geldt, enigszins ondersteund door het *profijtbeginsel*, doch krachtig tegengewerkt door het welvaartbeginsel.²³ Het draagkrachtbeginsel speelt volgens Brüll geen rol omdat een NV geen draagkracht heeft.²⁴

Uitgaande van het buitenkansbeginsel is de heffing van vennootschapsbelasting volgens Verburg slechts gerechtvaardigd bij aftrek van een normale aan de aandeelhouders ten

14 A.w., p. 155.

15 A.w., p. 693/4. Zie ook F.P.J. Snel, *Van moeders en dochters. Systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties* (diss. UvA), Amersfoort: Sdu 2005, p. 45-46.

16 A.w., p. 39.

17 Vgl. De Langen, a.w., p. 693/4.

18 A.w., p. 693.

19 Vgl. tevens De Langen, a.w., p. 694, waar hij betoogt dat 'ook de vennootschapsbelasting in de eerste plaats moet worden beoordeeld naar haar werking ten opzichte van de natuurlijke personen welke achter de n.v. staan'.

20 A.w., p. 694. Zie ook Snel, a.w., p. 43-45.

21 D. Brüll, *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*, Amsterdam: Fed 1964, p. 270.

22 A.w., p. 271.

23 A.w., p. 280.

24 A.w., p. 273.

goede komende kapitaalsbeloning²⁵ (er wordt ook wel gesproken van een 'primaire dividend'²⁶ of 'primaire rente'²⁷ of 'primaire rendement'²⁸), tenzij men aanvaardt dat de belasting over dit deel van de winst (dat wil zeggen, de gehele winst verminderd met de overwinst) afgewenteld kan worden.^{29,30} De mate van afwenteling is echter zeer onzeker en verschilt van geval tot geval, zodat het afwentelingsmechanisme ongeschikt lijkt om de dubbele heffing te rechtvaardigen.³¹

De meeste auteurs zoeken de rechtsgrond in de samenhang van de vennootschapsbelasting met de inkomstenbelasting.³² Daarbij wordt een ondernemer in de inkomstenbelasting vergeleken met de aandeelhouder van een lichaam dat een onderneming drijft. In dit kader kan worden verwezen naar de *leer van het globale evenwicht*. Volgens deze leer moet worden gestreefd naar een globaal evenwicht tussen de belastingheffing van vennootschappen en particuliere ondernemers.³³ Zodoende wordt fiscale neutraliteit bereikt ten opzichte van de rechtsvorm waarin een onderneming wordt uitgeoefend. Dit globale evenwicht kan op verschillende manieren worden bewerkstelligd, waarbij transparantie van de vennootschap tot het meeste evenwicht leidt.³⁴ Dat is echter niet in alle gevallen uitvoerbaar. Zwemmer acht de vennootschapsbelasting slechts nodig in die gevallen waarin de winst uit een objectieve onderneming niet als winst uit onderneming in de heffing van

25 Verburg, a.w., p. 9. Vgl. De Langen, a.w., p. 155: 'een normale beloning voor (...) de kapitaalverstrekking'.

26 Zie bijvoorbeeld Brüll, a.w., p. 274/5, en R. Cornelisse, *De toekomst van de vennootschapsbelasting* (rede), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 25/26. Bij een primaire dividend wordt de grondslag bepaald door het nominale aandelenkapitaal vermeerderd met het agio.

27 P. den Boer, 'Discussienota inzake de zogenaamde economische dubbele heffing', *WFR* 1970/5017, p. 1025 e.v., prefereert aftrek van een primaire rente, gekoppeld aan het totale door de aandeelhouders ter beschikking gestelde of gelaten vermogen, boven een aftrek van primaire dividend, gekoppeld aan het uitstaande aandelenkapitaal, wat hij een betrekkelijk willekeurig gegeven noemt.

28 In dat geval wordt de grondslag bepaald door het gehele vermogen. Zie bijvoorbeeld Cornelisse, a.w., p. 26-29. Brüll keert zich tegen de aftrek van een primaire rendement; zie Brüll, a.w., p. 275.

29 Zie hierover H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, 7e dr., Deventer: Kluwer 1992, p. 134.

30 De mogelijkheid tot invoering van een vermogensaftrek, zoals dit in België is geschied, is in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet werken aan winst aan de orde gekomen, maar door de minister afgewezen, omdat dit te kostbaar zou zijn (*Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, nr. C, p. 7). Inmiddels heeft het kabinet weer onderzoek aangekondigd naar de invoering van een vermogensaftrek (zie § 8.2).

31 Zie hierover H.J. Hofstra en R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, 8e dr., Deventer: Kluwer 2002, p. 118. Zie over het afwentelingsvraagstuk tevens Snel, a.w., p. 36, met nadere vindplaatsen.

32 J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, 2e dr., Deventer: Kluwer 2000, p. 2, J.A.G. van der Geld, 'Boxen in de nieuwe Wet VPB 2007?', *WFR* 2004/6596, p. 1505-1507. Zie verder Snel, a.w., p. 42-43, met nadere vindplaatsen.

33 Zie L. Roeloffs, *Dubbele belastingheffing van dividenden* (diss. Groningen), 1964, p. 56-58, F.H.M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV*, Amsterdam: FED 1966, en J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), Deventer: Kluwer 1990, p. 14-15.

34 Ik laat hier buiten beschouwing in hoeverre door Nederland gesloten belastingverdragen aan Nederland toestaan om – indien Nederland geen vennootschapsbelasting zou heffen en vennootschappen derhalve niet aan belastingheffing zouden zijn onderworpen – buitenlandse aandeelhouders te belasten over de winst uit een in Nederland door een vennootschap gedreven onderneming.

inkomstenbelasting kan worden betrokken. Hij trekt daaruit de conclusie dat eenmans-BV's eigenlijk als transparant zouden moeten worden beschouwd, aangezien het in dat geval mogelijk is om de winst bij de aandeelhouder te belasten.³⁵

Evenwicht kan voorts worden bereikt door invoering van een ondernemingsbelasting, die ongeacht de rechtsvorm van de onderneming wordt gedreven. Men vergelijkte in dit verband het door Van Dijk bepleite systeem waarin de winst van een onderneming wordt belast met vennootschapsbelasting, en bij onttrekking inkomstenbelasting wordt geheven onder verrekening van de vennootschapsbelasting.³⁶ Ook de wetgever heeft inmiddels blijk gegeven het evenwicht tussen de belastingheffing van vennootschappen en particuliere ondernemers in het oog te houden. In 1997 is het tarief van door aanmerkelijkbelanghouders genoten dividend verlaagd tot 25%;³⁷ daarmee wordt beoogd de gecumuleerde belastingdruk niet te zeer te laten afwijken van de toptarieven in de inkomstenbelasting waaraan natuurlijke personen/ondernemers worden onderworpen. Ook in de Wet werken aan winst is rekening gehouden met het globale evenwicht door de tariefverlaging in de vennootschapsbelasting vergezeld te laten gaan van de introductie van de MKB-winstvrijstelling in de inkomstenbelasting.³⁸

Min of meer op dezelfde gedachte stoelt de visie dat de vennootschapsbelasting haar rechtvaardiging vindt in de *noodzaak om belastingvlucht te voorkomen*.³⁹ In zekere zin wordt ook hier de heffing over de winst van geïncorporeerde ondernemingen vergeleken met de heffing over de winst van andere ondernemingen, gedreven door natuurlijke personen. Overigens kan worden betwijfeld of er sprake is van een noodzaak om belastingvlucht te voorkomen. Belastingvlucht kan – althans als het om inwoners van Nederland gaat⁴⁰ – worden gekeerd met een inkomstenbelasting die vermogenswinsten op aandelen en dergelijke (winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheden) belast, zeker wanneer ook ongerealiseerde winsten in de heffing worden betrokken. Dat neemt niet weg dat de vennootschapsbelasting een manier is om ongewenste belastingvlucht te

35 J.W. Zwemmer, 'De fiscale positie van de aandeelhouder', *WFR* 1978/5378, p. 1037-1051, op p. 1049.

36 J.E.A.M. van Dijk, *Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm* (Belastingconsulentendag 1984), Deventer: FED 1984, p. 14. Zie hierover ook J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), Deventer: Kluwer 1990, p. 18. Zie voor een recenter pleidooi M.L.M. van Kempen, 'De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet inkomstenbelasting 2001', *TFO* 2000/195, onderdeel 2.3. Zij verwijst (in noot 33) voorts naar P.H.J. Essers, 'Winst uit onderneming in de Wet IB '01', *TFO* 1999, p. 193, Y.N. Koudijs, *Ondernemingswinstbelasting, een rechtsvormneutrale belastingheffing naar de winst uit onderneming*, Amsterdam: Centrale drukkerij UvA 1993, A.C. Rijkers, 'Rapport inzake een variant op de ondernemingswinstbelasting', in: *Advies inzake een ondernemingswinstbelasting*, Raad voor het MKB, 1995.

37 Inmiddels is dit 26,25% (tarief 2020).

38 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 4, p. 5-6, en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 9-11.

39 Zie bijvoorbeeld B. Schendstok, 'Een on-orthodoxe, maar actuele beschouwing over de vennootschapsbelasting', in: *Wat billych unn recht is* (FED-bundel), Amsterdam: NV Uitgeverij FED 1966, p. 81, en J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, 2e dr., Deventer: Kluwer 2000, p. 2.

40 In het algemeen geven de door Nederland gesloten belastingverdragen geen heffingsrecht aan een verdragsland over de vermogenswinst op aandelen die door een inwoner van het andere verdragsland wordt behaald, en slechts een beperkt heffingsrecht over dividenden, en dan nog slechts indien de vennootschap een inwoner van dat eerste verdragsland is.

voorkomen. Dit motief kan wellicht als verklaring van de vennootschapsbelasting gelden, doch kan – evenmin als het budgettaire motief – bezwaarlijk toereikend geacht worden om als rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting te dienen.⁴¹

Het draagkrachtbeginsel kan hier niet onvermeld blijven. In de literatuur is omstreden of dit beginsel van betekenis is bij de heffing van vennootschapsbelasting. Zoals hiervoor is opgemerkt, biedt het *draagkrachtbeginsel* volgens De Langen slechts steun voor een heffing over de overwinst, terwijl het volgens Brüll überhaupt geen rol speelt in de vennootschapsbelasting. Wanneer de vennootschapsbelasting echter in samenhang met de inkomstenbelasting wordt beschouwd, waarin de draagkrachtgedachte dragend is, dan kan worden betoogd dat de grondslagbepaling en tariefstelling van de vennootschapsbelasting bijdragen aan een naleving van het draagkrachtbeginsel.⁴²

Uit het voorgaande blijkt dat de vennootschapsbelasting in zijn huidige vorm geen gave rechtsgrond heeft.⁴³ De wetsgeschiedenis is onduidelijk en de literatuur is verdeeld. De onduidelijkheid van de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting wordt deels veroorzaakt door wat wel het diversiteitsprobleem wordt genoemd. Zoals Verburg het omschrijft: “De aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen vormen een bonte verzameling van lichamen in onderscheiden stadia van verzelfstandiging.”⁴⁴ De eenmans-BV, de joint venture, de groepsmaatschappij en de beursgenoteerde vennootschap: zij vallen alle onder het bereik van de vennootschapsbelasting. Deze diversiteit maakt het zeer lastig om een rechtsgrond te vinden die kan dienen om de heffing van vennootschapsbelasting van al deze subjecten te legitimeren. Aangenomen kan worden dat de invoering en handhaving van de vennootschapsbelasting ook niet is gestoeld op principiële, maar op praktische overwegingen (evenals de erkenning van vennootschappen als rechtspersonen veeleer voortspuit uit een maatschappelijke behoefte dan uit principiële overwegingen). Heffing van vennootschapsbelasting moet, mijns inziens, veeleer gezien worden als een praktische methode om belasting te kunnen heffen over winsten uit ondernemingen die niet door natuurlijke personen worden gedreven.

De schimmigheid van de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting en het daarmee verband houdende diversiteitsprobleem ontnemen ons het zicht op het subject dat de wetgever uiteindelijk tracht te belasten. Het buitenkansbeginsel en het vermijden van belastingvlucht als motief van de vennootschapsbelasting passen het meest bij de visie op de vennootschapsbelasting als een heffing die indirect ten laste van de aandeelhouders komt. Hetzelfde geldt voor de zienswijze dat de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. Het klassieke stelsel⁴⁵

41 Vgl. D. Brüll, *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*, Amsterdam: Fed 1964, p. 269.

42 Vgl. J.A.G. van der Geld, ‘Boxen in de nieuwe Wet VPB 2007?’, *WFR* 2004/6596, p. 1505-1507, op p. 1506, l.k.

43 De Langen, a.w., p. 693, en Verburg, a.w., p. 1-2 en 12.

44 Verburg, a.w., p. 8. Zie over theorieën omtrent het wezen van de rechtspersoon en van de vennootschap: Snel, a.w., p. 38-40.

45 Dat wil zeggen het systeem waarin de vennootschapsbelasting cumuleert met de inkomstenbelasting, zonder enige verlichting op het niveau van de aandeelhouder.