

# Aandachtspunten Wet bronbelasting 2021 in het kader van schuldhervormingen

WFR 2024/308

In deze bijdrage bespreken de auteurs diverse aandachtspunten van de Wet bronbelasting 2021 in het kader van schuldhervormingen. De auteurs betogen dat mogelijk situaties geraakt worden die gelet op de doelstelling van de Wet bronbelasting 2021 niet beoogd zijn. Dit leidt tot aandachtspunten in de praktijk.

## 1. Inleiding

De Wet bronbelasting 2021 (de “Wet BB 2021”) is ingevoerd met als doel te voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als toegangspoort voor rente- en royaltystromen, en per 2024 ook dividenden, naar laagbelastende jurisdicties en om het risico van belastingontwijking door het verschuiven van de belastinggrondslag te verkleinen.<sup>2</sup> Er is inmiddels vrij veel literatuur<sup>3</sup> verschenen over de Wet BB 2021. Hetgeen echter onderbelicht is gebleven, zijn de vele vraagstukken die zich voor kunnen doen in het kader van een financieel herstructureringsproces. Bij dergelijke herstructureringen kan de Wet BB 2021 relevant zijn, aangezien de schuldeisers als onderdeel van de herstructurering vaak aandelen en/of stemrechten krijgen en getoetst zal moeten worden of sprake is van gelieerdheid, al dan niet via het relevante groepsbegrip binnen de Wet BB 2021.

Als gevolg van de gestegen rentetarieven en verdere beperkingen op de renteaftrek, zijn de kosten van vreemd vermogen de afgelopen jaren toegenomen. Hierdoor wordt steeds meer druk op de financiële stabiliteit van bedrijven gelegd, en is er een grotere kans op wanbetaling. Verschillende bedrijven met een hoge schuldenlast verkeren mede daardoor in financiële nood en een herstructurering van de schulden kan in die gevallen cruciaal zijn om een faillissement te voorkomen. Dit is vaak in het belang

van externe schuldeisers. De komende jaren wordt een verdere stijging van het aantal faillissementen verwacht, waardoor een financieel herstructureringsproces steeds crucialer wordt. De afgelopen jaren zijn meerdere situaties<sup>4</sup> aan de orde geweest waarbij een externe schuld in aandelenkapitaal wordt omgezet of zelfs dat de schuldeiser(s) volledig het aandelenbelang in de debiteur overneemt (overnemen) indien niet tijdig een geschikte overnamepartij wordt gevonden.

In deze bijdrage bespreken wij diverse aandachtspunten van de Wet BB 2021 in het kader van de herstructurering van schulden waarbij een Nederlandse debiteur is betrokken. De focus van deze bijdrage ligt op de meest pertinente aandachtspunten van de Wet BB 2021 in een situatie waarin de schuldeiser tevens aandeelhouder is of wordt van de debiteur en de impact daarvan voor de betaling van renten. In paragraaf 2 bespreken wij de achtergrond en doelstelling van de Wet BB 2021 (paragraaf 2). Vervolgens analyseren wij de aandachtspunten van de materiële kant van de Wet BB 2021. In het bijzonder gaan wij in op de vraag wanneer sprake is van gelieerdheid, waarbij wij aandacht besteden aan het concept samenwerkende groep en het op Prinsjesdag aangekondigde nieuwe groepsbegrip “kwalificerende eenheid”. Daarnaast zullen wij ingaan op betalingen aan hybride lichamen, aan tussenschakels onder de antimisbruiktoets en de heffingsgrondslag (paragraaf 3). Daarnaast bespreken wij ook een aantal formele aspecten van de Wet BB 2021 (paragraaf 4). Tot slot maken wij de balans op en doen wij een aantal aanbevelingen voor de praktijk (paragraaf 5).

## 2. Achtergrond en doelstelling van de Wet BB 2021

De Wet BB 2021 is enkel van toepassing als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan: (i) er moet een betaling worden gedaan aan een gelieerd lichaam; en (ii) dit gelieerde lichaam is gevestigd of handelt vanuit een zogenoemde laagbelastende jurisdictie<sup>5</sup> of in bepaalde gevallen van misbruik. De Wet BB 2021 is ingevoerd om te voorkomen dat Nederland wordt gebruikt als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties en om het risico van belastingontwijking door

1 Stephanie Kleefstra is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Linde Respen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Maarten de Bruin is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1, 2 en 12.

3 O.a. R. Bagci e.a., ‘Enige wetenswaardigheden van een belasting zonder opbrengst: Wet bronbelasting 2021’, *WFR* 2019/207; E.J. Spoelder, S. Sari & M.C. Rasenberg, ‘Hybride knelpunten in ATAD2 en Wet Bronbelasting 2021’, *WFR* 2020/106; B. Ferdowski & P.T.F.C. Verbeek, ‘Bronbelasting op uitkeringen aan hybride entiteiten: aandachtspunten en aanbevelingen’, *WFR* 2021/118, A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Wet bronbelasting 2021, kritisch belicht vanuit EU-vrijheden’, *MBB* 2019/43; A. De Haan & O.C.R. Marres, ‘Het kroonjuweel van de dominee’, *FED* 2020/7; F.P.G. Pötgens, ‘Wet bronbelasting 2021; een trendbreuk met het verleden!’, *NFR-B* 2020/3; L.M. Hendriks & S.A. Verhage, ‘De formele aspecten van de Wet bronbelasting 2021’, *NLF-W* 2020/19; M. Kors, ‘De Wet bronbelasting 2021 bezien vanuit het formele belastingrecht’, *NLF-W* 2024/21.

4 Bijvoorbeeld het financiële herstructureringsproces bij HEMA en bij Atos.

5 Zie Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden, op de lijst geldend van 1 januari 2024 tot en met heden staan de Amerikaanse Maagdeneilanden, Amerikaans-Samoa, Anguilla, Antigua en Barbuda, Bahama's, Bahrein, Barbados, Belize, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Fiji, Guam, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Kaaimaneilanden, Palau, Panama, Russische Federatie, Samoa, Seychellen, Trinidad en Tobago, Turkmenistan, Turks- en Caicoseilanden en Vanuatu.

het verschuiven van de (Nederlandse) belastinggrondslag te verkleinen.<sup>6</sup> De verwachting was dat de Wet BB 2021 een prohibitieve werking heeft.<sup>7</sup> Het budgettaire effect van de Wet werd derhalve geraamd op verwaarloosbaar.<sup>8</sup>

Het bereik van de Wet BB 2021 is mogelijk ruimer dan initieel gedacht. De Wet BB 2021 bevat veel open normen en dit levert in de praktijk veel onduidelijkheden op. Door de ruime formulering van gebruikte begrippen treft de Wet BB 2021 mogelijk ook situaties waarbij de vraag kan worden opgeworpen of dergelijke situaties binnen het bereik van de Wet BB 2021 zouden moeten vallen, en of geen sprake is van overkill.

### 3. Aandachtspunten van de Wet BB 2021

#### 3.1 Inleiding

De uitwerking van de Wet BB 2021 leidt op verschillende punten tot onduidelijkheden voor de praktijk. In deze paragraaf bespreken wij enkele van deze aandachtspunten in het kader van de herstructurering van schulden waarbij de schuldeisers ook direct of indirect aandeelhouder worden van een Nederlandse debiteur.

#### 3.2 Belastingplicht

Belastingplichtig is een lichaam dat gerechtigd is tot de voordelen in de vorm van renten verschuldigd door een in Nederland gevestigde aan de voordeelgerechtigde gelieerde inhoudingsplichtige en dat voldoet aan een van de specifieke situaties als beschreven in de Wet BB 2021.<sup>9</sup> Het is echter niet altijd evident of aan de voorwaarden voor belastingplicht wordt voldaan. Denk hierbij aan een situatie waarin sprake is van een wijdverspreide groep schuldeisers die samen optrekt om een faillissement te voorkomen of een situatie waarin de fiscale kwalificatie van de schuldeiser naar Nederlandse maatstaven en/of de jurisdictie van de achterliggers onduidelijk is.

##### 3.2.1 Het begrip gelieerdheid

De eerste voorwaarde voor het ontstaan van belastingplicht is dat een voordeel wordt genoten door een gelieerde entiteit. 'Gelieerd' betekent in de context van de Wet BB 2021 dat de ontvanger – alleen of als onderdeel van een samenwerkende groep – direct of indirect een kwalificerend belang in de schuldenaar moet hebben (of *vice versa*).<sup>10</sup> Ook is sprake van gelieerdheid als een derde een kwalificerend belang heeft in zowel de crediteur als de debiteur.<sup>11</sup> Het begrip 'kwalificerend belang' is ontleend aan de EU-rechtspraak inzake "controle" en is, kort gezegd, aanwezig ingeval de relevante partij een zodanige invloed heeft op de besluitvorming van de onderneming en daar-

mee de activiteiten van dat lichaam kunnen worden bepaald.<sup>12</sup> Door bij dit criterium aan te sluiten, heeft de wetgever beoogd de bronbelasting onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging te brengen, zodat er geen beroep op het EU-recht kan worden gedaan door derde landen. Een belang wordt in ieder geval als controlerend beschouwd als het belang meer dan 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt.<sup>13</sup> Op basis van rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>14</sup> is het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een controlerend belang sterk feitenafhankelijk en kan een bepaald percentage in principe niet als ondergrens of veilige haven worden beschouwd. Ook kan volgens het Hof van Justitie een belang van 25% onder omstandigheden al tot "controle" leiden, dit is echter afhankelijk van de verspreiding van het overige kapitaal.<sup>15</sup> Het niet introduceren van een ondergrens bij het begrip "controle" is vanuit de doelstelling van de Wet BB 2021 goed te begrijpen, maar het vage begrip controlerend belang biedt de praktijk weinig houvast. Met betrekking tot het antwoord op de vraag of in een concrete situatie sprake is van een aan de voordeelgerechtigde gelieerde inhoudingsplichtige kan binnen de daarvoor gestelde kaders van het internationale vooroverleg zekerheid vooraf worden gevraagd bij de Belastingdienst.<sup>16</sup>

Over het algemeen zal bij het aangaan van een externe financiering de Wet BB 2021 nog niet direct een rol spelen, omdat een externe schuldeiser zelden op het moment van het verstrekken van de financiering een kwalificerend belang heeft in een debiteur. De Wet BB 2021 wordt echter mogelijk relevant op het moment dat de schuldeisers als gevolg van een herstructurering een direct of indirect aandelenbelang in de schuldenaar verwerven, of als sprake is van een *event of default* waarbij schuldeisers zeggenschap krijgen door de uitoefening van zekerheidsrechten, bijvoorbeeld vanwege wanbetaling of omdat niet langer aan de afgesproken *undertakings* wordt voldaan. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer de financiële ratio's worden overschreden. Om deze reden is het aan te raden in de praktijk bij het aangaan van een financiering aandacht te besteden aan de Wet BB 2021. Dit kan bijvoorbeeld door hier in de financieringsdocumentatie rekening mee te houden en na te gaan wie de schuldeisers zijn bij een Nederlandse debiteur. Hierbij is onder meer van be-

6 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 1-2.

7 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 9, 11 en 12.

8 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 11.

9 Art. 1.2 lid 1 sub a t/m sub e Wet BB 2021.

10 Art. 1.2 lid 1 sub c jo. sub d Wet BB 2021.

11 Art. 1.2 lid 1 sub c jo. sub d Wet BB 2021.

12 Art. 1.2 lid 1 sub d Wet BB 2021 en Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 16.

13 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 3 en 16.

14 Zie onder meer HvJ EU 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*), punt 22 en 26; HvJ EU 12 december 2006, ECLI:EU:C:2006:774 (*Test Claimants in class VI of the Act Group Litigation*); HvJ EU 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273 (*Lasertec*); HvJ EU 23 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:623, punt 13; HvJ EU 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754 (*Columbus Container Services*); HvJ EU 10 februari 2011, ECLI:EU:C:2011:61 (*Haribo en Salinen*) en HvJ EU 3 september 2020, ECLI:EU:C:2019:1101 (*Vivendi*).

15 HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622 (*Idryma Typou AE/ Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*), punt 51.

16 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 19.

lang wat de fiscale kwalificatie van de schuldeiser is, de structuur waar de schuldeiser deel van uitmaakt en de economische en organisatorische aspecten van de schuldeisers.

#### A. Groepsbegrip

Als een schuldeiser zelfstandig geen kwalificerend belang houdt, kan hij toch als gelieerd worden aangemerkt als hij behoort tot een bepaalde groep die gezamenlijk wel een kwalificerend belang houdt. Ervan uitgaande dat, zoals voorgesteld in het Belastingplan,<sup>17</sup> het samenwerkende-groepsbegrip, wordt vervangen door een nieuw groepsbegrip dat wordt aangeduid als “kwalificerende eenheid”, is het begrip van de samenwerkende groep in de bronbelasting per 1 januari 2025 verleden tijd. We zullen eerst het huidige recht behandelen en daarna kort de voorgestelde kwalificerende eenheid bespreken.

##### (i) Samenwerkende groep

Voor het begrip *samenwerkende groep* is aangesloten bij art. 10a lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.<sup>18</sup> De wetgever heeft bij de invoering van het samenwerkende groep begrip in 2017 bewust niet gekozen voor een concrete invulling van dit begrip en hangt de toepassing af van de feiten en omstandigheden van het individuele geval.<sup>19</sup> Tot op heden zijn er beperkte handvatten beschikbaar over de reikwijdte van het begrip *samenwerkende groep*. Om de praktijk enigszins tegemoet te komen zijn in de parlementaire geschiedenis een paar voorbeelden opgenomen van wanneer sprake is van een samenwerkende groep.<sup>20</sup> Als aanwijzingen worden de volgende factoren genoemd:

- i. er bestaat materiële zeggenschap over de (vormgeving van de) investering en het gezamenlijk belang in de vennootschap berust bij een coördinerende (rechts)persoon;<sup>21</sup>
- ii. elke investeerder is gehouden om onder vergelijkbare voorwaarden vreemd vermogen te verschaffen naar rato van de participatie;<sup>22</sup>
- iii. uit het geheel van overeenkomsten waarin partijen onderlinge afspraken hebben vastgelegd kan worden afgeleid dat een samenwerkende groep aanwezig is;<sup>23</sup> en
- iv. deelnemers kunnen zich niet zomaar (eenzijdig) terugtrekken of hun positie wijzigen.<sup>24</sup>

Waar de vorengenoemde relevante factoren met name lijken te zijn toegeschreven op *private-equity*-structuren, liggen de feiten in de praktijk voor de Wet BB 2021 in be-

paalde situaties anders, onder meer omdat bijvoorbeeld geen sprake hoeft te zijn van één coördinerende (rechts)persoon. In de situatie waarin een groep schuldeisers (bestaande uit niet gelieerde partijen) hun krachten bundelt om hun investering te beschermen tegen een faillissement bieden de indicaties die de parlementaire geschiedenis geeft aan het begrip samenwerkende groep weinig houvast vanwege de onduidelijkheid of sprake is van een coördinerende (rechts)persoon. Daar komt bij dat de Belastingdienst vanwege de interactie met art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (en doorwerking in andere antimisbruikbepalingen) geen zekerheid vooraf geeft over het antwoord op de vraag of sprake is van een samenwerkende groep, behoudens in enkele gevallen zoals in het kader van fondsen voor gemene rekening.<sup>25</sup>

Inmiddels heeft, als gevolg van signalen uit de praktijk, het Ministerie van Financiën erkend dat de uitwerking van het begrip samenwerkende groep, vanwege de onduidelijkheid, een negatief effect kan hebben en reële investeringen in Nederland raakt. Op Prinsjesdag is een nieuw en afzonderlijk groepsbegrip voorgesteld in de Wet BB 2021 ter vervanging van het huidige begrip samenwerkende groep.<sup>26</sup> Tot 1 januari 2025 blijft het samenwerkende-groepsbegrip in ieder geval relevant voor toepassing van de bronbelasting, ook nu geen terugwerkende kracht is voorgesteld. Vanwege het feit dat de Wet BB 2021 een tijdstipbelasting is, dient bronbelasting te worden ingehouden op het tijdstip waarop de renten worden geacht te zijn genoten.<sup>27</sup> Dit betekent derhalve dat voor rentebetalingen die (al dan niet fictief) vóór 1 januari 2025 plaatsvinden, een analyse moet worden gemaakt op basis van het huidige samenwerkende-groepsbegrip.<sup>28</sup>

##### (ii) Kwalificerende eenheid

Op Prinsjesdag is voorgesteld om het huidige groepsbegrip te vervangen door een nieuw groepsbegrip dat wordt aangeduid als “kwalificerende eenheid”.<sup>29</sup> De verwachting van de wetgever is dat dit nieuwe groepsbegrip tot gevolg heeft dat er slechts in evidente gevallen een kwalificerende eenheid wordt geconstateerd waardoor beter wordt aangesloten bij de doelstelling van de Wet.<sup>30</sup>

De kwalificerende eenheid bestaat uit twee elementen.<sup>31</sup> Ten eerste moet sprake zijn van een gezamenlijk handelen tussen lichamen. Ten tweede moet dit gezamenlijk hande-

17 Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2025).

18 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 16.

19 *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 30.

20 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 16-17.

21 *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 57.

22 *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 14, p. 104-105.

23 *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, 3, p. 29; Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 10a lid 6 Wet Vpb 1969, aant. 20.2.3 (online, bijgewerkt 16 juni 2024).

24 *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 57.

25 Zie Belastingdienst, <https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/rul-20240423-atr-000001.pdf>, <https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/rul-20240423-atr-000010.pdf>, en <https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/rul-20240402-atr-000016.pdf>.

26 Wetsvoorstel Belastingplan 2025 zoals gepubliceerd op 17 september 2024.

27 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 36.

28 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 36.

29 Wetsvoorstel Belastingplan 2025, p. 93 e.v.

30 Wetsvoorstel Belastingplan 2025, p. 96.

31 Wetsvoorstel Belastingplan 2025, p. 96.

len als hoofddoel of een van de hoofddoelen hebben om de heffing van bronbelasting bij een van die lichamen te ontgaan (“oogmerктоets”). Door de introductie van de oogmerктоets zullen naar verwachting van de wetgever enkel investeringen in Nederland worden geraakt die (mede) zijn vormgegeven door middel van een constructie om heffing van bronbelasting te ontwijken.

Het is de verwachting dat in de periode kort na invoering van de wijziging veel vraag zal zijn om in vooroverleg met de Belastingdienst te treden voor bevestiging dat geen sprake is van een kwalificerende eenheid.<sup>32</sup> Dat de mogelijkheid wordt geopend om zekerheid vooraf te verkrijgen omtrent het antwoord op de vraag of sprake is van een kwalificerende eenheid is vanuit het perspectief van de belastingplichtige gewenst. Het verkrijgen van zekerheid vooraf leidt ook tot minder administratieve lasten bij de debiteur.

De invoering van de kwalificerende eenheid lijkt een welkome verbetering ten opzichte van de huidige situatie, waarin de Wet BB 2021 door de vormgeving van het begrip samenwerkende groep ook situaties raakt die naar de mening van de wetgever niet geraakt zouden moeten worden door de Wet BB 2021. In het Belastingplan 2025 wordt een specifiek voorbeeld gegeven van een onbedoelde situatie waarbij pensioenfondsen middels een hybride lichaam in Nederland investeren en onder huidig recht tegen belastingplicht aan kunnen lopen.<sup>33</sup> Een dergelijke onbedoelde situatie speelt naar onze mening ook bij schuldhervormingen waarbij een wijdverspreide groep schuldeisers krachten bundelen om een faillissement te voorkomen. In dat geval bestaat het risico dat sprake is van een samenwerkende groep. Dergelijke situaties worden op basis van het huidige recht immers niet uitgesloten van de definitie.

### 3.2.2 Laagbelastende jurisdicties en antimisbruiksituaties

Indien tot de conclusie gekomen wordt dat (mogelijk) sprake is van gelieerdheid, is vervolgens de vraag of tevens wordt voldaan aan de tweede voorwaarde om tot belastingplicht te komen. Samenvattend wordt aan de tweede voorwaarde voldaan indien een van de volgende situaties zich voordoet:<sup>34</sup>

- i. de voordeelgerechtigde is naar de omstandigheden beoordeeld of volgens regelgeving in een laagbelastende jurisdictie gevestigd;
- ii. de voordeelgerechtigde is niet in een laagbelastende jurisdictie gevestigd, maar de voordelen worden toegerekend aan een vaste inrichting in een laagbelastende jurisdictie;

- iii. de voordeelgerechtigde is een hybride lichaam waardoor de voordelen – kort gezegd – nergens in de heffing betrokken worden (hierbij zijn twee smaken mogelijk; par. 3.2.3); of
- iv. de voordeelgerechtigde wordt geacht een kunstmatige tussenschakel te zijn die tot die voordelen gerechtigd is met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om belasting op een hoger niveau te voorkomen.

Art. 2.1 lid 1 Wet BB 2021 lijkt geen rangorde te bevatten. Gelet op de zeer specifieke situaties opgenomen voor twee typen hybride lichamen, lijken deze bepalingen op basis van het *lex-specialis*-beginsel voor te gaan op de algemene categorieën.<sup>35</sup> Vanwege de uitzondering voor voordeelgerechtigden gevestigd in laagbelastende jurisdicties in alle overige categorieën, kan in een dergelijke situatie alleen categorie (i) van toepassing zijn. Toepassing van met name categorie (iii) of (iv) kent diverse aandachtspunten.

### 3.2.3 Hybride lichamen

Rentebetalingen aan hybride lichamen vallen onder het toepassingsbereik van de Wet BB 2021, tenzij wordt voldaan aan de specifieke escaperegels zoals opgenomen in art. 2.1 lid 3 respectievelijk lid 4 Wet BB 2021.<sup>36</sup> De achtergrond hiervan is dat de wetgever structuren waarbij de rente-inkomsten nergens in de heffing worden betrokken wil tegengaan.

Een lichaam wordt als een hybride lichaam beschouwd als het volgens de fiscale regelgeving van de staat van vestiging, niet zijnde een laagbelastende jurisdictie, zichzelf niet als gerechtigde van de voordelen beschouwt omdat deze achterligger het tussenliggende lichaam (dat naar Nederlandse maatstaven fiscaal transparant is) als gerechtigde tot die voordelen beschouwt.<sup>37</sup> Een lichaam wordt ingevolge de Wet BB 2021 ook als hybride aangemerkt als dit als niet-transparant wordt gekwalificeerd vanuit Nederlands fiscaal perspectief en transparant vanuit het fiscale perspectief van de jurisdictie waarin het relevante lichaam is gevestigd, niet zijnde een laagbelastende jurisdictie.<sup>38</sup>

In de praktijk kan het lastig zijn om te bepalen of een schuldeiser onder de Wet BB 2021 als een hybride lichaam wordt beschouwd. De eerste stap bij het maken van deze analyse is welk lichaam vanuit Nederlands fiscaal recht als de voordeelgerechtigde wordt gezien. Hiervoor dient allereerst de juridische schuldeiser voor Nederlandse fiscale

32 Wetsvoorstel Belastingplan 2025, p. 97.

33 Wetsvoorstel Belastingplan 2025, p. 95.

34 Art. 2.1 lid 1 Wet BB 2021.

35 Opmerking verdient dat deze zienswijze in 20240827 ATR 000009 lijkt te worden bevestigd, terwijl dit in 20240903 ATR 000010 niet het geval is aangezien in laatstgenoemde ATR art. 2.1 Wet BB 2021 chronologisch wordt getoetst (d.w.z. art. 2.1 lid 1 sub c Wet BB 2021 wordt getoetst vóór art. 2.1 lid 1 sub e Wet BB 2021). Reden voor deze afwijkende benadering zou mogelijk gelegen kunnen zijn in het ten overvloede toetsen aan art. 2.1 lid 1 sub c Wet BB 2021 in laatstgenoemde ATR.

36 Art. 2.1 lid 1 sub d en e Wet BB 2021.

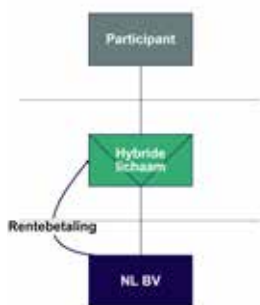
37 Art. 2.1 lid 1 sub d Wet BB 2021.

38 Art. 2.1 lid 1 sub e Wet BB 2021.

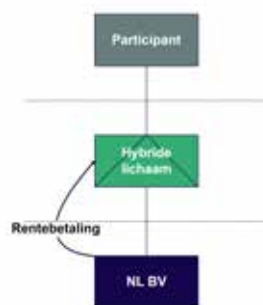
doeleinden te worden gekwalificeerd als transparant of als niet-transparant. In dit verband merken wij op dat per 1 januari 2025 een nieuw kwalificatiekader wordt ingevoerd voor buitenlandse rechtsvormen en dat toepassing hiervan tot een andere uitkomst kan leiden voor wat betreft het antwoord op de vraag of sprake is van een hybride lichaam. De analyse of sprake is van een hybride lichaam, hangt ook af van de fiscale kwalificatie van de jurisdictie van vestiging van de achterliggers (als Nederland de juridische schuldeiser als een fiscaal transparant lichaam beschouwt) of door de jurisdictie waar de schuldeiser is gevestigd (als Nederland de juridische schuldeiser beschouwt als een niet-transparant lichaam).

Figuur 1: vereenvoudigde structuur op basis van artikel 2.1 lid 1 sub d van de Wet BB 2021

**Figuur 1: vereenvoudigde structuur op basis van artikel 2.1 lid 1 sub d van de Wet BB 2021**



**Figuur 2: vereenvoudigde structuur op basis van artikel 2.1 lid 1 sub e van de Wet BB 2021**



#### A. *Schuldeiser is naar Nederlandse fiscale maatstaven transparant (sub d)*

Indien de schuldeiser naar Nederlandse fiscale maatstaven als transparant wordt gekwalificeerd, is het nodig om te beoordelen welke achterligger in de keten naar Nederlandse fiscale maatstaven de voordeelgerechtigde is en of deze voordeelgerechtigde volgens de lokale fiscale regelgeving aldaar wordt behandeld als de gerechtigde tot die voordelen. Indien dit zo is, zal geen sprake zijn van een hybride lichaam. Als dit niet zo is, en de staat waar de voordeelgerechtigde gevestigd is een lichaam waar die voordeelgerechtigde een belang in heeft als gerechtigde tot die voordelen beschouwt, zal sprake zijn van een hybride lichaam in de zin van art. 2.1 lid 1 sub d Wet BB 2021. Echter, indien aannemelijk wordt gemaakt dat het lichaam waaraan de voordeelgerechtigde het inkomen toerekent, aldaar tot de gerechtigde van de voordelen wordt beschouwd, wordt dat lichaam geacht de voordeelgerechtigde te zijn en wordt op dat lichaam 'opnieuw' het toetsingskader toegepast.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Art. 2.1 lid 3 Wet BB 2021.

#### B. *Schuldeiser is naar Nederlandse fiscale maatstaven niet-transparant (sub e)*

Indien de schuldeiser naar Nederlandse fiscale maatstaven als niet-transparant wordt gekwalificeerd is de schuldeiser de voordeelgerechtigde en is het relevant om te beoordelen of deze kwalificatie aansluit bij het perspectief van de woonstaat van de schuldeiser. Indien de schuldeiser in de staat van vestiging aldaar niet wordt behandeld als de gerechtigde tot de uitgekeerde voordelen, is sprake van een hybride lichaam. Er is alsnog geen belastingplicht in vorenstaande situatie onder de huidige Wet BB 2021 in de volgende twee gevallen:<sup>40</sup>

- 1) Iedere achterliggende gerechtigde (al dan niet middels een samenwerkende groep) die een kwalificerend belang houdt in het hybride lichaam, wordt in de staat van vestiging als voordeelgerechtigde beschouwd en is niet een lichaam waarop zonder tussenkomst van het hybride lichaam de Wet van toepassing zou zijn.
- 2) Er is geen achterliggende gerechtigde die (al dan niet middels een samenwerkende groep) een kwalificerend belang heeft in het hybride lichaam. Dit leidt naar onze mening tot een dubbele toets. In het kader van de tegenbewijsregeling moet worden getoetst of sprake is van een samenwerkende groep op het niveau van de achterliggers van het hybride lichaam, dus ook in gevallen waarin op het niveau van de debiteur reeds een samenwerkende groep is geconstateerd (waar het hybride lichaam onderdeel van is).

Op Prinsjesdag is voorgesteld om het begrip kwalificerende eenheid toe te voegen in de aanhef van art. 2.1 lid 4 Wet BB 2021.<sup>41</sup> Daarnaast is het begrip samenwerkende groep in art. 2.1 lid 4 sub a (zie hiervoor onder A) en b (zie hiervoor onder B) Wet BB 2021 geschrapt. De voorgestelde wijzigingen hebben tot gevolg dat indien sprake is van een kwalificerende eenheid op het niveau van de achterliggers, de tegenbewijsregeling niet langer toegepast kan worden. Gelet op de invulling van het begrip kwalificerende eenheid, namelijk het tegengaan van misbruik, is de vormgeving die de wetgever voorstelt te begrijpen.

#### 3.2.4 *Categorie (iv) – tussenschakels*

De Wet BB 2021 bevat een antimisbruikbepaling waardoor ook belastingplicht kan ontstaan als één (of meerdere) tussenschakel(s) is/zijn gevestigd in een jurisdictie, niet zijnde een laagbelastende jurisdictie.<sup>42</sup> Als gevolg van de antimisbruikbepaling kunnen ook Europese schuldeisers tegen bronbelasting aanlopen. De antimisbruikbepaling is niet van toepassing als een tussenschakel in Nederland is gevestigd.

<sup>40</sup> Art. 2.1 lid 4 Wet BB 2021.

<sup>41</sup> Wetsvoorstel Belastingplan 2025, p. 227-229.

<sup>42</sup> Art. 2.1 lid 1 sub c jo. lid 6 Wet BB 2021.

Voor de bewijslastverdeling wordt aangesloten bij de bekende substance-eisen.<sup>43</sup> Indien de voordeelgerechtigde voldoet aan alle substance-eisen, wordt geacht geen sprake te zijn van misbruik, tenzij de inspecteur aannemelijk maakt dat de tussenschakel gerechtigd is tot de renten met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de belastingheffing van een ander te ontgaan (subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie of reeks van constructies en transacties (objectieve toets).<sup>44</sup> Indien de voordeelgerechtigde niet voldoet aan alle substance-eisen kan de voordeelgerechtigde of de inhoudingsplichtige alsnog aannemelijk maken dat geen sprake is van misbruik.<sup>45</sup> Hiervoor dient de voordeelgerechtigde aannemelijk te maken dat niet wordt voldaan aan de subjectieve toets of de objectieve toets. Zowel de inspecteur als de voordeelgerechtigde kan met behulp van de aanwijzingen uit de Deense zaken<sup>46</sup> dit standpunt aannemelijk maken.<sup>47</sup>

## A. Subjectieve toets

Voor de toepassing van de subjectieve toets moet worden beoordeeld of heffing van bronbelasting wordt vermeden door het toevoegen van een tussenschakel aan de structuur tussen de inhoudingsplichtige en de uiteindelijke ontvanger van die voordelen (de achterliggende gerechtigde). Er dient een vergelijking gemaakt te worden tussen de situatie dat de achterligger direct gerechtigd is tot de voordelen en de situatie met tussenkomst van de tussenschakel; de zogenoemde wegdenkgedachte.<sup>48</sup> In geval van meerdere tussenschakels wordt de subjectieve toets toegepast op de eerstvolgende schakel die niet kunstmatig is.<sup>49</sup> Het is mogelijk dat wanneer de eerstvolgende, niet kunstmatige schakel een hybride lichaam is, de specifieke toetsen voor hybride lichamen in samenhang met art. 2.1 lid 1 sub c Wet BB 2021 relevant zijn om te toetsen of bronbelasting verschuldigd zou zijn.<sup>50</sup> Echter, indien één (kunstmatige) tussenschakel gevestigd is in een laagbelastende jurisdictie wordt niet verder weggedacht.<sup>51</sup> Als de situatie zonder tussenschakel zou leiden tot een hogere Nederlandse bronbelastingclaim, dan is dit een aanwijzing dat sprake is van een constructie die ertoe strekt de heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan.<sup>52</sup>

## B. Objectieve toets

Voor de objectieve toets moet worden beoordeeld of sprake is van een kunstmatige constructie of transactie. Hier-

van is sprake als de constructie of transactie niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.<sup>53</sup> De economische activiteit dient samen te hangen met het ontvangen van de renten.<sup>54</sup> Alle relevante feiten en omstandigheden dienen in dit kader in ogenschouw te worden genomen, denk aan het bestuur van de tussenschakel, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur, de werkelijk gemaakte kosten en het personeel.<sup>55</sup> Een tussenschakel met activiteiten die in het licht van de ontvangen voordelen slechts een ondersteunend of administratief karakter hebben, oefent naar de mening van de wetgever geen economische activiteit uit.<sup>56</sup> Dat een tussenschakel een onbeduidende winst behaalt, kan hiervoor een aanwijzing vormen.<sup>57</sup> Ook de wijze waarop de tussenschakel wordt gefinancierd, de omvang van het eigen vermogen of het gebrek aan bevoegdheid van het bestuur van de tussenschakel om vanuit economisch oogpunt vrij over de renten te kunnen beschikken, kan een aanwijzing vormen voor een kunstmatige constructie.<sup>58</sup>

Op basis van recent gepubliceerde rulings<sup>59</sup> blijkt dat het niet hebben van een verplichting om de ontvangen renten door te betalen, tot de conclusie kan leiden dat een entiteit niet als tussenschakel kwalificeert.

## (i) Schuldfondsen

In de praktijk zien we dat externe financieringen doorgaans worden verstrekt door een bankensyndicaat. Nadat een syndicatie is voltooid, kunnen de leden van het syndicaat hun participaties verkopen op de secundaire markt. Op de secundaire markt worden leningen vaak opgekocht door wereldwijde schuldfondsen. Op het moment van een schuldhervorming bestaan de schuldeisers vaak uit diverse schuldfondsen. De vraag komt dan op of de schuldfondsen aan de objectieve toets voldoen.

Schuldfondsen hebben in de regel diverse investeerders, waaronder institutionele beleggers en particulieren. Schuldfondsen worden over het algemeen actief beheerd en investeren over het algemeen in diverse jurisdicties en sectoren. Ondanks dat schuldfondsen in principe actief gemanaged worden, voldoen ze veelal niet aan alle Nederlandse substance-eisen, zoals beschikking over een eigen kantoorruimte of een bankrekening. Echter, gezien bijvoorbeeld de functie van schuldfondsen, zouden zij niet als artificieel moeten worden aangemerkt. In de praktijk kan dit vanwege de onduidelijkheid omtrent de vraag wanneer een structuur als artificieel wordt aangemerkt tot onduidelijkheden leiden, wat een aandachtspunt is bij

43 Art. 2 Uitvoeringsregeling bronbelasting 2021.

44 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 23.

45 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 23.

46 HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134, en HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135.

47 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 24-25.

48 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25.

49 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 24-25.

50 Vgl. E.J. Spoelder, S. Sari & M.C. Rasenberg, *WFR 2020/106*.

51 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25-26.

52 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25.

53 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 43.

54 *NDFR*-commentaar bij art. 2.1 Wet BB 2021.

55 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25.

56 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25.

57 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25.

58 *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 3, p. 25-26.

59 20240827 ATR 000009 en 20240903 ATR 000010.

de herstructurering van schulden en toepassing van de Wet BB 2021.

### C. EU-richtlijn en belastingverdragen

Aangezien belastingplicht ook kan ontstaan bij schuldeisers gevestigd in landen in de Europese Unie en verdragslanden, spelen de Europese Interest- en royaltyrichtlijn en belastingverdragen een rol bij de beoordeling of Nederland het heffingsrecht onder de Wet BB 2021 wel kan effectueren. Indien de tussenschakel is gevestigd in de Europese Unie is in beginsel de Europese Interest- en royaltyrichtlijn van toepassing die voorziet in een vrijstelling.<sup>60</sup> Indien de voordeelgerechtigde als uiteindelijk gerechtigde in de zin van de Interest- en royaltyrichtlijn wordt aangemerkt, mag in beginsel geen bronheffing worden geheven. Bij de invulling van het begrip uiteindelijk gerechtigde wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van antimisbruikbepalingen met het EU-recht.<sup>61</sup> Het HvJ EU heeft beslist dat voor de EU-lidstaten een Unierechtelijke plicht bestaat om de voordelen van een fiscale EU-richtlijn te weigeren ingeval sprake is van misbruik.

Indien de tussenhouder in een jurisdictie is gevestigd waar Nederland een belastingverdrag mee heeft gesloten, is het de vraag of Nederland het heffingsrecht onder de Wet BB 2021 kan effectueren indien een belastingverdrag een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat bevat. De wetgever meent dat de voorgestelde antimisbruikbepaling in relatie tot verdragslanden kan worden geëffectueerd als het van toepassing zijnde belastingverdrag een *principal purpose test* (PPT) of een daarmee vergelijkbare bepaling tegen verdragsmisbruik bevat.<sup>62</sup> Nederland zet erop in om de PPT op te nemen in belastingverdragen waar Nederland bilateraal over (her)onderhandelt.<sup>63</sup> Voor zover de nationale antimisbruiktoets niet verder gaat dan de relevante PPT in een belastingverdrag, zal het belastingverdrag belastingplichtigen niet beschermen.

### 3.3 Heffingsgrondslag

Het begrip renten wordt ruim gedefinieerd en onder de heffingsgrondslag vallen de vergoedingen van welke aard dan ook – kosten daaronder begrepen – uit hoofde van geldleningen verschuldigd door een in Nederland gevestigde debiteur.<sup>64</sup> Hierbij dient een economische uitleg aan het begrip renten te worden gegeven.<sup>65</sup> Dat bijvoorbeeld garantiebetalen onder het begrip renten worden ge-

schaard is reeds enige tijd bekend.<sup>66</sup> In de praktijk zien we echter vaak ook dat transactiegerelateerde vergoedingen (denk aan *lock-up*-, *ticking commitment*- en *working fees*) betaald worden aan de schuldeisers. Dit speelt bijvoorbeeld in de situatie dat sprake is van een herstructurering van schulden. Deze vergoedingen houden veelal verband met de benodigde medewerking van schuldeisers aan een herstructurering, bijvoorbeeld om wijzigingen te (mogen) maken in de bestaande financieringsdocumentatie (zoals het verlengen van de leningstermijn), alsmede om bijvoorbeeld een (deel van de) lening aan een ander groepsmaatschappij over te dragen. Het is de vraag of dit soort vergoedingen ook onder de definitie van renten onder de Wet BB 2021 vallen. Dit zal dan ook per vergoeding beoordeeld moeten worden. Een *commitment fee* (een vergoeding over een deel van een geldlening dat (nog) niet is uitgeleend) wordt veelal niet gezien als een vergoeding ter zake van een geldlening doordat op grond van de overeenkomst pas een geldlening tot stand komt op het moment dat er geld wordt getrokken.<sup>67</sup>

## 4. Formeelrechtelijke aandachtspunten van de Wet BB 2021

### 4.1 Inleiding

Ook de formeelrechtelijke aspecten van de Wet BB 2021 kunnen leiden tot aandachtspunten bij de herstructureringen van schulden waarbij de schuldeisers ook direct of indirect aandeelhouder worden van de Nederlandse debiteur. In dat kader zullen wij een aantal aandachtspunten uit de Wet BB 2021 belichten.

### 4.2 Heffingsmoment

Bronbelasting wordt geheven door inhouding op de voordelen.<sup>68</sup> De inhoudingsplichtige dient ingevolge de Wet BB 2021 namens de belastingplichtige bronbelasting in te houden op het tijdstip waarop de voordelen worden genoten, het genietingstijdstip.<sup>69</sup> Voordelen worden beschouwd te zijn genoten op het tijdstip waarop zij betaald of verrekend worden, ter beschikking van de voordeelgerechtigde worden gesteld of rentedragend worden dan wel Vorderbaar en tevens inbaar worden. Deze begrippen zijn volgens de MvT<sup>70</sup> ontleend aan art. 13a Wet op de loonbelasting 1964. In de NnavV<sup>71</sup> is bevestigd dat op het moment dat de feitelijke betaling uitblijft vanwege liqui-

60 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 22.

61 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 22.

62 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 26.

63 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 27.

64 Art. 3.1 jo. art. 3.3 Wet BB 2021.

65 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 32 e.v.

66 Zie onder meer Belastingdienst, KG:024:2023:2,

<https://kennisgroepen.belastingdienst.nl/publicaties/kg02420232-voordeelgerechtigde-ander-lichaam-dan-de-verstrekker-van-de-geldlening/> (laatstelijk geraadpleegd op 13 augustus 2024); Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 32 e.v.

67 Voor het begrip geldlening wordt aangesloten bij art. 15 lid 6 onderdeel a Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 32; Syllabus art. 15b Wet Vpb (generieke renteaftrekbeperking), 19 oktober 2022, p. 47.

68 Art. 3.5 lid 1 Wet BB 2021.

69 Art. 3.5 lid 1 Wet BB 2021.

70 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 38 e.v.

71 Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 37.

diteitsproblemen van de inhoudingsplichtige, er geen sprake is van een genietingsstijp omdat de voordelen wel vorderbaar zijn, maar niet inbaar. De nagenoeg ontbrekende inkleuring van de heffingsmomenten in het kader van de Wet BB 2021 biedt weinig houvast op het moment dat de vraag zich voordoet of een heffingsmoment gaat plaatsvinden dan wel heeft plaatsgevonden. Dit is vanuit rechtsbeschermingsperspectief onwenselijk.

Het is in situaties waarin crediteuren samenwerken om een faillissement te voorkomen goed voor te stellen dat renten niet direct betaald (kunnen) worden, maar renten worden bijgeschreven, dan wel dat herstructurering plaatsvindt en renten worden verrekenend of (gedeeltelijk) kwijtgescholden. Ook in dergelijke situaties kan zich mogelijk een genietingsmoment voordoen. Indien bij een herstructurering bepaalde verplichtingen intern tegen elkaar worden weggestreept, zal sprake zijn van verrekening en leidt dit tot een genietingsmoment. In het geval dat renten worden kwijtgescholden voordat de renten vorderbaar en tevens inbaar zijn, zou naar onze mening geen sprake moeten zijn van een genietingsmoment voor de Wet BB 2021 aangezien aan geen van de opgenomen momenten wordt voldaan.<sup>72</sup> Een andere situatie die in de praktijk voor kan komen, is dat rente op een lening tussentijds niet verschuldigd is, bijvoorbeeld in geval van *payment-in-kind* (PIK-)rente. Ook in die situatie is alsnog sprake van een heffingsmoment in de zin van de Wet BB 2021. Gerijpte, maar nog niet genoten renten worden immers geacht te zijn genoten op 31 december van dat tijdvak.<sup>73</sup> Mede gelet op dit fictieve genietingsstijp blijft de samenwerkende groep relevant de komende periode.

Niet in geld genoten voordelen worden in aanmerking genomen naar de waarde die daaraan in het economische verkeer kan worden toegekend. Ook wordt een *at arm's length*-correctie toegepast, waardoor ook niet betaalde renten in de grondslag worden betrokken.<sup>74</sup>

### 4.3 Afdracht en aangifte

De inhoudingsplichtige dient de ingehouden belasting op aangifte af te dragen. De verschuldigde belasting dient binnen één maand na het einde van het kalenderjaar overeenkomstig de aangifte aan de ontvanger betaald te worden.<sup>75</sup> Ook de aangifteplicht en daarbij behorende plicht tot afdracht van de belasting leveren knelpunten op in de

praktijk. De aangifteplicht leidt tot aanzienlijke administratieve lasten voor zowel de inhoudingsplichtige als de belastingplichtige. Zo rust op de inhoudingsplichtige de plicht om op juiste wijze tot inhouding en afdracht te komen, terwijl de inhoudingsplichtige afhankelijk is van de informatie die de crediteur aanlevert voor de beoordeling of materieel gezien bronbelasting verschuldigd is en ingehouden moet worden op te betalen renten. De Wet BB 2021 legt in dit kader geen expliciete onderzoeksplicht op aan de inhoudingsplichtige om de juistheid van gegevens van de crediteur te verifiëren. In de literatuur<sup>76</sup> wordt echter wel betoogd dat uit rechtspraak<sup>77</sup> volgt dat dit niet betekent dat alle verstrekte informatie door de crediteur als waarheid aangenomen mag worden. Of de inhoudingsplichtige bijvoorbeeld ook actief onderzoek moet doen naar de relevante informatie ter zake van de belastingplichtige is onduidelijk. Wel is goed voor te stellen dat wanneer het gaat om publiek beschikbare informatie, de inhoudingsplichtige geacht wordt daar kennis van te hebben. Ondanks dat de Wet BB 2021 geen expliciete onderzoeksplicht oplegt, houdt de inhoudingsplichtige een eigen verantwoordelijkheid om een beoordeling te maken van de materiële belastingplicht van haar crediteuren. Hoe ver deze verantwoordelijkheid reikt, wordt helaas niet nader ingekleurd. Zoals reeds beschreven in paragraaf 3.2, is het in de praktijk lang niet altijd duidelijk of een crediteur belastingplichtig is en zal dit zeker voor een inhoudingsplichtige lastig zijn om te bepalen. Des te meer nu de Wet BB 2021 geen expliciete verplichting kent voor de belastingplichtige om (juiste) informatie te verstrekken aan de inhoudingsplichtige.<sup>78</sup> Het ontbreken van een dergelijke verplichting zorgt in de praktijk, zoals in geval van de herstructurering van schulden, voor lastige situaties. Zeker aangezien de Wet BB 2021 niet voorziet in een verhaalsmogelijkheid voor de inhoudingsplichtige. Indien achteraf blijkt dat bronbelasting verschuldigd is, zal de inhoudingsplichtige deze bronbelasting moeten betalen en indien zij deze dus niet kan verhalen en voor eigen rekening neemt, vindt brutering plaats.<sup>79</sup> Om dit risico te mitigeren, is het aan te raden om in de financieringsdocumentatie hier een mechanisme voor op te nemen.

Verder kunnen onduidelijkheden in de materiële aspecten van de Wet BB 2021 doorwerken in de formele aspecten, zoals het doen van een juiste aangifte en afdracht door de inhoudingsplichtige. Een pleitbaar standpunt staat aan beboeting van de inhoudingsplichtige in de weg.<sup>80</sup>

72 Een ander aandachtspunt is de toepassing van de kwijtscheldingswinstvrijstelling voor de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Door de samenloop tussen de kwijtscheldingswinstvrijstelling en de verliesverrekeningsregels die gelden per 1 januari 2022, kan in geval van een kwijtscheldingswinst boven de € 1 miljoen slechts voor een deel van de verliezen worden verrekend, en dit leidt tot belastingheffing. Vanaf 1 januari 2025 is hier een oplossing voor aangeboden op Prinsjesdag.

73 Art. 3.5 lid 2 Wet BB 2021.

74 Art. 3.2 Wet BB 2021.

75 Art. 5.1 Wet BB 2021 jo. art. 19 lid 1 AWR jo. art. 27 lid 1 Uitvoeringsregeling AWR.

76 S.F. Immerseel, 'Naheffing bij anderen dan inhoudingsplichtigen', *WFR* 2008/974.

77 Hof Arnhem 5 juni 1961, ECLI:NL:GHARN:1961:AX9978, *BNB* 1962/39.

78 L.M. Hendriks & S.A. Verhage, *NLF-W* 2020/19.

79 Art. 4.2 Wet BB 2021.

80 Vgl. paragraaf 4 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst.



#### 4.4 Naheffing

De bronbelasting wordt zoals hiervoor beschreven op aangifte voldaan. Bij een aangiftebelasting is – anders dan bij navordering in geval van aanslagbelastingen – geen nieuw feit vereist om tot naheffing over te gaan.

Indien de verschuldigde bronbelasting geheel of gedeeltelijk niet wordt betaald, heeft de inspecteur de mogelijkheid om zowel aan de inhoudingsplichtige als aan de belastingplichtige een naheffingsaanslag op te leggen.<sup>81</sup> De inspecteur is in het kader van de Wet BB 2021 in principe vrij in zijn keuze aan wie de naheffingsaanslag wordt opgelegd. De inspecteur hoeft bijvoorbeeld voor het opleggen van een naheffingsaanslag aan de belastingplichtige niet aannemelijk te maken dat te weinig of geen bronbelasting is ingehouden en afgedragen door toedoen van de belastingplichtige, zoals door het niet verschaffen van informatie of het verstrekken van onjuiste informatie aan de inhoudingsplichtige.<sup>82</sup> Wel dient de inspecteur de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.<sup>83</sup> De bevoegdheid tot naheffing vervalt door verloop van vijf jaren na het einde van het kalenderjaar waarin de belastingschuld is ontstaan.<sup>84</sup> Naheffingsaanslagen bronbelasting vallen ook onder de reikwijdte van de belastinggrens.<sup>85</sup> Het percentage is gelijk aan de vennootschapsbelasting en bedraagt momenteel 10%.<sup>86</sup>

Gelet op de keuzemogelijkheid van de inspecteur om de naheffingsaanslag op beide niveaus op te leggen, is het raadzaam, bijvoorbeeld in geval van een herstructurering van schulden waarbij de crediteuren direct of indirect een belang in de debiteur verkrijgen, in de aangepaste financieringsdocumentatie een verhaalsmogelijkheid te creëren, zodat de inhoudingsplichtige niet opdraait voor de heffing van de belastingplichtige(n). Dit zal in principe ook in het belang van de schuldeisers (als nieuwe aandeelhouders) zijn en voorkomt dat “goede” schuldeisers opdraaien voor “foute” schuldeisers.

#### 4.5 Informatieverplichting

De Wet BB 2021 bevat ook een informatieverplichting op basis waarvan de inhoudingsplichtige op verzoek van de inspecteur gegevens en inlichtingen in het bezit van een crediteur moet overleggen mits de gegevens van belang zijn voor de heffing van bronbelasting.<sup>87</sup> Deze informatieverplichting is gebaseerd op art. 47a Algemene Wet inzake Rijksbelastingen. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 47a volgt dat de wetgever een dergelijke informatie-

verplichting redelijk acht, aangezien vanwege concernverhoudingen een inhoudingsplichtige in principe toegang moet hebben tot de relevante informatie.<sup>88</sup> Het is in de praktijk de vraag of dit in alle gevallen zo eenvoudig is. Dit speelt bijvoorbeeld bij een herstructurering waarin een wijdverspreide groep schuldeisers als samenwerkende groep wordt aangemerkt. In een dergelijke situatie zal de inhoudingsplichtige in theorie op verzoek van de inspecteur informatie moeten opvragen van alle crediteuren (ongeacht het door hen gehouden belang). De praktijk leert dat niet alle schuldeisers (tijdig) reageren. Achtergrond hiervoor kan zijn dat een schuldeiser die een beperkt belang houdt in de inhoudingsplichtige, niet wenst mee te werken en de relevantie van het overleggen van de informatie niet ziet. Het gebrek aan informatie kan de inhoudingsplichtige worden aangerekend door het afgeven van een informatiebeschikking met eventuele omkering en verzwaring van de bewijslast.<sup>89</sup> Dit kan impact hebben op de waarde van de aandelen en aangezien de schuldeiser hier een (in)direct belang heeft, kan dit nadelig zijn voor de schuldeiser. In geval van een samenwerkende groep die niet ‘echt’ samenwerkt, kan het niet-verschaffen van informatie door een enkel lid van de samenwerking nadelig zijn voor de rest van de samenwerkende groep.

#### 4.6 Actieve inlichtingenverplichting

De Wet BB 2021 bevat ook een actieve inlichtingenverplichting voor de inhoudingsplichtige die gelijklopend is aan de suppletieverplichting, zoals voor de btw.<sup>90</sup> Op basis van de actieve inlichtingenverplichting is (enkel) de inhoudingsplichtige verplicht om uiterlijk binnen twee weken nadat de inhoudingsplichtige bekend is geworden met het feit dat de door hem verstrekte gegevens niet, onjuist of onvolledig zijn verstrekt, de juiste en volledige inlichtingen en gegevens die van belang kunnen zijn voor de heffing van belasting te verstrekken aan de inspecteur. Deze actieve inlichtingenverplichting betreft de situatie dat onterecht geen of een onvolledige aangifte is gedaan en vervalt na verloop van vijf jaren na het einde van het kalenderjaar waarin de belastingschuld is ontstaan.<sup>91</sup> De termijn van twee weken zorgt in de praktijk voor veel vragen, zoals de vraag wanneer de termijn exact aanvangt, maar ook de vraag hoe de inhoudingsplichtige kan weten dat geen, onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt. Immers, de inhoudingsplichtige heeft, zoals hiervoor in paragraaf 4.3 beschreven, geen actieve onderzoeksplicht en het is de belastingplichtige die over de relevante informatie beschikt. Het antwoord op de vraag of een correctie van verstrekte informatie van belang kan zijn voor de heffing van bronbelasting zal derhalve niet eenvoudig te geven zijn met alle gevolgen van dien. Het opzettelijk of grofschuldig

81 Art. 6.1 Wet BB 2021 jo. art. 20 lid 1 jo. lid 2 AWR.

82 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 10.

83 *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, nr. 3, p. 10.

84 Art. 20 lid 3 AWR.

85 Art. 30h AWR.

86 Voor de volledigheid merken wij op dat de Rechtbank Noord-Nederland op 7 november 2024 heeft geoordeeld dat de belastinggrens over de vennootschapsbelasting in 2023 in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

87 Art. 6.2 lid 1 Wet BB 2021 jo. art. 47a AWR.

88 Art. 47a lid 5 AWR; *Kamerstukken II* 1988/89, 21034, p. 12.

89 Art. 52a lid 1 AWR jo. art. 25 lid 3 AWR jo. art. 27e AWR.

90 Art. 6.3 Wet BB 2021 jo. art. 10a AWR.

91 Art. 6.3 lid 3 Wet BB 2021.

niet-nakomen van de actieve inlichtingenverplichting kan worden bestraft met een vergrijpboete.<sup>92</sup>

#### 4.7 Hoofdelijke aansprakelijkheid

De memorie van toelichting bevat drie situaties waarin hoofdelijke aansprakelijkheid in het kader van de Wet BB 2021 aan de orde kan zijn.<sup>93</sup> Allereerst is iedere bestuurder van de inhoudingsplichtige hoofdelijk aansprakelijk voor de belasting die door een inhoudingsplichtige is verschuldigd. Daarnaast is iedere bestuurder van de belastingplichtige hoofdelijk aansprakelijk indien de naheffingsaanslag wordt opgelegd aan de belastingplichtige en de belasting niet is voldaan.<sup>94</sup> De hoofdelijk aansprakelijkheid heeft extraterritoriale werking en geldt in principe ongelimiteerd.<sup>95</sup> De achtergrond van deze hoofdelijke aansprakelijkheid voor bestuurders is gelegen in het feit dat het inhouden en afdragen van de bronbelasting door de bestuurder wordt verricht of plaatsvindt onder zijn verantwoording. Het financiële beleid wordt geacht een zaak te zijn van het gehele bestuur en dat bestuur is dan ook collectief verantwoordelijk. Tot slot zal de belastingplichtige hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien de naheffingsaanslag wordt opgelegd aan de inhoudingsplichtige.<sup>96</sup>

Zowel de bestuurders van de inhoudingsplichtige als de bestuurders van de belastingplichtige zijn niet aansprakelijk voor zover zij aannemelijk maken dat het niet aan hen te wijten is dat de belasting niet of niet volledig is betaald.<sup>97</sup> Deze disculpatiegrond kan aan de orde zijn indien een bestuurder vóór het moment dat de voordeelgerechtigde de belastbare voordelen geniet, zich door een voldoende deskundige belastingadviseur zorgvuldig heeft laten adviseren over de vraag of het voordeel al dan niet is onderworpen aan bronbelasting. Om voldoende vertrouwen te mogen ontlenen aan het verkregen belastingadvies, dient volgens de wetgever deze bestuurder in ieder geval aannemelijk te maken dat ten behoeve van het belastingadvies redelijkerwijs alle relevante feiten, gegevens en omstandigheden zijn verstrekt aan de belastingadviseur, het belastingadvies op grond van deze relevante feiten, gegevens en omstandigheden door de belastingadviseur is verstrekt en vóór het moment van uitvoering van het belastingadvies er geen relevante feiten, gegevens en omstandigheden zijn veranderd die de bestuurder redelijkerwijs wist of behoorde te weten en die de uitkomst van het belastingadvies vermoedelijk zouden hebben veranderd. Voor de belastingplichtige zelf geldt geen disculpatiegrond.<sup>98</sup>

Vanwege de in de Wet BB 2021 opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid is het voor de bestuurders van de betrokken vennootschappen nog relevanter dat een juiste aangifte en afdracht van bronbelasting wordt gedaan. Het is dan ook goed voor te stellen dat bestuurders in de praktijk terughoudend zijn met het innemen van een standpunt in de situatie dat het na een uitgebreide analyse onduidelijk blijft of de Wet BB 2021 al dan niet van toepassing is. Dit kan ook spelen in de situatie waarbij de schuldeisers een direct of indirect belang hebben verworven bij de herstructurering van schulden.

#### 5. Conclusies en aanbevelingen

- Als schuldeisers als onderdeel van een schulderstructurering een direct of indirect belang in een Nederlandse debiteur verkrijgen, kan gelieerdheid ontstaan en als gevolg daarvan bronbelasting verschuldigd worden. Ook (zakelijke) herstructureringen kunnen binnen het bereik van de Wet BB 2021 vallen.
- Doordat de Wet BB 2021 op meerdere vlakken onduidelijk is, is in de praktijk vaak moeilijk vast te stellen of bronbelasting verschuldigd zal zijn. Onder meer de onduidelijkheid rondom de definitie van samenwerkende groep leidt tot onbegrip in de markt. Het nieuwe voorgestelde groepsbegrip zal de praktijk enige verlichting moeten bieden. Des te meer nu wordt voorgesteld om op verzoek in vooroverleg te treden met de Belastingdienst ter bevestiging dat geen sprake is van een kwalificerende eenheid, hetgeen in het geval van het huidige begrip samenwerkende groep niet mogelijk is (behoudens in specifieke gevallen).
- De analyse voor toepassing van de Wet BB 2021 vereist veel kennis van de feiten en omstandigheden. Inhoudingsplichtigen dienen informatie op te vragen, wat tot grote administratieve druk kan leiden, zeker in situaties waarbij het om honderden verschillende schuldeisers gaat. Zelfs wanneer een inhoudingsplichtige alle relevante informatie van de schuldeisers verkrijgt, blijft het vaak lastig te concluderen of sprake is van belastingplicht. Onder meer omdat de Nederlandse fiscale kwalificatie van buitenlandse lichamen ook relevant is om te beoordelen wie de voordeelgerechtigde is en of sprake is van betalingen aan hybride lichamen.
- De bestuurders van de inhoudingsplichtige kunnen in een lastige positie komen wanneer zij een besluit moeten nemen om al dan niet tot inhouding over te gaan, aangezien zij mogelijk persoonlijk aansprakelijk zijn.
- Concluderend is het van belang dat de relevante knelpunten van de Wet BB 2021 die zich voor kunnen doen bij schulderstructureringen al in een vroeg stadium in acht worden genomen bij het opstellen van de relevante documentatie en om schuldeisers op voorhand te informeren over de mogelijke gevolgen bij toepassing van de Wet BB 2021.

92 *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 40.*

93 *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 46-47.*

94 Art. 36a lid 1 sub c Invorderingswet 1990 (IW).

95 Art. 36a lid 4 IW.

96 Art. 36a lid 1 sub b IW.

97 Art. 36a lid 2 IW.

98 *Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 3, p. 47.*