

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Eigen vermogen en vreemd vermogen:
fiscale discriminatie of fiscaal evenwichtige behandeling?

Naam student: Rijan van Druten

Studentnummer: 311612

Scriptiebegeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, juli 2014

Voorwoord

Met het schrijven van dit voorwoord is een einde gekomen aan het schrijven van mijn masterscriptie. Gedurende het schrijven heb ik een haat-liefdeverhouding opgebouwd met mijn scriptie. De spreekwoordelijke haat ziet op de irritaties die zijn ontstaan tijdens het eenzaam schrijven en het zoeken naar motivatie om weer verder te gaan met mijn scriptie. De liefde voor deze scriptie is de wetenschap dat een (voorlopig) einde komt aan een full-time educatieve carrière, gestart op de basisschool.

Ten eerste wil ik Prof. dr. P. Kavelaars bedanken voor zijn inhoudelijke steun en geduld. Ten tweede wil ik iedereen bedanken die ooit eens heeft gevraagd hoe het met mijn scriptie gaat. Ondanks dat ik het een ongemakkelijke vraag vond, waardeer ik de goedbedoelde medeleven enorm.

Inhoud

Voorwoord.....	2
Lijst van afkortingen	6
1. Inleiding.....	7
1.1. Aanleiding	7
1.2. Probleemstelling en toetsingskader	9
1.3. Opzet	12
1.4. Afbakening	13
2. Economische beschouwing	14
2.1. Inleiding.....	14
2.2. Vermogensstructuren.....	15
2.3. Vermogenssoorten.....	17
2.4. Economische gevolgen van het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen ..	20
2.5. Economische redenen ter behoud van de fiscale discriminatie van eigen en vreemd vermogen	22
2.6. Conclusie	23
3. Huidig stelsel van renteaftrekbeperkingen	25
3.1. Inleiding.....	25
3.2. Totaalwinstbewakers	26
3.2.1. Inleiding.....	26
3.2.2. Algemene beschouwing.....	26
3.2.3. Effectiviteit.....	28
3.2.4. Internationaal belastingrecht	32
3.2.5. EU-belastingrecht.....	34
3.2.6. Uitvoerbaarheid	34
3.2.7. Deelconclusie	35
3.3. Anti-winstdrainage	36
3.3.1. Inleiding.....	36
3.3.2. Algemene beschouwing.....	36
3.3.3. Effectiviteit.....	37
3.3.4. Internationaal belastingrecht	40
3.3.5. EU-belastingrecht.....	41
3.3.6. Uitvoerbaarheid	43
3.3.7. Deelconclusie	44
3.4. Systeembewaker: deelnemingsrente.....	45

3.4.1.	Inleiding.....	45
3.4.2.	Algemene beschouwing.....	45
3.4.3.	Effectiviteit.....	45
3.4.4.	Internationaal belastingrecht	47
3.4.5.	EU-belastingrecht	47
3.4.6.	Uitvoerbaarheid.....	48
3.4.7.	Deelconclusie	48
3.5.	Samenhang van het stelsel van renteaftrekbepalingen	49
3.6.	Conclusie.....	50
4.	Generieke renteaftrekbepalingen.....	52
4.1.	Inleiding.....	52
4.2.	Thin capitalisation	53
4.2.1.	Algemene beschouwing.....	53
4.2.2.	Effectiviteit.....	54
4.2.3.	Internationaal belastingrecht	59
4.2.4.	EU-belastingrecht.....	60
4.2.5.	Uitvoerbaarheid.....	61
4.2.6.	Deelconclusie	62
4.3.	Earningsstrippingregeling.....	63
4.3.1.	Algemene beschouwing.....	63
4.3.2.	Effectiviteit.....	64
4.3.3.	Internationaal belastingrecht	68
4.3.4.	EU-belastingrecht.....	68
4.3.5.	Uitvoerbaarheid.....	68
4.3.6.	Deelconclusie	69
4.4.	Conclusie.....	71
5.	Fundamentele gelijkstelling eigen vermogen en vreemd vermogen	74
5.1.	Inleiding.....	74
5.2.	Allowance for Corporate Equity (ACE).....	75
5.2.1.	Algemene beschouwing.....	75
5.2.2.	Effectiviteit.....	79
5.2.3.	Internationaal belastingrecht	85
5.2.4.	EU-belastingrecht.....	87
5.2.5.	Uitvoerbaarheid.....	90

5.2.6.	Deelconclusie	91
5.3.	Comprehensive Business Income Tax.....	93
5.3.1.	Algemene beschouwing.....	93
5.3.2.	Effectiviteit.....	95
5.3.3.	Internationaal belastingrecht	97
5.3.4.	EU-belastingrecht.....	99
5.3.5.	Uitvoerbaarheid.....	101
5.3.6.	Deelconclusie	101
5.4.	Conclusie.....	102
6.	Conclusie.....	105
6.1.	Inleiding.....	105
6.2.	Samenvatting	106
6.3.	Alternatieven	114
6.3.1.	Primaire voorkeursoplossing.....	115
6.3.2.	Secundaire voorkeursoplossing.....	118
6.4.	Eindconclusie	119
	Literatuurlijst.....	121

Lijst van afkortingen

a.b.	aanmerkelijk belang
ACE	Allowance for Corporate Equity
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBIT	Comprehensive Business Income Taxation
DGA	Directeur-grotaandeelhouder
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxation, Depreciation, Amortization
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Rb.	Rechtbank
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VV/EV-ratio	vaste ratio tussen vreemd vermogen en eigen vermogen
VwEU	Verdrag betreffende de werking Europese Unie
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VpB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Ondernemingen hebben voor hun bedrijfsvoering naast arbeid ook kapitaal nodig. Een onderneming kan op twee manieren kapitaal verkrijgen. De eerste vorm is het aantrekken van kapitaal van de aandeelhouders, eigen vermogen, door middel van een aandelenemissie. De tweede manier om kapitaal te verkrijgen is door het aantrekken van leningen, vreemd vermogen. Vreemd vermogen kan zowel van externe partijen, derden, als van de eigen aandeelhouder worden aangetrokken. De aandeelhouder zal dan tevens optreden als crediteur. Over beide vormen van vermogen wordt rendement geëist. Het rendement op eigen vermogen heeft de vorm van dividend en rente is het rendement over vreemd vermogen. De keuze tussen het aantrekken van eigen vermogen of vreemd vermogen is van een aantal factoren afhankelijk. Een bedrijfseconomische overweging is, bijvoorbeeld, dat vreemd vermogen risicomijdend vermogen is.

Daarnaast speelt de fiscaal ongelijke behandeling van rente en dividend een belangrijke factor in de financieringsbeslissing van vennootschappen. Zo zijn rentebetalingen in beginsel aftrekbaar van de belastbare winst, terwijl dividenduitkeringen niet aftrekbaar zijn. Hier tegenover staat dat rente bij de crediteur in beginsel is belast. Dividend is in concernverhoudingen over het algemeen onder de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld van belastingheffing.

Deze ongelijke behandeling verstoort de financieringsbeslissing van een onderneming. Het fiscale beleid stimuleert financiering met vreemd vermogen. Aan deze verstoring zijn welvaartskosten verbonden; zo zijn ondernemingen met een relatief hoge leverage-ratio, de verhouding vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen, kwetsbaarder voor een faillissement.

Vanwege de prikkels ingevolge de fiscale wetgeving om te kiezen voor vreemd vermogen, wordt de belastingplichtige gestimuleerd om de belastinggrondslag uit te hollen. Belastingplichtigen worden geprikkeld vanuit de overheid om renteposten te creëren. Hierdoor dalen de belastingopbrengsten voor de overheid.

In beginsel bestaan twee oplossingsrichtingen voor het probleem van de ongelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. De eerste optie is de Comprehensive Business Income Tax (hierna: CBIT), waarbij de fiscale behandeling van vreemd vermogen gelijk wordt

gesteld met de fiscale behandeling van eigen vermogen. Dit heeft als gevolg dat betaalde rente volledig van aftrek is uitgesloten. In de literatuur wordt betoogd dat Nederland als kleine open economie hierin geen voortrekkersrol kan spelen omdat het invoeren van een CBIT de concurrentiepositie van Nederland verslechtert.¹ De andere optie is het Allowance Corporate Equity (hierna: ACE), waarbij de fiscale behandeling van eigen vermogen gelijk wordt gesteld aan de fiscale behandeling van vreemd vermogen: dividend is dan aftrekbaar.

Voor de vraag of rente op een geldlening aftrekbaar is, moet eerst worden vastgesteld of de lening fiscaalrechtelijk als geldlening kwalificeert. De Hoge Raad heeft in de herkwalificatiejurisprudentie drie civielrechtelijke vormen van geldleningen fiscaal geherkwalificeerd als kapitaalverstrekking.² Deze vormen zijn de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.

Indien de lening fiscaal als geldlening kwalificeert moet vervolgens worden bekeken of de voorwaarden van de lening niet onzakelijk zijn, zoals een onzakelijk laag dan wel hoog rentevergoeding. Als hiervan sprake is, dient deze te worden gecorrigeerd op grond van het ‘at arm’s lengthbeginsel’ ex artikel 8b Wet VpB 1969. Ook kan de rente van een geldlening in aftrek worden beperkt indien deze is aangegaan onder, bijvoorbeeld, onzakelijke voorwaarden.³

De wetgever heeft in verband met het verschil in fiscale behandeling van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen ervoor gekozen om in specifieke situaties de rente uit te sluiten van aftrek of eventueel de renteaftrek te temporiseren. Zo is bijvoorbeeld in 1996 het anti-winstdrainage artikel 10a Wet VpB 1969 ingevoerd.⁴ Daarnaast kende de vennootschapsbelasting historisch al een bepaling waarin deelnemingskosten van aftrek werden uitgesloten. Het betrof hier enkel kosten op buitenlandse deelnemingen; deelnemingskosten op binnenlandse deelnemingen waren wel aftrekbaar. In het Bosal-arrest is dit door het Hof van Justitie in strijd geacht met het EU-belastingrecht.⁵ Buitenlandse deelnemingen werden slechter behandeld dan binnenlandse deelnemingen, zonder rechtvaardiging. Hierdoor ontstond het

¹ J. Vleggeert, *Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?*, WFR 2003/1482 en C. Nieuwland & V.B.M. Visser, *Fiscaal-economisch beleid – de ACE in Nederland*, Forfaitair 231.

² Respectievelijk HR 3 november 1954, BNB 1954/357, HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 11 maart 1998, BNB 1998/208.

³ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191, HR 25 november 2011, BNB 2012/37, HR 25 november 2011, BNB 2012/38, HR 25 november 2011, BNB 2012/39(niet-ontvankelijk verklaard) en HR 25 november 2011, BNB 2012/78.

⁴ Stb. 1996, 651.

⁵ HvJ EU 18 September 2003, C-168/01 (Bosal Holding BV).

zogenoemde Bosal-gat. Dit is het financiële gat wat ontstond als gevolg van het feit dat Nederland de deelnemingskosten op buitenlandse deelnemingen ook in aftrek moest toestaan.⁶

Als reactie op het Bosal-gat heeft de wetgever gekozen voor de thincapregeling, artikel 10d(oud) Wet VpB 1969, om het budgettaire nadeel op te vangen en een gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen te realiseren.⁷ Deze regeling is echter op 1 januari 2013 vervangen door een aftrekbeperking op deelnemingsrente, te weten artikel 13l Wet VpB 1969. Naast de eerder genoemde renteaftrekbeperkingen kent de wet ook andere vormen van renteaftrekbeperkingen. Het stelsel van renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 bevat een aftrekbeperking van de rente op hybride geldleningen, artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969, langlopende laagrentende geldleningen artikel 10b Wet VpB 1969 en rente inzake overnameschulden, artikel 15ad Wet VpB 1969. Kortom, een lappendeken aan specifieke renteaftrekbeperkingen.

1.2. Probleemstelling en toetsingskader

Dit brengt mij tot de volgende probleemstelling:

Wordt een evenwichtige fiscale behandeling van de vergoeding over eigen vermogen en vreemd vermogen in de huidige systematiek van renteaftrekbeperkingen voldoende gerealiseerd? Zo niet, op welke wijze kan een (meer) gelijke fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen worden gerealiseerd?

De hoofdvraag zal ik gaan beantwoorden met behulp van onderstaande deelvragen:

- Is een gelijke(re) fiscale behandeling van de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen wenselijk?
- Zorgt het stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 voor een voldoende evenwichtige fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen?
- Is een generieke renteaftrekbeperking een effectieve oplossing om de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtig(er) te behandelen, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?
- Leidt een fundamenteel systeem waarin eigen en vreemd vermogen evenwichtig worden behandeld tot een functionerend en effectief systeem, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 6 (toelichting punt 3).

⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 6.

Ik zal de renteaftrekbeperkingen in deze scriptie inventariseren aan de hand van de volgende vier criteria:

- Effectiviteit;
- Inpasbaar binnen internationaal belastingrecht;
- Inpasbaar binnen EU-belastingrecht;
- Uitvoerbaarheid van het systeem.

Deze toetsingscriteria heb ik deels ontleend aan Van Strien.⁸ Ik heb zijn toetsingscriteria efficiëntie en eenvoud gecombineerd tot één criterium: de uitvoerbaarheid van het systeem. De beoordeling vindt plaats vanuit het perspectief van zowel de wetgever als de belastingplichtige.

Daarnaast vind ik het relevant om te inventariseren of de renteaftrekbeperkingen het beoogde doel realiseren. Hier is het van belang dat de beperkingen geen underkill dan wel overkill opleveren. Het doel van een renteaftrekbeperking kan zijn het beperken van excessieve schuldfinanciering door ondernemingen. De prikkel door fiscale wetgeving, doordat rente aftrekbaar is en dividend niet, wordt getracht hiermee te verminderen.

Ook is het van belang dat de renteaftrekbeperkingen inpasbaar zijn in het internationaal en EU-belastingrecht. Voor het EU-belastingrecht is het van belang dat wetgeving geen staatssteun betreft en verenigbaar is met de verkeersvrijheden van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).⁹

Van staatssteun is op grond van artikel 107 VwEU sprake indien een maatregel aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden voldoet:

- met staatsmiddelen bekostigd;
- begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties;
- onverenigbaar met de interne markt;
- voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Gegeven het feit dat sprake moet zijn van een begunstiging zal bij de huidige renteaftrekbeperkingen weinig sprake zijn van staatssteun. Immers, een renteaftrekbeperking kost de debiteur geld. Desalniettemin acht ik het van belang dat een mogelijk meer

⁸ J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, hoofdstuk 1.3.2.

⁹ Artikel 49 VwEU, vrijheid van vestiging. Artikel 56 VwEU vrijheid van diensten. Artikel 63 VwEU vrijheid van kapitaal.

evenwichtigere behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen niet als staatssteun wordt aangemerkt.

Wat betreft de verkeersvrijheden van het VwEU is het van belang om te onderkennen welke verkeersvrijheid op welke bepaling van toepassing kan zijn. Dit vraagstuk is in het bijzonder relevant in situaties waarbij buiten de grenzen van de EU economische activiteiten worden verricht, omdat alleen de vrijheid van kapitaal een zogenoemde ‘derdelandwerking’ heeft. Dit betekent dat alleen de vrijheid van kapitaal ingeroepen kan worden om nationale bepalingen tot derde landen te toetsen aan EU-belastingrecht.

Naar aanleiding van het door het Hof van Justitie EU gewezen FII 2¹⁰ kan het volgende schema van *Kiekebeld* worden gebruikt als handvat voor de beantwoording van de vraag of de vrijheid van kapitaalverkeer, dan wel de vrijheid van vestiging van toepassing is:¹¹

- Belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling specifiek van toepassing zijn op situaties van doorslaggevende zeggenschap: alleen vrijheid van vestiging.
- Belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling specifiek van toepassing zijn op kapitaaltransacties: alleen vrij verkeer van kapitaal.
- Belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn op zowel situaties waarin wel, als situaties waarin geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap:
 - o Indien feitelijk geen doorslaggevende zeggenschap: alleen vrij verkeer van kapitaal;
 - o Indien feitelijk wel doorslaggevende zeggenschap: in beginsel beide vrijheden tenzij invloed op vestigingsvoorwaarden. In dat laatste geval alleen vestiging.

In het internationale belastingrecht is het belangrijk dat de wetgeving geen conflict oplevert met de bilaterale belastingverdragen. Omwille van de eenvoud beperk ik mij alleen tot het OESO-modelverdrag. De veronderstelling die hieraan ten grondslag ligt is dat Nederland ten doel heeft belastingverdragen af te sluiten conform het OESO-modelverdrag.¹²

Het OESO-modelverdrag kent een onbeperkt heffingsrecht toe aan de woonstaat van de inkomstgenieter met betrekking tot passieve inkomensbronnen: dividend, interest en royalty's.¹³ De bronstaat heeft een beperkt heffingsrecht in de gevallen waarin de genieter van

¹⁰ HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (2)).

¹¹ B.J. Kiekebeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR Beschouwingen 2013/11.

¹² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011, blz. 9.

¹³ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2013, hoofdstuk 3.4.2.

de passieve inkomsten de uiteindelijk gerechtigde is deze baten. Uitsluitende woonstaatheffing leidt, voor fiscale doeleinden, tot minimale belemmeringen voor de kapitaalexport. Dit leidt tot zo min mogelijk fiscale verstoringen voor het uitkeren van kapitaal aan de kapitaalverstrekker. Het OESO-modelverdrag staat verdragspartijen niet in de weg om een aftrek van betaalde rentelasten te weigeren bij de debiteur. Dit is wel het geval indien dit gebeurt op discriminatoire gronden, zoals inwonerschap. Dit is in artikel 24, lid 4, OESO-modelverdrag opgenomen.

1.3. Opzet

In het eerst volgende hoofdstuk zal ik aan de hand van de economische literatuur bespreken hoe ondernemingen hun vermogensstructuur bepalen. Vervolgens ga ik kort in op de kenmerken van eigen vermogen en vreemd vermogen. Dit acht ik relevant voor het bespreken van hybride leningen, die kenmerken bezit van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen. In grensoverschrijdende situaties kan een lening door beide landen verschillend worden gekwalificeerd. Deze vorm van leningen worden in het verloop van deze scriptie hybride mismatchleningen genoemd. Vervolgens bespreek ik de economische gevolgen van de fiscale discriminatie van eigen vermogen en vreemd vermogen. Ook ga ik in dit hoofdstuk in op de verstoringen die worden gecreëerd door onderscheid te maken tussen deze twee financieringsvormen. Daarna bespreek ik of argumenten bestaan ter verdediging van het fiscaal ongelijk behandelen van de twee financieringsvormen. Dit is relevant voor het beantwoorden van de vraag waarom een gelijk(ere) fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen gewenst is.

Na het bespreken van het economisch kader zal ik het huidige stelsel van de verschillende renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 bespreken. Het huidige stelsel kan worden opgesplitst in drie verschillende vormen van renteaftrekbeperkingen. Deze zijn de hybride financieringsvormen, anti-winstdrainage en de deelnemingsrente.¹⁴ Ten slotte beschouw ik in dit hoofdstuk de samenhang tussen de verschillende vormen. Relevant in dit hoofdstuk is hoe de wetgever met de verschillende renteaftrekbeperkingen tracht de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen evenwichtiger te maken.

Na het bespreken van een stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen bespreek ik in hoofdstuk vier generieke renteaftrekbeperkingen als vervanger van het huidige stelsel van

¹⁴ Deze categorisering is ontleend aan het proefschrift van J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 512. Zie ook J. van Strien, *De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, TFO 2013/128.3.

renteaftrekbeperkingen. Twee vormen hiervan zijn de thincapmaatregel¹⁵ en de Duitse earningsstrippingmaatregel. Laatst genoemde is een aftrekbeperking waarin de excessieve netto rentelasten in aftrek worden beperkt. De rentelasten zijn excessief indien ze hoger zijn dan het toegestane vastgestelde percentage van de fiscale EBITDA. De netto rentelast is het saldo van renteopbrengsten en rentekosten. Dit systeem is in Nederland ook ter sprake gekomen, echter heeft de wetgever hiervan afgezien.¹⁶ Ondanks dat de staatssecretaris heeft afgezien van het invoeren van de regeling, acht ik het van belang deze regeling te onderzoeken als mogelijk alternatief van het huidige stelsel van renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969. De thincapmaatregel houdt in dat de rente in aftrek wordt beperkt indien de verhouding vreemd vermogen ten opzichte van het eigen vermogen excessief is. In het vervallen artikel 10d Wet VpB 1969 was de toegestane verhouding bepaald op 3:1.

Na het uit een zetten van het huidige stelsel van verschillende renteaftrekbeperkingen en twee generieke systemen bespreek ik de principiële systemen ACE en CBIT, waarin eigen vermogen en vreemd vermogen gelijk worden behandeld. Beide systemen hebben vergaande gevolgen voor de fiscale positie van Nederland. Doordat rentebaten in CBIT niet worden belast kunnen verdragspartners dit mogelijk zien als het uithollen van hun belastinggrondslag. Het principiële systeem ACE verleent belastingplichtigen een aftrek voor eigen vermogen. Dit onderzoek beperkt zich tot drie varianten van ACE: aftrek van de gehele dividenduitkering, aftrek van primair dividend en aftrek van primair rendement. Het voornaamste verschil tussen de verschillende varianten is de bepaling van de grondslag waarover de aftrek wordt verleend. België hanteert de laatstgenoemde variant: notionele interestaftrek^{17, 18}.

Ik sluit af met een conclusie waarin ik de verschillende varianten van renteaftrekbeperkingen vergelijk. Hierin geef ik antwoord op de hoofdvraag.

1.4. Afbakening

Gelet op het doel van dit onderzoek beperk ik mij tot de essentie van elke regeling en ga ik niet in op de technische detailleringen van elke regeling. Dit onderzoek is afgesloten op 31 juli 2014 en houdt geen rekening met ontwikkelingen nadien.

¹⁵ In Nederland afgeschaft per 1 januari 2013, echter hebben verschillende EU-lidstaten een thincapwetgeving.

¹⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 3, blz. 105.

¹⁷ Artikel 205bis tot en met artikel 205novies Wetboek van de inkomstenbelasting 1992.

¹⁸ De grondslag van de aftrek voor eigen vermogen kan eveneens worden bepaald door de verandering van het eigen vermogen ten opzichte van het vorige jaar. Deze variant wordt gehanteerd door Italië. Zie: E. Zangari, *Adressing the Debt Bias: A comparison between the Belgian and Italian ACE systems*, Taxation papers, working paper nr. 44, 2014.

2. Economische beschouwing

2.1. Inleiding

De Nederlandse vennootschapsbelasting is gebaseerd op het klassieke stelsel. In dit stelsel is elke vennootschap een zelfstandige entiteit en in beginsel zelfstandig belastingplichtig. Bij de uitkering van een lichaam aan de aandeelhouder wordt de aandeelhouder belast over de ontvangen inkomsten, tenzij deze inkomsten onder de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld zijn van belastingheffing. De uitkering van een vergoeding voor het verstrekken van eigen vermogen is niet aftrekbaar bij het uitkerende lichaam. Indien de uitkering een vergoeding is voor het verstrekken van vreemd vermogen zijn de rentekosten wel aftrekbaar van de winst bij het uitkerende lichaam. De redenering hierbij is dat rente een kostenpost is voor het drijven van een onderneming. Dividend wijst daarentegen op opbrengsten van de onderneming en is daarmee niet aftrekbaar van de winst: het betreft een verdeling van de winst.¹⁹

Deze fiscaal ongelijke behandeling heeft verschillende gevolgen voor het gedrag van ondernemingen, zowel de financieringsbeslissing als de investeringsbeslissing wordt beïnvloed. Doordat het gedrag van elke individuele onderneming wordt beïnvloed, heeft de fiscale discriminatie naast micro-economische effecten ook macro-economische effecten.

De volgende deelvraag staat in dit hoofdstuk centraal: *Is een gelijke(re) fiscale behandeling van de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen wenselijk?*

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan, door middel van een literatuuronderzoek, op de wijze waarop een onderneming haar vermogensstructuur bepaalt. Daarna wordt ingegaan op de kenmerken van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen. Deze kenmerken zijn relevant voor het bespreken van hybride financieringsinstrumenten, waarbij het financieringsinstrument kenmerken heeft van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen. Vervolgens wordt aandacht besteed aan zowel de micro-economische als aan de macro-economische gevolgen van de fiscaal ongelijke behandeling van beide financieringsvormen. Daarna wordt besproken wanneer fiscale discriminatie van beide financieringsvormen optimaal kan worden geacht volgens de bestaande economische literatuur. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie.

¹⁹ R.A. de Mooij, *Tax biases to debt finance: Assessing the problem, finding solutions*, Working Paper, 3 Mei 2011, blz. 10.

2.2. Vermogensstructuren

Modigliani en Miller waren één van de eerste economen die onderzoek verrichtten naar de vermogensstructuur van een onderneming. Ze ontwikkelden het Modigliani-Miller theorema.²⁰ Dit theorema stelt dat de waarde van een onderneming onafhankelijk is van de wijze waarop de onderneming is gefinancierd. Ondernemingen zijn in die opvatting indifferent tussen financiering met eigen vermogen of met vreemd vermogen. Echter veronderstelt dit theorema dat er op de markt noch transactiekosten noch belastingen zijn, alle informatie beschikbaar is voor alle agenten op de markt en de kapitaalmarkt perfect efficiënt is. In een later werk van Modigliani en Miller beschrijven ze dat belastingen van invloed zijn op de vermogensstructuur.²¹ Hierbij veronderstellen zij de fiscaal ongelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen, waarbij de vergoeding over vreemd vermogen aftrekbaar is. Daaruit volgt dat het invoeren van een fiscaal discriminatoire belasting de financieringsbeslissing beïnvloedt. De Mooij concludeert dat eigen vermogen en vreemd vermogen dan ook geen perfecte substituten zijn.²²

Het aftrekbaar stellen van de rentekosten verlaagt de belastbare grondslag van een onderneming. De waarde die deze rentekosten besparen aan belasting is de *corporate tax shield*. Modigliani en Miller veronderstellen dat een onderneming deze optimaliseert om de waarde van de onderneming te maximaliseren. Graham toont in zijn onderzoek aan dat ondernemingen de *corporate tax shield* niet maximaliseren.²³ Ondernemingen maken een afweging tussen de contante waarden van de besparing van belasting en de kosten van de schuldfinanciering en het daarbij komende financiële risico. Dit is de *trade-off* theorie.²⁴

De *trade-off* theorie voorspelt dat ondernemingen met relatief veel activa en een hoog belastbare winst veelal met schuld gefinancierd zullen zijn zodat ze de *tax shield* kunnen gebruiken om de belastbare winst te drukken. Hiertegenover staat dat ondernemingen zonder winst en met relatief veel immateriële activa voornamelijk met eigen vermogen gefinancierd zullen zijn, omdat deze ondernemingen geen winst hebben om de rentekosten tegen af te zetten. De *trade-off* theorie leidt in beginsel tot een lagere schuldverhouding dan het theorema van

²⁰ F. Modigliani & M.H. Miller, *The cost of capital, corporate finance, and the theory of investment*, American Economic Review, Vol. 48, nr. 3, June 1958, p. 261-297.

²¹ F. Modigliani & M.H. Miller, *Corporate income taxes and the cost of capital: A correction*, The American Economic Review, June 1963.

²² R.A. de Mooij, *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 12.

²³ J.R. Graham, *How big are the tax benefits of debt?*, Journal of Finance, vol. 55, October 2000, p. 1901-1941.

²⁴ S.C. Myers, *Capital structure puzzle*, Journal of Finance, vol. 39, July 1984, p. 574-592.

Modigliani en Miller. In dit theorema wordt immers gesteld dat ondernemingen maximaal gebruik maken van schuldfinanciering. Uit empirisch onderzoek blijkt dat de *trade-off* theorie niet nauwkeurig is in het voorspellen van de schuldverhouding van ondernemingen. Zo blijkt uit een onderzoek dat de meest winstgevende ondernemingen het minst gebruik maken van schuldfinanciering, terwijl de *trade-off* theorie het tegenovergestelde voorspelt.²⁵

Een optimale vermogensstructuur wordt mede verstoord door het gegeven dat verschillende agenten verschillende belangen nastreven. Zo zal een manager van een onderneming andere belangen hebben dan een aandeelhouder van de onderneming. Dit wordt versterkt doordat een manager meer informatie heeft: informatie asymmetrie. Myers en Majluf tonen aan dat door informatie asymmetrie een investeerder een verkeerde waardering kan maken van de onderneming.²⁶ Indien de werkelijke waarde van de aandelen hoger is dan de prijs van de aandelen, zal door de aandelenemissie de waarde van de aandelen dalen. Door de waardedaling zullen de aandeelhouders verlies lijden. De manager van de onderneming zal dit willen voorkomen door te kiezen voor vreemd vermogen om de investering te financieren. Het gebruik van een aandelenemissie om een investering te financieren zal als laatste optie worden gebruikt. De volgorde van mogelijke opties die een manager heeft om investeringen te financieren wordt aangeduid als de *pecking order* theorie.²⁷ De *pecking order* theorie veronderstelt twee vormen van eigen vermogen: intern en extern. Intern eigen vermogen zijn de beschikbare reserves van de onderneming, de onderneming verkrijgt extern eigen vermogen door middel van een aandelenemissie. Voor een onderneming is het gebruik van intern eigen vermogen het minst kostbaar. Vervolgens stelt de theorie, zoals hierboven beschreven, dat een onderneming de voorkeur heeft voor schuldfinanciering ten opzichte van het aan trekken van extern eigen vermogen.

Rajan en Zingales concluderen op grond van een empirisch onderzoek dat de ratio vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen per onderneming verklaard kan worden door vier factoren.²⁸ De eerste factor is de grootte van de onderneming: grote ondernemingen hebben een hogere schuldverhouding. Een verklaring voor deze correlatie hebben Rajan en Zingales niet. Ten tweede hebben ondernemingen met relatief veel vaste materiele activa ten opzichte van de

²⁵ J.K. Wald, *How firm characteristics affect capital structure: An international comparison*, Journal of Financial Research 22, 1999, p. 161-187.

²⁶ S.C. Myers & N.S. Majluf, *Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have*, Journal of Financial Economics 13, p. 187-221.

²⁷ S.C. Myers, *The capital structure puzzle*, Journal of Finance, vol. 39, July 1984, p. 581.

²⁸ R.G. Rajan & L. Zingales, *What do we know about capital structure? Some evidence from international data*, Journal of Finance 50, December 1995, p. 1421-1460.

totale activa een hogere schuldverhouding. Een verklaring hiervoor is dat immateriële activa in beginsel specifieke productiemiddelen zijn voor een onderneming. Immateriële activa zijn niet eenvoudig toepasbaar in een andere onderneming, waardoor de liquidatiekosten van immateriële activa hoger is dan van materiele activa. Het risico op schuldig blijven van de financiering is groter indien de onderneming relatief veel immateriële activa bezit. Schuldeisers zullen een voorkeur hebben om vreemd vermogen te verstrekken aan een onderneming met veel materiele vaste activa.

Een derde factor is dat winstgevende ondernemingen een lagere verhouding vreemd vermogen tot het totale vermogen hebben. Deze constatering volgt ook uit de *pecking order* theorie. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat onderneming in eerste instantie zullen interen op de beschikbare reserves van de onderneming. Deze vorm van financieren is het voordeligst voor ondernemingen. Ten slotte hebben ondernemingen met een hoge marktwaarde ten opzichte van de boekwaarde²⁹ een lage schuldverhouding. De market-to-book value wordt gebruikt als een indicator voor groeimogelijkheden van de onderneming. Indien vermogensverschaffers verwachten dat een onderneming in de toekomst zal groeien, zal een voorkeur bestaan om met eigen vermogen te financieren. Hierdoor profiteren de vermogensverschaffers mee van de groeiontwikkeling van een onderneming.

De verhouding marktwaarde ten opzichte van de boekwaarde van de onderneming wordt door zowel aanhangers van de *pecking order* theorie als aanhangers van de *trade-off* theorie gebruikt als argument dat de theorieën uitkomen in de praktijk. Sympathisanten van de *trade-off* theorie interpreteren de ratio als een maatstaf voor mogelijkheden van groei. Van dergelijke ondernemingen wordt verondersteld dat ze relatief weinig schuldfinanciering gebruiken. Daartegenover staat dat voorstanders van de *pecking order* theorie de ratio interpreteren als een maatstaf van winstgevendheid. Winstgevende ondernemingen zullen volgens de theorie weinig gebruik maken van schuldfinanciering omdat deze ondernemingen veel winstreserves hebben, welke relatief voordeliger zijn om te gebruiken voor een investering.

2.3. Vermogenssoorten

Een onderneming heeft de keuze om zich te financieren met eigen vermogen of met vreemd vermogen. Beide financieringsvormen hebben specifieke kenmerken. Zowel de kapitaalverschaffer als de ontvanger van het kapitaal kan op grond van verschillende argumenten kiezen voor financiering met eigen vermogen dan wel met vreemd vermogen. Voor

²⁹ De *market-to-book value*.

zowel de kapitaalverschaffer als de kapitaalontvanger kunnen fiscale overwegingen een argument vormen voor de keuze om met eigen of met vreemd vermogen te financieren. Voor de kapitaalverschaffer kunnen tevens overwegingen omtrent de risicoverdeling van de investering en de termijn van investering van belang zijn. Indien kapitaalverschaffer wilt investeren in een onderneming met relatief veel immateriële activa, zal de kapitaalverschaffer eerder geneigd zijn om een geldlening te verstrekken.

Vreemd vermogen kenmerkt zich doordat in beginsel een terugbetalingsverplichting bestaat aan de kapitaalverschaffer. Ook zal periodiek een vergoeding, in de vorm van rente, moeten worden betaald voor het ter beschikking gestelde kapitaal. De hoogte van deze vergoeding is afhankelijk van verscheidene factoren. Eigen vermogen kent in beginsel geen terugbetalingsverplichting en de hoogte van de vergoeding over het kapitaal, dividend, is in beginsel afhankelijk van de prestaties van de onderneming.³⁰ Indien een onderneming geen middelen beschikbaar heeft om het dividend te betalen, zal geen dividend worden uitgekeerd.

Een van de voordelen voor schuldverschaffers is dat zij een voorrangpositie hebben ten opzichte van de aandeelhouders in geval van een faillissement. De rangorde van terugbetaling vindt plaats op wettelijke volgorde. Het is mogelijk dat bij faillissement onvoldoende middelen beschikbaar zijn om alle verschaffers van vreemd vermogen volledig terug te betalen. Aandeelhouders hebben daarentegen echter weer inspraak in de onderneming via de algemene vergadering van aandeelhouders.

Beide vermogenssoorten lijken eenvoudig te herkennen aan de hierboven genoemde kenmerken. Echter, hybride financieringen hebben kenmerken van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen. Doordat ieder fiscale jurisdictie soeverein is over haar eigen wetgeving kunnen interpretatie verschillen ontstaan tussen landen omtrent de kwalificatie van een vermogenssoort. Indien twee landen de geldverstrekking verschillend kwalificeren is er sprake van een hybride mismatchlening. Hybride mismatchleningen kunnen leiden tot dubbele belastingheffing indien de betaling van de vergoeding op het versterkte kapitaal niet aftrekbaar is bij het uitkerende lichaam, maar wel in de belastingheffing wordt betrokken bij het ontvangende lichaam. Hiertegenover staat dat dubbele non-heffing ook mogelijk is: de betaling is aftrekbaar bij de uitkerende onderneming en wordt vrijgesteld bij de ontvanger.

³⁰ Een uitzondering hierop is het cumulatief preferente aandeel, waar jaarlijks een vast percentage dividend wordt uitgekeerd aan de aandeelhouder, mits voldoende winst beschikbaar is.

Indien ondernemingen zich hiervan bewust zijn, kan gezocht worden naar een manier om de belastinggrondslag van de onderneming te verlagen, door gebruik te maken van een hybride mismatchlening. Een voorbeeld hiervan is een financiering welke in land A wordt aangemerkt als eigen vermogen en in land B als vreemd vermogen. In land B zijn de kosten over de financiering aftrekbaar als rentekosten, de opbrengsten van de financiering zijn in land A belast als dividend. In het geval van Nederland zal het dividend in beginsel zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Door gebruik te maken van een mismatch wordt een aftrekpost gecreëerd zonder dat de corresponderende baten in de belastingheffing worden betrokken.

Naast de internationale kwalificatieverschillen kan een geldverstrekking ook in nationaal verband als hybride lening worden aangemerkt. Dit is het geval indien de geldverstrekking kenmerken heeft van zowel eigen vermogen als van vreemd vermogen. Een voorbeeld hiervan is de converteerbare obligatielening. Dit houdt in dat sprake is van een obligatielening met een recht om de lening om te zetten in aandelen van de onderneming.³¹ Wie het recht bezit om de conversie toe te passen is afhankelijk van het type obligatie. Een obligatie is een schuldbewijs en wordt in beginsel aangemerkt als vreemd vermogen. Echter, indien de obligatie wordt geconverteerd in aandelen is sprake van eigen vermogen.³²

Naast verschillen in interpretatie van kenmerken bestaan bij internationaal opererende ondernemingen ook fiscale prikkels om de laagst effectieve belastingdruk op te zoeken. Een onderneming kan door middel van het alloceren van financieringen de belastinggrondslag eroderen. Een voorbeeld hiervan is het financieren van een acquisitie van een deelneming met vreemd vermogen indien de kopende onderneming is gevestigd in een land met een relatief hoog belastingtarief. De rentebetalingen van de moederonderneming worden hierdoor afgezet tegen een hoog belastingtarief. Anderzijds zal een moederonderneming, welke is gevestigd in een laag belast land, de acquisitie van een deelneming financieren met eigen vermogen.

Een ander manier waarop een multinationale onderneming de belastinggrondslag kan uithollen is door middel van het berekenen van een onzakelijk hoog, dan wel laag rentepercentage op leningen aan groepsmaatschappijen. Hiermee kan een onderneming kiezen om een hoog rentepercentage te berekenen aan ondernemingen die in een hoog belast land zijn gevestigd, zodat aldaar een aftrekpost wordt gecreëerd. De vraag is of ondernemingen hierin nog veel

³¹ Het is ook mogelijk dat de kapitaalverstrekker na de conversie aandelen verkrijgt van een dochteronderneming van de onderneming waaraan het kapitaal is verstrekt.

³² J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 19.

vrijheid hebben, gegeven dat gelieerde ondernemingen gehouden zijn te handelen onder zakelijke voorwaarden ex artikel 8b Wet VpB 1969. Artikel 8b Wet VpB 1969 schrijft voor dat de winst wordt gecorrigeerd naar zakelijke maatstaven indien sprake is van onzakelijk handelen.

2.4. Economische gevolgen van het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

Het fiscaal ongelijk behandelen van eigen vermogen en vreemd vermogen leidt tot het gegeven dat een onderneming op een investering met eigen vermogen een hoger marginaal rendement, ten opzichte van een investering met vreemd vermogen, moet behalen om indifferent te zijn tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De reden hiervoor is de mogelijkheid om rentekosten van de belastbare winst af te trekken. Indien wordt geïnvesteerd met eigen vermogen is het uitgekeerde dividend niet aftrekbaar van de winst. Indien de investering wordt gefinancierd met eigen vermogen zal het marginale rendement daarom hoger moeten zijn dan het marginale rendement op vreemd vermogen.

Een onderneming is indifferent tussen investeren met eigen vermogen en vreemd vermogen indien het verschil tussen de marginale rendementen van de vermogenssoorten gelijk is aan het belastingtarief vermenigvuldigd met de rentekosten.³³ Fiscale afschrijvingen en eventuele investeringsaftrekken kunnen de marginale effectieve belastingdruk op de investering zelfs negatief maken. Feitelijk subsidieert de overheid schuld gefinancierde investeringen.

De fiscale discriminatie heeft invloed op de financieringsbeslissing van de onderneming, waardoor meer met vreemd vermogen wordt gefinancierd dan op bedrijfseconomische gronden optimaal zou zijn. Door vreemd vermogen aan te trekken kan de onderneming haar belastinggrondslag verlagen.

De keuze van de onderneming brengt welvaartskosten met zich. Economie draait om de optimale allocatie van schaarse goederen welke tot stand komt via marktwerking. De marktwerking kan echter worden verstoord door belastingen.³⁴ Of de welvaartskosten leiden

³³ R.A. de Mooij, *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 12-13.

³⁴ J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 23.

tot welvaartsverlies is afhankelijk van de opbrengsten van de belastingheffing en van de effecten, zowel positief als negatief, van de belastingmaatregel op de economie.³⁵

Een onderneming met een hoog financieringsverhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen is kwetsbaar voor faillissement. Dit komt doordat rente periodiek moeten worden betaald, ook in financieel slechte tijden. Daarnaast is het gebruikelijk dat de rente afhankelijk is van de financiële positie van de onderneming. De hoogte van de rente zal dan mede worden bepaald door kredietbeoordelaars of interbancaire rentetarieven.³⁶ Een onderneming kan een dividenduitkering uitstellen wanneer de onderneming in een financieel slechte positie verkeert. De onderneming kan de liquide middelen gebruiken voor het drijven van de onderneming, in plaats van het uitkeren van dividend. Dit heeft als gevolg dat een onderneming met veel vreemd vermogen gevoeliger is voor faillissement.

De fiscaal ongelijke behandeling heeft naast micro-economische gevolgen ook gevolgen voor de macro-economie. De fiscale discriminatie stimuleert ondernemingen tot winstinhouding indien de belastingdruk op een winstuitdeling hoger is dan de belastingdruk op de gereserveerde winst van een onderneming. Het fiscaal stimuleren van winstinhouding bij ondernemingen is per definitie een verstoring op de kapitaalmarkt, omdat kapitaal niet wordt ingezet daar waar het bruto rendement op de investering het hoogst is.³⁷ Door de fiscale stimulans wordt niet naar de bruto opbrengsten gekeken maar naar de netto opbrengsten.

Het macro-economische gevolg hiervan is dat de aandeelhouders van de onderneming op een later tijdstip het rendement ontvangen op het verschaft kapitaal. Hierdoor is er minder kapitaal beschikbaar op de markt en dalen de totale investeringen in de economie en dat leidt tot minder kapitaalaccumulatie. Dit gaat voornamelijk ten koste van startende ondernemingen. Het financieren van startende ondernemingen kan meer risico met zich meebrengen doordat het risico op schuldig blijven van een geldlening groter is dan bij een grote gevestigde onderneming. Daarnaast bezit een startende onderneming relatief weinig vaste materiele activa welke bij liquidatie kan worden gebruikt om de schuldeisers terug te betalen. De

³⁵ J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 24.

³⁶ Voorbeelden hiervan zijn EURIBOR en LIBOR.

³⁷ J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 26.

financieringsbeslissing van ondernemingen leidt tot imperfecties van de allocatie van het kapitaal, wat schadelijk is voor de economie.³⁸

Het aftrekbaar stellen van rentekosten heeft voor de overheid als gevolg dat de belastingopbrengsten lager zijn vergeleken met een belastingstelsel waarbij rente niet aftrekbaar is, ceteris paribus. De overheid zal het verlies aan belastinginkomsten op andere punten moeten compenseren om gelijke belastingopbrengsten te genereren. Dit zal leiden tot verstoringen op andere plaatsen in de economie. Indien de overheid accepteert dat de belastingopbrengsten lager zullen zijn, kan de overheid minder uitgeven, wat mogelijk gevolgen heeft voor de economie.

2.5. Economische redenen ter behoud van de fiscale discriminatie van eigen en vreemd vermogen

De fiscale discriminatie heeft gevolgen voor de financieringsbeslissing van ondernemingen. Echter, fiscale discriminatie tussen eigen vermogen en vreemd vermogen kan gewenst zijn indien het motief hiervoor is het corrigeren van imperfecties van de markt. Ook kan het fiscale onderscheid worden gerechtvaardigd indien de overheid inkomen van aandeelhouders wil herverdelen naar andere delen van de economie.

Leland en Pyle tonen in een onderzoek aan dat verschillende ondernemers te identificeren zijn door specifieke kenmerken.³⁹ Zo zal een risicomijdende ondernemer zijn aandelenbelang willen behouden indien het te verwachte rendement op de onderneming hoog is. Uit het gedrag van de ondernemer kan worden afgeleid wat de ondernemer verwacht aan rendement te behalen. Dit is voor investeerders belangrijke informatie.

Simon⁴⁰ gebruikt de conclusies van Leland en Pyle voor een mogelijke verklaring waarom de overheid fiscaal onderscheid maakt tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Het onderzoek van Simon veronderstelt dat eigen vermogen en vreemd vermogen verschillende overschotten genereren voor de ondernemer. Zowel eigen vermogen als vreemd vermogen genereren opbrengsten voor een onderneming, echter eigen vermogen biedt ook een vorm van zekerheid voor de ondernemer. Indien de overheid dit extra surplus wil belasten, kan de

³⁸ R.A. de Mooij, *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 12.

³⁹ H. Leland & D. Pyle, *Information asymmetries, financial structure, and financial intermediation*, *Journal of Finance* 32 1977, p. 371-388.

⁴⁰ J. Simon, *Optimal debt bias in corporate income taxation*, *MWP 2012/13 Max Weber Programme*, working paper, 2013.

overheid gebruik maken van de intrinsieke kenmerken van verschillende ondernemers. Deze overweging kan de overheid gebruiken om de aftrek van rente te rechtvaardigen, want financieringen met eigen vermogen worden impliciet aan belasting onderworpen. De overheid kan deze belasting gebruiken om geld te herverdelen van de ondernemer naar de rest van de economie. Simon concludeert hieruit dat het optimaal kan zijn om eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal verschillend te behandelen.

Het impliciet belasten van eigen vermogen, door de kosten van vreemd vermogen toe te staan voor aftrek, kan optimaal zijn indien eigen vermogen immobiel is ten opzichte van vreemd vermogen. Hierdoor is het voor de verschaffers van eigen vermogen lastig om de belasting te ontwijken en kan de overheid relatief eenvoudig belasting heffen. Voorwaarde voor deze hypothese is dat vreemd vermogen mobieler is dan eigen vermogen. De Mooij redeneert dat deze voorwaarde een gevolg is van informatie asymmetrie. Investeerders zullen geneigd zijn om in grensoverschrijdende situaties vreemd vermogen te verstrekken, omdat ze ervan uitgaan dat ze een informatie achterstand hebben ten opzichte van lokale investeerders. Het verstrekken van vreemd vermogen is minder risicovol ten opzichte van het kopen van aandelen vanwege de positie bij een liquidatie uitkering.⁴¹ Vreemd vermogen kan internationaal mobieler zijn dan eigen vermogen waardoor het lastiger is te belasten. De Mooij geeft aan dat dit gegeven niet solide genoeg is om als argument te fungeren voor fiscale discriminatie.

2.6. Conclusie

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond is: *Is een gelijke(re) fiscale behandeling van de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen wenselijk?*

In de literatuur is een aantal theorieën de revue gepasseerd die definiëren hoe een onderneming haar vermogensstructuur bepaalt. De *trade-off* theorie stelt dat een onderneming een afweging maakt tussen de opbrengsten van het aantrekken van vreemd vermogen en de kosten hiervan. De opbrengst is de *tax shield*, de bevoordeling die de onderneming krijgt doordat betaalde rentekosten aftrekbaar zijn van de winst. De kosten van het aantrekken van vreemd vermogen zijn, naast de kosten van de schuldfinanciering, kosten van het financiële risico dat de onderneming lijdt. Een andere theorie is de *pecking order* theorie, welke stelt dat een onderneming ten eerste eigen reserves zal gebruiken voor een investering. Indien dit niet

⁴¹ R.A. de Mooij, *Tax biases to debt finance: Assessing the problem, finding solutions*, Working Paper, 3 Mei 2011, blz. 12.

beschikbaar is, zal de onderneming kiezen voor vreemd vermogen. Als laatste middel zal een onderneming eigen vermogen aantrekken door middel van een aandelenemissie.

In dit hoofdstuk is geconstateerd dat, ondanks beide vermogenssoorten eigen specifieke kenmerken bezitten, ruimte bestaat voor interpretatieverschillen. Deze verschillen kunnen zowel op nationaal niveau, hybride geldlening, als op internationaal niveau ontstaan. Indien twee fiscale jurisdicties de geldverstrekking verschillend kwalificeren, is sprake van een hybride mismatchlening. Internationale ondernemingen kunnen hier, al dan niet doelbewust, een aftrekpost creëren zonder dat de corresponderende baten in de belastingheffing worden betrokken. Echter, hybride mismatchlening kan ook leiden tot dubbele belastingheffing.

De gevolgen van de fiscale discriminatie van beide vermogenssoorten leiden zowel tot micro-economische als tot macro-economische verstoringen. Zo zal een onderneming door de *tax shield* zich meer financieren met schuld dan bedrijfseconomisch optimaal is. Hierdoor is er geen optimale allocatie van kapitaal, wat schadelijk is voor de economie. Ook is een onderneming, welke overmatig met schuld is gefinancierd, gevoeliger voor een faillissement.

Het fiscale verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd als hierdoor imperfecties op de kapitaalmarkt worden gecorrigeerd. Een andere rechtvaardiging is indien de overheid inkomen wil herverdelen van aandelenbezitters naar de rest van de economie. Het impliciet zwaarder belasten van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen kan ook worden gerechtvaardigd indien vreemd vermogen mobieler is en dus moeilijker te belasten. Deze argumenten wegen mijns inziens niet op tegen de nadelen van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. Het is wenselijker om een fiscaal meer evenwichtigere behandeling tussen eigen en vreemd vermogen te realiseren.

In het volgende hoofdstuk zal worden gekeken hoe de renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting ervoor zorgen dat eigen vermogen en vreemd vermogen meer evenwichtig worden behandeld.

3. Huidig stelsel van renteaftrekbeperkingen

3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is geconstateerd dat er argumenten zijn voor een verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Het merendeel van de argumenten pleit echter voor een gelijke fiscale behandeling van beide vermogenssoorten bij de schuldenaar. Eigen vermogen is kapitaal verstrekt door de aandeelhouders, waarbij dividend wordt aangemerkt als de winstverdeling. Deze uitdeling is voor de onderneming niet aftrekbaar van de winst. Daarentegen wordt de vergoeding voor vreemd vermogen aangemerkt als een kostenpost voor de onderneming en is aftrekbaar van de winst. Dit fiscale onderscheid stimuleert ondernemingen om fiscaal eigen vermogen om te vormen tot vreemd vermogen om renteaftrek te creëren met als doel om de fiscale winst te drukken. Verschuldigde rente is als kostenpost in beginsel aftrekbaar voor de winstbepaling. Echter, hierop is in de Wet VpB 1969 een aantal uitzonderingen aangebracht.

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: *Zorgt het stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 voor een voldoende evenwichtige fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen?*

In dit hoofdstuk wordt het huidige stelsel in drie categorieën verdeeld.⁴² In paragraaf 3.2 worden de totaalwinstbewakers besproken. Deze regelingen bewaken de grens tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen zodat de fiscale prikkel wordt ontnomen om vreemd vermogen te verstrekken welke feitelijk functioneert als eigen vermogen. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3.3 de grondslagbewakers welke de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag bestrijden. Het betreft wetgeving tegen geknutselde rechtshandelingen waarbij eigen vermogen wordt omgevormd tot vreemd vermogen, zonder materiele betekenis voor het concern. In paragraaf 3.4 bespreek ik de systeembewaker van de deelnemingsvrijstelling: de deelnemingsrente. De systeembewaker beschermt de Nederlandse heffingsgrondslag tegen uitholling als gevolg van de onvolledigheid van de deelnemingsvrijstelling. De onvolledigheid bestaat als gevolg van de vrijstelling voor deelnemingsopbrengsten, terwijl financieringskosten bij de belastingplichtige in beginsel aftrekbaar zijn. De deelnemingsrente corrigeert het systeem van de deelnemingsvrijstelling door de rente niet in aftrek toe te staan. In paragraaf 3.5 wordt

⁴² Deze categorisering is ontleend aan het proefschrift van J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 512. Zie ook J. van Strien, *De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, TFO 2013/128.3.

de samenhang binnen het stelsel van renteaftrekbepalingen besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

Bij de bespreking van een categorie renteaftrekbepalingen zal ik eerst beknopt de werking van elke bepaling toelichten. Daarna wordt de bepaling stapsgewijs getoetst aan de hand van het in het eerste hoofdstuk besproken toetsingskader. Ik beperk mij bij de bespreking van de regelingen tot de essentie ervan en ga niet in op de technische detailleringen.

3.2. Totaalwinstbewakers

3.2.1. Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de totaalwinstbewakers. Hiertoe behoren de herkwalficatiejurisprudentie, artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 en artikel 10b Wet VpB 1969. Artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 is een identieke codificatie van de gewezen jurisprudentie. Artikel 10b Wet VpB 1969 is een afgeleide van de deelnemerschapslening.

3.2.2. Algemene beschouwing

In beginsel is de civielrechtelijke vorm van de geldlening leidend voor de fiscale gevolgen. De deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemlozeputlening zijn drie vormen waar de Hoge Raad afwijkt van de hoofdregel en de geldlening fiscaal herkwalficeert tot eigen vermogen.⁴³ Voor de schijnlening is vereist dat beide contractsluitende partijen een kapitaalverstrekking overeen willen komen maar feitelijk een geldlening zijn overeengekomen.⁴⁴ Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. Een schijnlening is moeilijk objectief te bepalen. Immers, hiervoor dient gekeken te worden naar de wil van beide contractsluitende partijen.

Van een bodemlozeputlening is sprake indien een crediteur in zijn hoedanigheid als aandeelhouder een geldlening heeft verstrekt waarvan reeds aanstonds duidelijk is dat deze vordering geheel, dan wel gedeeltelijk, geen waarde toekomt. Doordat de vordering (gedeeltelijk) niet kan worden terugbetaald aan de aandeelhouder, heeft dit gedeelte van de vordering het vermogen van de aandeelhouder blijvend verlaten.⁴⁵ Het criterium *reeds*

⁴³ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

⁴⁴ HR 3 november 1954, BNB 1954/357 en HR 24 juni 1964, BNB 1964/196.

⁴⁵ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 r.o. 4.4.

aanstonds duidelijk is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden waaronder de lening is verstrekt.

De deelnemerschapslening is een geldlening welke is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser vanwege het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel neemt in de onderneming van de schuldenaar.⁴⁶ Hiervan is sprake indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft, doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.⁴⁷

In BNB 2001/364 herhaalt de Hoge Raad dat drie uitzonderingen bestaan op de regel dat voor een geldlening in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen.⁴⁸ Een eventuele vierde uitzondering wordt in dit arrest uitgesloten door de Hoge Raad. Het hoogste rechtscollege zal ‘om’ moeten gaan in geval dat hij een vierde variant aanwezig acht van een civielrechtelijke geldlening welke feitelijk fungeert als fiscaal eigen vermogen.

Per 1 januari 2002 heeft de wetgever een codificatie van bovenstaande jurisprudentie in de wet in artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 opgenomen.⁴⁹ Door middel van de codificatie tracht de wetgever een nadere invulling te geven aan de criteria zoals in de jurisprudentie is uiteengezet. De staatssecretaris heeft in de Memorie van Toelichting aangegeven dat hij geen budgettaire opbrengsten verwacht, omdat het karakter van de bepaling preventief en anti-misbruik is.⁵⁰ Per 2007 wordt teruggevallen op de criteria van hybride geldleningen van de gewezen jurisprudentie omtrent de deelnemerschapslening.

Tevens is met de invoering van wet ‘Werken aan winst’ het huidige artikel 10b Wet VpB 1969 in werking getreden.⁵¹ De bepaling heeft overeenkomsten met de deelnemerschapslening, echter is artikel 10b Wet VpB 1969 ruimer geformuleerd door de wetgever, waardoor eerder wordt toegekomen aan een aftrekbeperking. Artikel 10b Wet VpB 1969 is opgenomen om de renteaftrek op een geldlening - welke niet op grond van de jurisprudentie kwalificeert als eigen vermogen - toch in aftrek te weigeren.

⁴⁶ HR 11 maart 1998, BNB 1998/208c* *deelnemerschapslening*.

⁴⁷ HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 r.o. 3.3.

⁴⁸ HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364, r.o. 3.4.

⁴⁹ Stb. 2001, 641.

⁵⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 25.

⁵¹ Stb. 2006, 631.

Artikel 10b Wet VpB 1969 is al van toepassing indien de looptijd van geldlening 10 jaar overschrijdt. Daarnaast hoeft geen sprake te zijn van een deelnemingsverband, maar is het mogelijk om aan elke gelieerde partij ex artikel 8b een artikel 10b-lening te verstrekken. De rente hoeft niet winstafhankelijk te zijn. Voor artikel 10b Wet VpB 1969 is voldoende dat sprake is van een afwijking in belangrijke mate van hetgeen onafhankelijke partijen overeen zouden komen. De term ‘in belangrijke mate’ betekent in fiscale context 30% of meer.⁵²

Het doel van deze bepaling is om te voorkomen dat de rentelast op een artikel 10b-lening bij de Nederlandse debiteur aftrekbaar is van de winst, terwijl de buitenlandse crediteur over de rentebate niet wordt belast. Dergelijke internationale mismatches zijn volgens de wetgever ‘evident aanwezig’ en ontstaan indien twee landen de geldlening fiscaal verschillend behandelen.⁵³

In de situatie waarin de contractpartijen geen rentevergoeding zijn overeengekomen zal een fictieve rente in aanmerking moeten worden genomen. Dit is op grond van het ‘at arm’s length’ beginsel van artikel 8b Wet VpB 1969. Hierin is bepaald dat gelieerde partijen zakelijk moeten handelen. Indien partijen voorwaarden zijn overeengekomen welke afwijken van wat onafhankelijke partijen in het economische verkeer met elkaar overeen zouden zijn gekomen wordt de winst van deze partijen gecorrigeerd alsof de partijen laatstgenoemde voorwaarden overeen zouden zijn gekomen. Bij de debiteur is op grond van artikel 10b Wet VpB 1969 de fictieve rente niet aftrekbaar, terwijl de crediteur wordt belast voor de fictief in aanmerking te nemen rente.

Indien een geldlening wordt aangemerkt als een hybride geldlening functioneert de geldlening feitelijk als eigen vermogen. Het primaire gevolg van het aanmerken van een geldverstrekking als een hybride geldlening is dat de rentebetalingen niet aftrekbaar zijn van de winst. Tevens is dividendbelasting verschuldigd op de vergoeding van een hybride geldlening op grond van artikel 3, lid 1, onderdeel f Wet op de dividendbelasting. De rentebaten zijn bij het ontvangende lichaam in beginsel belast, maar zullen veelal onder de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld zijn van belastingheffing.

3.2.3. Effectiviteit

Met de herkwalificatiejurisprudentie heeft de Hoge Raad civielrechtelijke geldleningen, die materieel evenwel gelijk zijn aan eigen vermogen, fiscaal gekwalificeerd als eigen vermogen.

⁵² J.A.G. van Es, *Fiscale hoegrootheden*, WFR 2011/1069.

⁵³ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 50.

Hierdoor wordt de vergoeding op de kapitaalverstrekking van aftrek uitgesloten en is de bate bij de crediteur in beginsel onbelast door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

De Hoge Raad heeft gekozen voor een algemene rechtsregel, namelijk de civielrechtelijke vormgeving van de geldlening is beslissend, tenzij één van de drie uitzonderingen zich voordoet. Deze generieke rechtsregeling kan worden toegepast op elke casus. De feiten en omstandigheden van het verstrekken van de geldlening en de voorwaarden hiervan zullen bepalend zijn voor de vraag of fiscaal ook sprake is van een geldlening. Doordat per casus wordt bekeken hoe de geldlening kwalificeert zal weinig sprake zijn van overkill: een geldlening welke niet functioneert als eigen vermogen zal niet worden geherkwalificeerd.

Wat betreft de schijnlening zal de inspecteur de wil en de intentie van beide contractpartijen aannemelijk moeten maken. Het spreekt voor zich dat dit een lastige exercitie is. Hierdoor is het aannemelijk dat niet alle geldleningen met de kenmerken van een schijnlening daadwerkelijk kwalificeren als fiscaal eigen vermogen. Daarnaast verschilt de schijnlening vermoedelijk hoegenaamd niet van de deelnemerschapslening. Immers, indien aan de voorwaarden van een deelnemerschapslening wordt voldaan kan ook gesteld worden dat sprake is van een schijnlening. Dit komt doordat geen of een winstafhankelijke vergoeding is afgesproken, de geldlening is achtergesteld bij andere schuldeisers en geen vaste looptijd is afgesproken. Immers, het betreft een verstrekking van kapitaal welke door beide partijen op voorhand wordt aangemerkt als eigen vermogen. Voor de deelnemerschapslening is tevens vereist dat de crediteur vermogen verstrekt waarna kan worden gesteld dat de crediteur deelneemt in de debiteur.

Wat betreft de bodemlozeputlening dienen de feitelijke omstandigheden van de geldverstrekking te worden getoetst aan de algemene rechtsregel van de Hoge Raad. Indien reeds aanstonds duidelijk is dat het kapitaal de belastingplichtige blijvend heeft verlaten, kwalificeert de geldlening als eigen vermogen. Hierdoor is de kans op het onterecht kwalificeren van een geldverstrekking als bodemlozeputlening gering. Dit gaat echter wel ten koste van de rechtszekerheid van de belastingplichtige. De aftrek van rente wordt alleen geweigerd indien een geldlening wordt verstrekt welke feitelijk fungeert als eigen vermogen.

De cumulatieve criteria van een deelnemerschapslening zijn objectief te bepalen. Een deelnemerschapslening kan worden gebruikt om een hybride mismatchlening te creëren indien de debiteur in een land is gevestigd waar de vergoeding over de deelnemerschapslening in aftrek wordt toegestaan. De corresponderende baten worden bij de Nederlandse crediteur niet in de

heffing getrokken in het geval dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is omdat deze baten worden aangemerkt als dividendinkomsten. Dit speelt fiscale planning in grensoverschrijdende situaties in de hand. In binnenlandse situaties zal een dergelijke mismatch fiscaal weinig waarde toekomen aangezien de vergoeding over de kapitaalverstrekking niet aftrekbaar is en de corresponderende baten niet in de heffing worden betrokken, mits de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De heldere criteria van de deelnemerschapslening bieden de belastingplichtige rechtszekerheid.

De fiscale stimulans om eigen vermogen te verstrekken in een civielrechtelijke vorm van een geldlening zodat rentebetalingen aftrekbaar zijn, daalt door de gewezen jurisprudentie. De keuze van de Hoge Raad om materieel te toetsen of een formeel civielrechtelijke geldlening materiele kenmerken bevat van een geldlening is mijns inziens een juiste toetsing. Dit zorgt immers voor het feit dat de betaling op – materieel - eigen vermogen niet meer aftrekbaar is.

Echter, de vraag rijst of de Hoge Raad, door middel van BNB 1988/217 een helder en correct stelsel heeft geweest. Mijns inziens is het uitgangspunt van de Hoge Raad - civielrechtelijk vormgeving is leidend tenzij sprake is van een uitzondering - juist. Immers, zonder de gewezen jurisprudentie is het voor belastingplichtige mogelijk om formeel vreemd vermogen te verstrekken, welke materieel functioneert als eigen vermogen, waardoor een aftrekpost wordt gecreëerd bij de debiteur. De herkwalificatie van civielrechtelijke geldleningen naar fiscaal eigen vermogen vermindert de stimulans voor een onderneming om vreemd vermogen te verstrekken welke materieel fungeert als eigen vermogen. Het gevolg is dat oneigenlijk gebruik van de mogelijkheid om rentebetalingen af te trekken van het belastbaar inkomen effectief wordt bestreden. Als gevolg hiervan wordt vreemd vermogen meer evenwichtig behandeld aan eigen vermogen.

Wat betreft artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 rijst de vraag of deze bepaling nog relevant is na het vervallen van de wettelijke invulling van de hybride geldlening. Dit vanwege het gegeven dat voor de invulling van artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 wordt teruggevallen op de criteria zoals deze zijn ontwikkeld in de jurisprudentie.⁵⁴ Het argument van de staatssecretaris voor het aanhouden van de eerste volzin van artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 is het voorkomen dat belastingplichtigen de conclusie zouden trekken dat een rentebetaling op een hybride geldleningen weer aftrekbaar is als het gevolg van het schrappen

⁵⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 19.

van de gehele wettelijke bepaling.⁵⁵ Dit is mijns inziens onjuist. De herkwalficatiejurisprudentie en artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 zijn identieke rechtsregels. Het intrekken van de wetgeving heeft geen gevolgen omdat de rechtspraak tot het zelfde resultaat leidt. Artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 is mijns inziens een dode letter.

In nationale situaties leidt artikel 10b Wet VpB 1969 in beginsel tot economisch dubbele belastingheffing omdat de rente in aftrek wordt beperkt bij de debiteur, terwijl de rentebaten bij de crediteur gewoonlijk worden belast. De wetgever weert dit probleem af door belastingplichtigen te wijzen op het regime van de fiscale eenheid.⁵⁶ Met dit regime wordt belasting geheven alsof er één belastingplichtige is. Voor situaties waarin geen gebruik wordt gemaakt van het regime van de fiscale eenheid, dan wel niet geopteerd kan worden voor een fiscale eenheid, geeft de wetgever aan dat door middel van de hardheidsclausule een oplossing wordt geboden.⁵⁷ De goedkeuring van de staatssecretaris geldt alleen voor op 1 januari 2007 bestaande geldleningen. Gelet op de beperkte relevantie van deze tegemoetkoming zal deze verder niet worden besproken.

Het doel van artikel 10b Wet VpB 1969 is zowel om internationale mismatches op te lossen ter voorkoming dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold als de belastingplichtige de prikkel te ontnemen om geldleningen te verstrekken onder onzakelijke voorwaarden aan gelieerde partijen. Het resultaat is dat artikel 10b Wet VpB 1969 veel overkill bevat, omdat niet in alle situaties sprake is van misbruik waardoor de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold. De beperking geldt ongeacht het gegeven of de rentebaten bij de crediteur worden belast, dan wel naar Nederlandse maatstaven voldoende worden belast.

De wetgever heeft geen tegenbewijsregeling opgenomen voor de gevallen waarin de rentebate bij de crediteur wordt belast. De reden hiervoor is dat de wetgever niet aan symptoombestrijding heeft willen doen: debiteur en crediteur kunnen immers zelf een zakelijke rente overeenkomen, waardoor een renteaftrekbeperking op grond van artikel 10b Wet VpB 1969 wordt voorkomen.⁵⁸ Dit geldt tevens ook voor de hybride geldleningen. Een tegenbewijsregeling is geen oplossing voor het bestrijden van het fiscale verschil in behandeling van de vergoeding op

⁵⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 4, blz. 14.

⁵⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 84.

⁵⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 84 en Kamerstukken II 2002/03, 28 487, nr. 7, blz. 25. Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2007, nr. BCPP2007-00826.

⁵⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 84.

eigen vermogen en vreemd vermogen, maar draagt mijns inziens wel bij aan het bestrijden van misbruiksituaties. Het ontbreken van een tegenbewijsregeling voor de belastingplichtige suggereert immers dat in alle gevallen sprake is van oneigenlijk gebruik met als gevolg dat economisch dubbele belastingheffing onvermijdelijk is.⁵⁹

Daarnaast kan artikel 10b Wet VpB 1969 in nationale situaties overbodig worden geacht doordat artikel 8b Wet VpB 1969 – als gevolg van de onzakelijk lage rente – de winst corrigeert bij zowel de debiteur als de crediteur alsof de geldlening onder zakelijke voorwaarden tot stand is gekomen.⁶⁰ In een grensoverschrijdende situatie kan niet worden verondersteld dat het land van de crediteur een vergelijkbare bepaling als correctiemechanisme hanteert waardoor een corresponderende correctie wordt aangebracht. Hierdoor is het mogelijk dat een Nederlandse debiteur de gecorrigeerde rente niet in aftrek mag brengen, terwijl een in het buitenland gevestigde crediteur wel wordt belast over de daadwerkelijk betaalde rente.

De bepaling heeft geen toepassing indien de geldlening is aangegaan onder zakelijke voorwaarden. De wetgever poogt hiermee de prikkel van de belastingplichtige te ontnemen om in gelieerde verhoudingen onzakelijke geldleningen te verstrekken met als doel het alloceren van de belastingheffing. Een voorbeeld hiervan is het verstrekken van een geldlening met onzakelijk lage rente indien de rentebaten zwaarder worden belast dan de rentelasten in aftrek kunnen worden gebracht. Mijns inziens is dit een nobel streven van de wetgever, echter lijkt artikel 10b Wet VpB 1969 met hagel te schieten. Beoogde misbruiksituaties worden bestreden, echter gaat de bepaling verder dan nodig is: in alle gevallen wordt misbruik verondersteld.

3.2.4. Internationaal belastingrecht

Voor het internationaal belastingrecht rijst de vraag of de vergoeding op een hybride geldlening als dividend of als interest kwalificeert voor het OESO-modelverdrag. De relevantie van deze vraag betreft óf Nederland bronbelasting mag inhouden op grond van het OESO-modelverdrag, Nederland heft immers geen bronbelasting over betaalde rente. In beginsel worden passieve inkomsten belast in de verdragsstaat waar de crediteur gevestigd is. De bronstaat mag belasting inhouden over de betaalde vergoedingen. De hoogte van de inhouding verschilt per passieve inkomensbron.

⁵⁹ F.J. Elswaier & J.A.G. van der Geld, *Renteaftrekbeperingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!*, TFO 2012/120.1.

⁶⁰ Redactie V-N 2006/30.3, blz. 66, aantekening Vakstudie Nieuws bij Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.

Dividend en interest worden nader omschreven in het derde lid van respectievelijk de artikelen 10 en 11 van het OESO-modelverdrag. Ten eerste wordt dividend in artikel 10, lid 3 OESO-modelverdrag omschreven als *inkomsten uit aandelen*. Vervolgens dient naar nationaal recht te worden gekeken voor een nadere invulling van deze omschrijving. Een concrete definitie is niet opgenomen in het OESO-modelverdrag.⁶¹

Daarnaast is dividend ook inkomsten uit andere rechten op een aandeel in de winst. Ook biedt artikel 10, lid 3, OESO-modelverdrag ruimte aan verdragspartijen om rentebetalingen op een hybride geldlening aan te merken als dividend. Immers, in het derde lid wordt mede onder dividend verstaan ‘inkomsten uit vennootschappelijke rechten welke door de wetgeving van de staat waarvan het lichaam dat de uitdeling doet inwoner is op dezelfde wijze aan belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen’.

Op grond van de Nederlandse jurisprudentie wordt de rentebetaling op een hybride geldlening aangemerkt als eigen vermogen en derhalve van aftrek uitgesloten. Hieruit volgt dat betaalde vergoedingen worden aangemerkt als dividend voor de nationale wet. Deze nationale kwalificatie werkt door in het OESO-modelverdrag op grond van artikel 10, lid 3, OESO-modelverdrag. De rentebetaling op een hybride geldlening wordt fiscaal op één en dezelfde wijze behandeld als dividend. Daarnaast maakt de herkwalificatiejurisprudentie geen onderscheid op grond van discriminatoire gronden zoals inwonerschap.

Als gevolg van toepassing van artikel 10b Wet VpB 1969 is de (fictieve) rentelast niet aftrekbaar voor de debiteur, maar blijft fiscaal sprake van een geldlening. Het niet-aftrekbaar stellen van de overeengekomen rentelast is geen inbreuk op het OESO-modelverdrag, tenzij dit gebeurt op discriminatoire gronden. Over de fictief betaalde vergoeding kan Nederland, op grond van het fictief rente-arrest, geen bronbelasting inhouden, omdat het fictief inkomen niet als interest kan worden aangemerkt.⁶² Echter, Nederland houdt geen bronbelasting in over de (fictief) betaalde interest.

Wat betreft de zakelijkheid van de rentevergoeding op een geldlening dient te worden vermeld dat artikel 9 van het OESO-modelverdrag vereist dat belastingplichtigen at-arms-length dienen te handelen. Indien een belastingplichtige een geldlening met onzakelijke voorwaarden heeft, zal op grond van artikel 8b Wet VpB 1969 de winst worden gecorrigeerd naar zakelijke

⁶¹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2013, hoofdstuk 3.4.4., blz. 226.

⁶² HR 18 juni 2004, nr. 39 385, BNB 2004/314.

maatstaven. Deze correctie in de Nederlandse wet komt overeen met artikel 9 van het OESO-modelverdrag. De correctie van de rente van een artikel 10b-geldlening vormt mijns inziens geen inbreuk op het OESO-modelverdrag.

3.2.5. EU-belastingrecht

Als gevolg van de herkwalificatie van het vermogen wordt de vergoeding op een hybride geldlening aangemerkt als dividend. In beginsel is dividendbelasting, op grond van artikel 3, lid 1, onderdeel f Wet DB, verschuldigd indien de debiteur deze vergoeding betaalt aan de crediteur. Echter, deze inhouding van dividendbelasting mag achterwege blijven indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Doordat Nederland feitelijk geen dividendbelasting inhoudt in situaties waarop de Moeder-dochterrichtlijn⁶³ van toepassing is, is de hybride geldlening verenigbaar met het EU-belastingrecht.

Artikel 10b Wet VpB 1969 daarentegen sluit de aftrek van rente uit, maar de geldlening blijft voor fiscale doeleinden een geldlening. De vraag rijst of het uitsluiten van de renteaftrek geen impliciete belastingheffing is over betaalde rente. Immers, als gevolg van de weigering van de renteaftrek dient belastingplichtige een hoger bedrag aan belasting te betalen. Deze vraag stond centraal in de zaak Scheuten Solar Technology.⁶⁴ In deze zaak is door het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de Interest- en royaltyrichtlijn⁶⁵ lidstaten niet in de weg staat om een bepaling op te nemen welke de rente in aftrek beperkt. De bepaling is verenigbaar met het EU-belastingrecht. Indien bij een belastingplichtige de rente in aftrek wordt beperkt kan geen sprake zijn van staatssteun. De belastingplichtige wordt immers niet bevoordeeld door de overheid.

3.2.6. Uitvoerbaarheid

De hybride geldlening is lastig toepasbaar omdat de algemene rechtsregel van de Hoge Raad moet worden toegepast op een specifieke casus. De algemene rechtsregel bevat weinig objectieve criteria waaraan getoetst moet worden. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor de belastingplichtige. Echter, een belastingplichtige die geld verstrekt onder dusdanige voorwaarden waardoor getwijfeld kan worden of de formeel civielrechtelijke vorm overeenkomt met de materiele doelstelling zal doelbewust de fiscale grenzen willen opzoeken om een renteaftrekpost te creëren. Het is mijns inziens begrijpelijk dat het hoogste rechtsorgaan van Nederland deze belastingplichtigen geen rechtszekerheid wil verstrekken. Het betreft situaties waarin vreemd vermogen wordt verstrekt welke feitelijk functioneert als eigen

⁶³ Richtlijn 2011/96/EU.

⁶⁴ HvJ EU, 21 juli 2011, nr. C-397/09 (Scheuten Solar Technology).

⁶⁵ Richtlijn 2003/49/EG.

vermogen met als doel – behalve het verstrekken van het vermogen - de rentelast af te trekken van de winst.

Ook voor de belastingdienst is het niet eenvoudig de herkwalificatiejurisprudentie te handhaven. Of sprake is van één van de drie uitzonderingen van civielrechtelijke geldleningen welke materieel kwalificeert als eigen vermogen is afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Deze zijn voor de inspecteur niet altijd vanaf het eerste moment beschikbaar waardoor het moeilijk is in te schatten of een geldlening feitelijk functioneert als eigen vermogen. De regeling is hierdoor niet eenvoudig toepasbaar. Gelet op het gegeven dat de herkwalificatiejurisprudentie en artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 toetsen aan identieke rechtsregels zal een geldlening niet nogmaals aan artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 getoetst worden. Zoals eerder is beschreven, is deze bepaling mijns inziens een dode letter.

De vraag of artikel 10b Wet VpB 1969 van toepassing is op een geldlening is niet eenvoudig te beantwoorden, noch voor de belastingplichtige, noch voor de wetgever. De oorzaak hiervan is dat het niet eenvoudig is te bepalen wanneer sprake is van een vergoeding welke in belangrijke mate lager is dan hetgeen onafhankelijke partijen in het economische verkeer overeen zouden zijn gekomen. Of sprake is van een geldlening tussen gelieerde partijen en hoelang de looptijd van de geldlening is, kan relatief eenvoudig worden bepaald omdat dit beide objectief te beoordelen criteria zijn.

3.2.7. Deelconclusie

In deze paragraaf zijn de totaalwinstbewakers besproken. Een hybride geldlening is een verstrekking van kapitaal welke civielrechtelijk wordt aangemerkt als vreemd vermogen, maar feitelijk functioneert als eigen vermogen. Deze herkwalificatie van het vermogen volgt uit de herkwalificatiejurisprudentie van de Hoge Raad. De wetgever heeft in artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 hieraan wettelijke invulling gegeven. Echter, deze invulling is gebaseerd op het arrest van de Hoge Raad, waardoor aan deze bepaling feitelijk geen waarde toekomt. Hybride geldleningen kwalificeren fiscaal als eigen vermogen. De herkwalificatiejurisprudentie draagt bij aan het fiscaal evenwichtiger behandelen van eigen en vreemd vermogen.

Artikel 10b Wet VpB 1969 is een afgeleide van de deelnemerschapslening: een van de drie genoemde hybride geldleningen van de herkwalificatiejurisprudentie. Het doel artikel 10b Wet VpB 1969 is om te voorkomen dat de rentelast op een artikel 10b-lening bij de Nederlandse

debiteur aftrekbaar is van de winst, terwijl de buitenlandse crediteur over de rentebate niet wordt belast. Deze bepaling bevat veel overkill omdat niet in alle situaties sprake is van misbruik waarin de belastinggrondslag wordt uitgehold.

Als gevolg van de algemene rechtsregel van de Hoge Raad kan elke geldlening getoetst worden of sprake is van materieel eigen vermogen. Dit draagt mijns inziens effectief bij aan een fiscaal evenwichtiger behandeling van eigen en vreemd vermogen. De fiscale prikkel om eigen vermogen te verstrekken onder voorwaarden waardoor civielrechtelijk sprake is van vreemd vermogen neemt hierdoor af.

Daarnaast vormt de herkwalificatie van hybride geldlening naar eigen vermogen geen inbreuk op zowel internationaal belastingrecht als het EU-belastingrecht. In de uitvoering is de hybride geldlening niet eenvoudig, omdat voor elke geldverstrekking gekeken moet worden naar de feiten en omstandigheden voor de vraag of sprake is van feitelijk eigen vermogen.

3.3. Anti-winstdrainage

3.3.1. Inleiding

Artikel 10a Wet VpB 1969 en artikel 15ad Wet VpB 1969 behoren tot de categorie renteaftrekbeperkingen welke ziet op het voorkomen van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. Het begrip *winstdrainage* wordt door *Marres* omschreven als “het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter vrijdeling van vennootschapsbelasting”.⁶⁶

3.3.2. Algemene beschouwing

In artikel 10a Wet VpB 1969 is een bepaling opgenomen welke voor een deel codificatie is van de op basis van het *fraus legis* leerstuk bestreden winstdrainage.⁶⁷ Artikel 10a Wet VpB 1969 is bedoeld als bestrijding van renteaftrek voor onzakelijke constructies binnen concernverband, zoals kasrondjes en interne verhangingen van lichamen. Een concernverband wordt verondersteld aanwezig te zijn indien sprake is van een verbonden lichaam, waarbij een kwantitatief criterium van ten minste een derde belang wordt gehanteerd. Van een kasronde is sprake indien een belastingplichtige een geldlening verstrekt aan een verbonden lichaam, welke ditzelfde bedrag terugbetaalt in de vorm van een dividendbetaling. Als gevolg van deze rechtshandelingen heeft het verbonden lichaam een vordering op de belastingplichtige, terwijl

⁶⁶ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, FM 113, Kluwer, Deventer, 2007, blz. 1.

⁶⁷ Zie onder andere: HR 23 augustus 1995, nr. 29.521, BNB 1996/3, HR 6 september 1995, nr. 27.927, BNB 1996/4, HR 20 september 1995, nr. 29.737, BNB 1996/5 en HR 27 september 1995, nr. 30.400, BNB 1996/6.

per saldo het ondernemingsvermogen voor de belastingplichtige niet is gewijzigd. Het eigen vermogen is verschoven naar vreemd vermogen.

In artikel 15ad Wet VpB 1969 is een aftrekbepanking opgenomen welke ziet op rente betaald op een overnameschuld. Deze bepaling is per 15 november 2011 heringevoerd in de wet met het oog op de bestrijding van overnameholdings waarbij de Nederlandse grondslag wordt uitgehold.⁶⁸ Artikel 15ad Wet VpB 1969 is alleen van toepassing op fiscale structuren waarbij de overnameholding een fiscale eenheid vormt met het overgenomen lichaam. Het doel van de fiscale eenheid is om, door middel van horizontale verliesverrekening, de rentelasten van de financiering, welke verband houdt met de verwerving of uitbreiding van het overgenomen lichaam, af te zetten tegen de winsten welke het overgenomen lichaam realiseert. Hierdoor wordt de winst uitgehold door middel van de rentelast. Op grond van artikel 15ad, lid 8 Wet VpB 1969 wordt niet-aftrekbare rente overgebracht naar het volgende jaar. Hierdoor is artikel 15ad Wet VpB 1969 feitelijk geen renteaftrekbepanking maar een regeling die de renteaftrek temporiseert.

Bij beide anti-winstdrainagebepalingen is het verband tussen de geldlening en de besmette rechtshandeling van belang. Dit impliceert dat indien een geldlening wordt aangetrokken welke niet wordt aangewend om een besmette rechtshandeling te verrichten, van een beperking van de renteaftrek geen sprake kan zijn.

3.3.3. Effectiviteit

Zowel artikel 10a Wet VpB 1969 als artikel 15ad Wet VpB 1969 zien op constructies waardoor de Nederlandse grondslag wordt uitgehold als gevolg van de renteaftrek. Als gevolg van de renteaftrekbepanking bij de debiteur ontstaat economisch dubbele heffing doordat in beginsel de rentebate bij de crediteur in de belastingheffing worden betrokken. Indien de rente in aftrek wordt beperkt biedt artikel 10a Wet VpB 1969 belastingplichtige de mogelijkheid, door middel van een tweetal tegenbewijsregelingen, de rente alsnog in aftrek van de winst te brengen.

De eerste tegenbewijsmogelijkheid is de dubbele zakelijkheidstoets: belastingplichtige dient aannemelijk te maken dat aan zowel de rechtshandeling als de daarmee verband houdende geldlening in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. In overwegende mate betekent in fiscale context meer dan de helft.⁶⁹ De tweede tegenbewijsregeling is de

⁶⁸ Naar aanleiding van een amendement van Van Vliet is artikel 15ad Wet VpB 1969 reeds van toepassing op een fiscale eenheid waarin het overgenomen lichaam na 15 november is gevoegd. Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. A, blz. 3.

⁶⁹ J.A.G. van Es, *Fiscale hoegrootheden*, WFR 2011/1069.

compenserende heffingstoets. De renteaftrekbepanking is bij de debiteur niet van toepassing indien over de corresponderende rentebate bij de crediteur per saldo een belasting naar de winst wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is.

De twee tegenbewijsregelingen leiden niet tot een evenwichtigere behandeling van eigen en vreemd vermogen, omdat de rentelast mogelijk alsnog in aftrek kan worden gebracht bij belastingplichtige. Echter, de tegenbewijsregelingen zorgen voor bestrijding van overkill van de bepaling. Artikel 10a Wet VpB 1969 is niet van toepassing op situaties waarbij belastingplichtige niet voor financiering met vreemd vermogen heeft gekozen op grond van het fiscale voordeel doordat rente aftrekbaar is van de winst. Dergelijke gevallen - waarbij fiscale motieven de boventoon voeren - worden bestreden door artikel 10a Wet VpB 1969. Dit zorgt ervoor dat de bepaling minder overkill bevat en mijns inziens doeltreffender wordt in de uitvoering. Immers, alleen fiscaal gedreven financieringen worden getroffen: zakelijke situaties en gevallen waarin de crediteur voldoende wordt belast over de rentebaten worden niet getroffen.

Evenals artikel 10a Wet VpB 1969 bestrijdt artikel 15ad Wet VpB 1969 het kernprobleem van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen en vreemd vermogen niet. Artikel 15ad Wet VpB 1969 beperkt het aftrekrecht op excessief gefinancierde acquisities voor het excessieve gedeelte van de financiering. Indien sprake is van een excessieve financiering wordt verondersteld dat dit mede gebeurt wegens het fiscale voordeel van het verschil in behandeling van beide vermogenssoorten. Welk gedeelte van de financiering als excessief wordt aangemerkt verschilt per belastingplichtige, omdat de berekening mede afhankelijk is van de eigen behaalde winsten van de overnemende vennootschap. Doordat per situatie wordt gekeken naar de feiten en omstandigheden ontstaat mijns inziens een effectievere definitie van wat wordt aangemerkt als excessieve financieringen. Een evenwichtige definitie zorgt mijns inziens voor een zuivere bestrijding van excessieve financiering met vreemd vermogen.

Dit probleem wordt ook door de Raad van State gesignaleerd.⁷⁰ Hij stelt dan ook dat artikel 15ad Wet VpB 1969 niet de oorzaak van de renteproblematiek – het fiscaal onevenwichtig behandelen van eigen vermogen en vreemd vermogen – maar de symptomen tracht te bestrijden door excessieve financieringen aan banden te leggen. Deze stelling wordt door de staatssecretaris genegeerd door te stellen dat het kabinet heeft gekozen voor een maatregel

⁷⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 4, blz. 8.

welke een deelaspect van de problematiek poogt op te lossen.⁷¹ Dit is mijns inziens een zwak antwoord en geeft blijk van onjuist begrip van het probleem.

Doordat de winstdrainagebepalingen toetsen aan historische toerekening van de geldlening wordt gekeken naar de bestemming van het vermogen. Dit impliceert dat het aantrekken van (overmatig) vreemd vermogen op zichzelf niet wordt bestreden. Indien een besmette handeling wordt verricht is het mogelijk dat de rente van aftrek wordt uitgesloten. Hierdoor bestrijden de anti-winstdrainagebepalingen mijns inziens slechts een gedeelte van de onevenwichtige fiscale behandeling van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen.

Echter, een voordeel van de historische toerekening van de geldlening aan de verwerving of uitbreiding van een aandelenbelang is dat een dergelijke toerekening leidt tot rechtszekerheid en verlaagt de willekeurigheid van de aftrekbeperking voor de belastingplichtige. Dit vanwege het feit dat indien een belastingplichtige excessief vreemd vermogen aantrekt, doch dit niet gebruikt voor een verwerving of uitbreiding, de belastingplichtige geen aftrekbeperking van de rente ondervindt op grond van deze bepaling. Sterker nog, zolang de belastingplichtige geen fiscale eenheid aangaat is het niet mogelijk dat artikel 15ad Wet VpB 1969 de rente aftrek beperkt.

Indien de rente op grond van artikel 15ad Wet VpB 1969 in aftrek wordt beperkt, is het mogelijk dat de rente in een later jaar alsnog in aftrek kan worden gebracht. Deze toevoeging aan artikel 15ad Wet VpB 1969 is opgenomen om belastingplichtigen tegemoet te komen aan het procyclische karakter van de regeling. Immers, de hoogte van de renteaftrek is mede afhankelijk van de hoogte van de ‘eigen’ behaalde winsten.

Het voortwentelen van niet-aftrekbare rente draagt echter mijns inziens niet bij aan een effectieve bestrijding van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. De reden hiervoor is dat in een jaar is geconstateerd dat sprake is van bovenmatige rente. Indien deze rente alsnog in een later jaar in aftrek kan worden gebracht is geen sprake van een bijdrage aan een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Met de invoering van de franchise van €1.000.000 in artikel 15ad Wet VpB 1969 is gezorgd dat weinig belastingplichtigen daadwerkelijk de rente in aftrek zien worden beperkt. Dit is vanuit het perspectief van de uitvoering wellicht wenselijk, echter leidt de franchise mijns inziens niet tot een vermindering van de fiscale stimulering om te financieren met vreemd

⁷¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 4, blz. 11.

vermogen. Indien op een geldlening een rentepercentage van 5% is verschuldigd, kan de belastingplichtige een geldlening van € 20 miljoen aanwenden voor een verwerving zonder dat artikel 15ad Wet VpB 1969 de rente in aftrek beperkt. De keuze om de bepaling in de uitvoer eenvoudiger te hanteren gaat ten kosten van de effectiviteit van de bepaling.

De vraag rijst of het niet doeltreffender was geweest om in plaats van het herinvoeren van artikel 15ad Wet VpB 1969 om artikel 10a Wet VpB 1969 uit te breiden.⁷² Artikel 10a Wet VpB 1969 bestrijdt immers ook de financiering van een verwerving van een deelneming met vreemd vermogen. Verschil is echter dat artikel 10a alleen ziet op geldleningen verkregen van verbonden lichamen. Artikel 15ad Wet VpB 1969 maakt geen onderscheid tussen het verkrijgen van een geldlening van een verbonden lichaam of van een externe partij. Om een evenwichtigere behandeling tussen eigen en vreemd vermogen te realiseren dient mijns inziens geen onderscheid te bestaan van welke partij het vreemd vermogen wordt aangetrokken.

3.3.4. Internationaal belastingrecht

Het OESO-modelverdrag staat verdragspartijen niet in de weg om een aftrek van betaalde rentelasten te weigeren bij de debiteur. Het is echter niet toegestaan om de renteaftrek te weigeren op discriminatoire gronden, zoals inwonerschap. Beide bepalingen maken dergelijk onderscheid in beginsel niet.

De vraag rijst of de tegenbewijsregelingen van artikel 10a Wet VpB 1969 geen impliciete discriminerende werking heeft. Dit vanwege het gegeven dat een Nederlandse crediteur in beginsel eerder aan de voorwaarden van de compenserende heffingstoets voldoet dan een buitenlandse crediteur. Echter, mijns inziens maakt de compenserende heffingstoets geen discriminerend onderscheid. Doordat de Nederlandse crediteur niet automatisch voldoet aan de compenserende heffingstoets en omdat situaties denkbaar zijn waarin een Nederlandse crediteur niet voldoet aan de toets is het mogelijk dat de rentebaten onvoldoende worden belast bij de Nederlandse crediteur. Deze situaties zijn een crediteur welke gebruik kan maken van verliesverrekening of doordat de crediteur onderdeel uitmaakt van de fiscale eenheid en daardoor per saldo onvoldoende wordt belast. Hierdoor voldoet een Nederlandse crediteur niet automatisch aan de toets. Tezamen met *Vleggeert* ben ik de mening toegedaan dat artikel 10a Wet VpB 1969 geen onderscheid maakt naar inwonerschap.⁷³

⁷² F. Horzen, *Help mijn aandeelhouder is een sprinkhaan*, NTFR 2011/1296.

⁷³ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 13.4.2, blz. 528.

Wat betreft artikel 15ad Wet VpB 1969 kan worden opgemerkt dat een moedermaatschappij in een fiscale eenheid met hoge eigen winsten minder wordt geraakt door artikel 15ad Wet VpB 1969. Doordat alleen Nederlandse maatschappijen in een fiscale eenheid gevoegd kunnen worden is het niet mogelijk dat een buitenlandse moedermaatschappij wordt geraakt door artikel 15ad Wet VpB 1969. Deze bepaling werpt wel een drempel op voor buitenlandse aandeelhouders om zich in Nederland te vestigen. Ze zullen immers niet direct hoge eigen winsten realiseren om de rentelast tegen weg te zetten. Mijns inziens is dit geen belemmering aangezien ook Nederlandse lichamen van renteaftrek uitgesloten worden door artikel 15ad Wet VpB 1969 indien ze te weinig eigen winsten hebben.

3.3.5. EU-belastingrecht

Als gevolg van de toepassing van de anti-winstdrainagebepalingen wordt de rentelast van aftrek uitgesloten. De vraag rijst of het uitsluiten van de renteaftrek geen impliciete belastingheffing is over betaalde rente. Immers, als gevolg van de weigering van de renteaftrek is de belastbare winst van een belastingplichtige hoger. Deze vraag stond centraal in de zaak Scheuten Solar Technology.⁷⁴ In deze zaak is door het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de Interest- en royaltyrichtlijn lidstaten niet in de weg staat om een bepaling op te nemen welke de rente in aftrek beperkt. Het beperken van de rente is verenigbaar met het EU-belastingrecht. Echter, zowel artikel 10a Wet VpB 1969 als artikel 15ad Wet VpB 1969 bevatten specifieke onderdelen welke mogelijk in strijd zijn met het EU-belastingrecht. In artikel 10a Wet VpB 1969 betreft dit de tegenbewijsregelingen en in artikel 15ad Wet VpB 1969 het uitsluiten van de buitenlandse vaste inrichting van de winstbepaling terwijl deze uitsluiting niet geldt voor een buitenlandse deelneming.

Wat betreft de tegenbewijsregelingen zal een binnenlandse belastingplichtige eerder voldoen aan de compenserende heffingstoets dan een buitenlands lichaam. Dit vanwege het gegeven dat gekeken moet worden of naar *Nederlandse* maatstaven voldoende belasting wordt geheven. Toch bestaan ook binnenlandse situaties waarin niet wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets. Gedacht kan worden aan de situatie waarin de crediteur gebruikt maakt van verliesverrekening, waardoor per saldo niet voldoende belasting wordt geheven. In grensoverschrijdende situaties is het logischerwijs meer waarschijnlijk dat niet wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets. Echter, doordat ook binnenlandse situaties bestaan waarbij niet wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets kan mijns inziens niet worden

⁷⁴ HvJ EU, 21 juli 2011, nr. C-397/09 (Scheuten Solar Technology).

gesteld dat een grensoverschrijdende situatie slechter wordt behandeld dan een binnenlandse situatie.

Voor de dubbele zakelijkheidstoets is mijns inziens geen verschil in bewijslast tussen een binnenlandse en een grensoverschrijdende situatie. In beide situaties dient een belastingplichtige aannemelijk te maken dat aan zowel de financiering als de rechtshandeling overwegend zakelijke motieven ten grondslag liggen. De bewijslast is in beide situaties identiek. Ten opzichte van de compenserende heffingstoets is de dubbele zakelijkheidstoets niet moeilijker aannemelijk te maken voor een grensoverschrijdende crediteur. Naar mijn mening levert de dubbele zakelijkheidstoets hierdoor geen belemmering op met bestaand EU-belastingrecht.

Dit wordt bevestigd door de Hoge Raad in BNB 2013/137.⁷⁵ In deze casus was één van de rechtsvragen of artikel 10a Wet VpB 1969 in strijd is met de vrijheid van vestiging. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat - indien artikel 10a Wet VpB 1969 een belemmerende werking bevat - voldaan wordt aan de rechtvaardigingsgrond van de zaak Cadbury-Schweppes. Deze rechtvaardigingsgrond is het bestrijden van misbruikssituaties.

Artikel 15ad Wet VpB 1969 is alleen van toepassing indien sprake is van een fiscale eenheid waarin rentekosten van de overnemende vennootschap wordt afgezet tegen de winst van de overgenomen vennootschap. Een van de voorwaarden voor de toepassing van de fiscale eenheid is dat belastingplichtigen in Nederland zijn gevestigd. Het Hof van Justitie EU heeft in de zaak X-Holding geoordeeld dat het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid door Nederland niet in strijd is met de verkeersvrijheden van het VwEU.⁷⁶

Echter, het verschillend behandelen van een buitenlandse deelneming en een buitenlandse vaste inrichting is mijns inziens in strijd met het EU-belastingrecht. In de zaak Argenta is door het Hof van Justitie EU geoordeeld over een vergelijkbare bepaling in de Belgische wet.⁷⁷ Het Hof van Justitie EU oordeelde dat de Belgische regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. *Tromp* betoogt dat deze uitsluiting tevens strijdig is met het EU-belastingrecht vanwege het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de buitenlandse vaste inrichting en de buitenlandse deelneming.⁷⁸ Een dergelijk fiscaal onderscheid in behandeling tussen een buitenlandse vaste

⁷⁵ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137c*.

⁷⁶ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (X-Holding).

⁷⁷ HvJ EU 3 juli 2013, nr. C-350/11, (Argenta Spaarbank).

⁷⁸ M.G.C. Tromp, *Sprinkhanenplaaag definitief voorbij?*, Forfaitair 2013/236.

inrichting en een buitenlandse deelneming is op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU niet toegestaan.⁷⁹

Indien bij een belastingplichtige de rente in aftrek wordt beperkt kan geen sprake zijn van staatssteun. De belastingplichtige wordt immers niet bevoordeeld door de overheid.

3.3.6. Uitvoerbaarheid

Artikel 10a Wet VpB 1969 is niet eenvoudig uitvoerbaar, omdat de bepaling in de praktijk een bron van discussie tussen belastingplichtige en de belastingdienst zal zijn. Voornamelijk het aannemelijk maken van de dubbele zakelijkheidstoets is hier debet aan, omdat dit een subjectief karakter heeft. Immers, belastingplichtige dient aannemelijk te maken dat zowel de rechtshandeling als de financiering zakelijk is. De compenserende heffing kan op objectieve maatstaven aannemelijk gemaakt worden. De bepaling biedt de belastingplichtige weinig rechtszekerheid doordat niet duidelijk is afgebakend wanneer sprake is van een verband tussen de geldlening en de rechtshandeling.⁸⁰ Ook het antwoord op de vraag wanneer een geldlening in overwegende mate gebaseerd is op zakelijke motieven subjectief. De wetgever maakt mijns inziens hier een afweging tussen de rechtszekerheid voor belastingplichtige en het gevaar dat belastingplichtige structuren opzet welke precies langs de fiscale grenzen past om de renteaftrek in stand te houden.

De wetgever heeft in de parlementaire toelichting aangegeven dat jaarlijks enkele tientallen bedrijven te maken krijgen met artikel 15ad Wet VpB 1969.⁸¹ Dat deze bepaling weinig belastingplichtigen zal raken heeft twee redenen. Ten eerste zorgt de franchise mede voor dat alleen de grote financieringen potentie hebben om in aftrek te worden beperkt. Daarnaast zorgt het antimisbruik karakter van de bepaling ervoor dat belastingplichtigen zullen proberen te voorkomen dat de financiering in aftrek wordt beperkt door deze overnameholdingwetgeving.

Echter, deze bepaling zorgt mede voor dat elke belastingplichtige met een financiering waarbij meer dan de franchise aan rente wordt betaald in de administratie moet verwerken waarvoor de financiering is aangewend. Dit ter voorkoming dat in de toekomst de belastingplichtige mogelijk alsnog door de inspecteur wordt geconfronteerd met de werking van artikel 15ad Wet

⁷⁹ Zie o.a. HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal), HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain) en HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding).

⁸⁰ R.P.C.W.M. Brandsma, *Bescherming van de Nederlandse heffingsgrondslag: Causale verbanden, zakelijke overwegingen en valutaresultaten onder artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, TFO 2012/120.2.

⁸¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 23.

VpB 1969. Indien deze situatie aan de orde komt heeft de belastingplichtige de administratie op orde waardoor eenvoudig aannemelijk kan worden gemaakt waarvoor de financiering is aangewend. Indien een dergelijke administratie ontbreekt is het moeilijker voor de belastingplichtige om aannemelijk te maken waarvoor de financiering is gebruikt.

3.3.7. Deelconclusie

De anti-winstdrainagebepalingen beperken de rente van aftrek indien de financiering is gericht op de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. Artikel 10a Wet VpB 1969 ziet op geknutselde financieringen binnen een concern waardoor eigen vermogen van een belastingplichtige wordt verschoven naar vreemd vermogen met als doel de aftrek van de rentelast. Artikel 15ad Wet VpB 1969 ziet op de excessieve financiering welke is gebruikt voor de acquisitie van een deelneming.

Voor de financiering om als excessief aangemerkt te kunnen worden dient de rentelast meer te bedragen dan de franchise van € 1.000.000. De invoering van een franchise kan voor de uitvoerbaarheid van artikel 15ad Wet VpB 1969 wenselijk zijn, echter gaat dit ten koste van de effectiviteit van de bepaling. De franchise draagt niet bij aan de bestrijding van de fiscale discriminatie bij de schuldenaar op de vergoeding van verstrekt vermogen.

Beide regelingen bestrijden niet de kern van het probleem van de ongelijke behandeling van de vergoeding bij de schuldenaar. Ze trachten enkel de excessieve of geknutselde financieringen te bestrijden. Om te voorkomen dat elke concernlening door artikel 10a Wet VpB 1969 als besmet wordt aangemerkt heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat sprake is van zakelijke financiering. Dit beperkt de overkill van de bepaling waardoor alleen fiscaal opgezette geldleningen in renteaftrek worden beperkt.

De mogelijkheid van het voortwentelen van niet-aftrekbare rente ex artikel 15ad, lid 8 Wet VpB 1969 draagt mijns inziens niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Artikel 10a Wet VpB 1969 is alleen van toepassing op geldleningen verkregen van een verbonden lichaam. Dit draagt eveneens niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Beide bepalingen vormen in de kern geen inbreuk op het internationaal en EU-belastingrecht. Echter, enkele specifieke onderdelen van de bepalingen kunnen mogelijk in strijd zijn met het EU-belastingrecht.

3.4. Systeembewaker: deelnemingsrente

3.4.1. Inleiding

Tot de categorie systeembewakers behoort artikel 131 Wet VpB 1969. Als gevolg van het feit dat voor de deelnemingsvrijstelling gekozen is voor een brutovrijstelling zijn deelnemingsopbrengsten vrijgesteld van belastingheffing. De eventuele financieringskosten welke hiermee verband houden zijn in beginsel aftrekbaar van de winst. Artikel 131 Wet VpB 1969 poogt deze mismatch in het systeem te corrigeren.

3.4.2. Algemene beschouwing

Per 1 januari 2013 is een aftrekbepanking op bovenmatige deelnemingsrente ingevoerd. Het doel van de deelnemingsrente is het lek dichten welke is ontstaan na het Bosal-arrest.⁸² Dit budgettaire lek bestaat als gevolg van een mismatch tussen de vrijgestelde deelnemingswinst en de aftrekbare financieringskosten.

De deelnemingsrente is van toepassing op vennootschappen met een deelnemingsschuld: de verkrijgingsprijs van de deelnemingen is hoger dan het fiscale eigen vermogen. De berekening van de deelnemingsschuld vindt plaats op mathematische wijze en is onafhankelijk van het historisch verband tussen financiering en aankoop van een deelneming. Ter bevordering van het ondernemings- en vestigingsklimaat wordt de verkrijgingsprijs van een deelneming – voor zover deze kan worden aangemerkt als uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep – uitgezonderd van de berekening van de deelnemingsschuld. Echter, deze toevoeging is niet van toepassing op “foute” uitbreidingsinvesteringen. Hiervan is sprake indien – als gevolg van de financiering – de rente in aftrek kan worden gebracht zonder dat de corresponderende rentebate in de heffing worden betrokken.

3.4.3. Effectiviteit

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de doelstelling van de bepaling voornamelijk budgettair is: ‘doelstelling van het voorstel is niet zozeer de wijze van financiering door belastingplichtige te beïnvloeden maar om de negatieve gevolgen van excessieve financiering met vreemd vermogen voor de schatkist weg te nemen’.⁸³ Mijns inziens is het opmerkelijk dat de primaire overweging van de bepaling niet het wegnemen van de fiscale prikkels om

⁸² Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 10.

⁸³ Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, blz. 23 en 24.

deelnemingen overmatig te financieren met vreemd vermogen is, maar juist de budgettaire overweging is.

Mathematisch bepalen of sprake is van een deelnemingsschuld kan erg ruw uitwerken en heeft voor- en nadelen. Een nadelige uitwerking van de bepaling is dat een daling van de waarde van de activa kan resulteren in een deelnemingsschuld waardoor een gedeelte van de rente van aftrek wordt uitgesloten. Hiervoor hoeft geen wijziging te hebben plaatsgevonden met betrekking tot de omvang van de schulden. Een voorbeeld van een wijziging van de activa is een daling van het eigen vermogen na een verliesgevend jaar. De aftrekbeperking werkt procyclisch, in slechte tijden verslechtert de bepaling de fiscale positie van de belastingplichtige, in goede tijden wordt de fiscale positie van de belastingplichtige versterkt. Laatstgenoemde ontstaat in de situatie waarin het eigen vermogen toeneemt als gevolg van een stijging van de winst, waarna het eigen vermogen de waarde van de deelnemingen overstijgt. Hierdoor wordt de vennootschap ontsmet van haar deelnemingsschuld en is de rente aftrekbaar. Hogere winsten resulteren in dergelijke situaties in (meer) renteaftrek. Het niet rekening houden met het procyclische karakter draagt bij aan de evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen, omdat bovenmatige rente blijvend in aftrek wordt beperkt

Een voordeel van het mathematisch bepalen of sprake is van toepassing van een renteaftrekbeperking is de relatieve eenvoud en de uitvoerbaarheid van de bepaling.⁸⁴ Voor de deelnemingsrente hoeft de belastingplichtige geen historische verbanden tussen de geldlening en rechtshandelingen aannemelijk te maken om de zakelijkheid aan te tonen, maar dient te worden berekend of geen sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen. De belastingplichtige kan met de fiscale balans berekenen of sprake is van een deelnemingsschuld.

In deze bepaling is, evenals in artikel 15ad Wet VpB 1969, een franchise opgenomen om administratieve lasten te beperken, zodat een onderneming met minder dan de franchise aan rentelasten in ieder geval niet geconfronteerd kan worden met artikel 13l Wet VpB 1969.⁸⁵ Tevens is de franchise opgenomen om het MKB uit te sluiten van deze renteaftrekbeperking. Dit is vanuit het perspectief van de uitvoering wellicht wenselijk, echter leidt de franchise mijns inziens niet tot een vermindering van de fiscale stimulering om te financieren met vreemd

⁸⁴ N.E. Vis, *De oogmerktoets bij de aftrekbeperking deelnemingsrente*, WFR 2013/279.

⁸⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 10 en 11. In het eerste wetsvoorstel was een franchise van €1.000.000 opgenomen, dit is verlaagd naar €750.000.

vermogen. De keuze voor een uitvoerbaardere bepaling gaat ten kosten van de effectiviteit van de bepaling.

3.4.4. Internationaal belastingrecht

Het OESO-modelverdrag staat verdragspartijen niet in de weg om een aftrek van betaalde rentelasten te weigeren bij de debiteur. De deelnemingsrente maakt geen onderscheid tussen een binnenlandse en een buitenlandse deelneming. Hierdoor is deze bepaling in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.

3.4.5. EU-belastingrecht

Bij de bespreking van het EU-belastingrecht voor de anti-winstdrainagebepalingen is geconstateerd dat het weigeren van het aftrekrecht van de rentelast geen inbreuk vormt op het EU-belastingrecht. Evenals de anti-winstdrainage bevat de deelnemingsrente op specifieke onderdelen een mogelijke inbreuk op het EU-belastingrecht, omdat deze onderdelen de facto alleen zien op grensoverschrijdende situaties. Deze specifieke onderdelen hebben betrekking op de “foute uitbreidingen” en de samenloop met de objectvrijstelling waarin de grensoverschrijdende vaste inrichting wordt uitgesloten van de berekening voor de bepaling van de deelnemingsrente.

De samenloop van de deelnemingsrente en de objectvrijstelling is identiek aan de analyse van de bespreking van artikel 15ad Wet VpB 1969 en de objectvrijstelling (zie paragraaf 3.3.5). Deze uitsluiting vormt mijns inziens een ongerechtvaardigde inbreuk op het EU-belastingrecht. In artikel 13l Wet VpB 1969 is ook een tegenbewijsregeling opgenomen welke identiek is aan de regeling voor artikel 10a Wet VpB 1969. Voor artikel 10a Wet VpB 1969 is geconcludeerd dat dit onderdeel geen inbreuk vormt op EU-belastingrecht (zie paragraaf 3.3.5).

Het onderdeel waarin wordt gesteld dat de rente niet in aftrek kan worden gebracht indien de rente binnen het concern meer malen ten laste van de winst kan worden gebracht is mijns inziens wel in strijd met EU-belastingrecht. Dit komt omdat deze toevoeging de facto alleen van toepassing is op grensoverschrijdende situaties. In een binnenlandse situatie is het naar mijn mening niet mogelijk om op de financiering een dubbele renteaftrek te creëren.⁸⁶

⁸⁶ Voor een nadere analyse van de mogelijke strijdigheid met EU-belastingrecht zie: O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente*, WFR 2012/1426 en D.S. Smit, *Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting*, TFO 2012/122.

Indien bij een belastingplichtige de rente in aftrek wordt beperkt kan geen sprake zijn van staatssteun. De belastingplichtige wordt immers niet bevoordeeld door de overheid.

3.4.6. Uitvoerbaarheid

Als gevolg van de mathematische wijze van berekening van de deelnemingsrente is de bepaling voor zowel de belastingplichtige als de wetgever relatief eenvoudig toe te passen. Onder toepassen wordt verstaan het bepalen of sprake is van excessieve financiering met vreemd vermogen bij de belastingplichtige. Als gevolg van de eenvoud kan de bepaling ruw en lomp uitwerken. De mathematische wijze van berekenen biedt de belastingplichtige relatief veel rechtszekerheid vooraf, echter leidt het subjectieve karakter van de oogmerktoets tot extra onzekerheid bij voornamelijk internationale concerns. Belastingplichtigen dienen voortdurend te toetsen of wordt voldaan aan de mathematische toets van artikel 131 Wet VpB 1969. Indien op enig moment blijkt dat dit niet het geval is zal ofwel extra eigen vermogen aangetrokken dienen te worden dan wel een deelneming te moeten worden verkocht ten einde te voorkomen dat rentekosten in aftrek worden beperkt. De wijze waarop de deelnemingsrente moet worden berekend is duidelijk en bevat weinig fiscale definities die voor onduidelijkheid kunnen zorgen. Dergelijke onduidelijke definities kunnen aanleiding geven voor discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus.

De invoering van de drempel van €750.000 heeft als gevolg dat de administratieve lasten voor zowel de fiscus als de belastingplichtige worden verlaagd. Immers, alleen een belastingplichtige welke meer dan de franchise aan rente betaalt kan theoretisch geraakt worden door de bepaling. Dit leidt ertoe dat de fiscus eenvoudig kan overzien welke belastingplichtigen eventueel voldoen aan de voorwaarden van artikel 131 Wet VpB 1969.

3.4.7. Deelconclusie

De deelnemingsrente is opgenomen in de wet ter bescherming van het systeem van de deelnemingsvrijstelling. Door de deelnemingsvrijstelling worden opbrengsten van een deelneming vrijgesteld ontvangen, terwijl de financieringskosten aftrekbaar zijn. Als gevolg van de mathematische benadering voor het bepalen van de excessieve deelnemingsrente is de bepaling ruw. Het is mogelijk dat de rente in aftrek wordt beperkt als gevolg van een daling van waarde van het eigen vermogen, terwijl geen wijziging heeft plaatsgevonden met betrekking tot de waardering van de deelneming of de hoogte van het vreemd vermogen. Dit draagt echter wel bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen, doordat bovenmatige rente blijvend in aftrek wordt beperkt.

De franchise zorgt ervoor dat de bepaling relatief eenvoudig uitvoerbaar is voor zowel de wetgever als de belastingplichtige. Echter, dit gaat ten koste van een effectieve bestrijding van het verschillend behandelen van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen bij de crediteur. Het mathematisch bepalen of sprake is van een renteaftrekbeperking is eenvoudig uitvoerbaar.

Het uitsluiten van de renteaftrek van een geldlening is noch in strijd met het internationaal, noch met het EU-belastingrecht. De bepaling kent echter wel specifieke onderdelen die mogelijk in strijd kunnen zijn met het EU-belastingrecht.

3.5. Samenhang van het stelsel van renteaftrekbeperkingen

Het gehele stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen vereist enige cohesie om als evenwichtig te kunnen worden aangemerkt. De totaalwinstbewakers voorkomen dat eigen vermogen wordt verstrekt onder civiele voorwaarden van vreemd vermogen om een aftrek van de vergoeding voor de schuldenaar te creëren. Zowel de anti-winstdrainagebepalingen als de deelnemingsrente voorkomen dat bovenmatig vreemd vermogen wordt aangetrokken om een deelneming te verwerven. Ook wordt de situatie bestreden waarin eigen vermogen wordt omgevormd tot vreemd vermogen door een samenstel van rechtshandelingen. Om te voorkomen dat op een geldlening diverse renteaftrekbeperkingen van toepassing zijn heeft de wetgever anti-samenloopbepalingen opgenomen.⁸⁷

Het is mijns inziens niet praktisch om de verschillende renteaftrekbeperkingen op verschillende wijze te berekenen. De renteaftrekbeperkingen welke zien op de anti-winstdrainage worden bepaald aan de hand van een (historisch) verband tussen de geldlening en de besmette rechtshandeling. De deelnemingsrente wordt echter op mathematische wijze berekend, ongeacht het historische verband van het aangetrokken vreemd vermogen en de verwerving van de deelneming. Een eenduidige lijn voor het bepalen of sprake is van bovenmatige financiering met vreemd vermogen zou mijns inziens bijdragen aan een overzichtelijker stelsel van renteaftrekbeperkingen.

Om tot een evenwichtiger behandeling te komen van eigen vermogen en vreemd vermogen ontbreekt mijns inziens in het gehele stelsel een bepaling welke ziet op het aantrekken van bovenmatig vreemd vermogen, ongeacht of hier een deelneming wordt gekocht of een andere besmette rechtshandeling wordt verricht. In het verleden kende de Wet VpB 1969 een thincapregeling welke de renteaftrek beperkte indien een verhouding van eigen vermogen tot

⁸⁷ Een voorbeeld hiervan is artikel 131, lid 3 Wet VpB 1969. Hierin wordt de schuld waarop artikel 10a Wet VpB 1969 of 10b Wet VpB 1969 van toepassing is uitgesloten van de berekening.

vreemd vermogen werd overschreden. Een dergelijke bepaling voorkomt mijns inziens dat belastingplichtigen bovenmatig vreemd vermogen aantrekken met als doel het in aftrek brengen van de rente.

3.6. Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik getoetst of de Wet VpB 1969 in voldoende mate zorgt voor een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond is: *Zorgt het stelsel van specifieke renteaftrekbepalingen in de Wet VpB 1969 voor een voldoende evenwichtige fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen?*

De verschillende renteaftrekbepalingen heb ik verdeeld in drie categorieën: de totaalwinstbewakers, anti-winstdrainage en de systeembewaker. De totaalwinstbewakers zien op vreemd vermogen welke feitelijk functioneert als eigen vermogen. De anti-winstdrainage bestrijdt financieringen waarna – als gevolg van de renteaftrek – de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold. De deelnemingsrente beschermt het systeem van de deelnemingsvrijstelling en voorkomt dat belastingplichtige meer deelnemingen bezit dan fiscaal eigen vermogen.

Het niet in aftrek toestaan van de rente vormt geen inbreuk op het internationaal- en EU-belastingrecht. Echter, specifieke onderdelen van verscheidene bepalingen kunnen in strijd zijn met het EU-belastingrecht.

Het samenstel van renteaftrekbepalingen in de Wet VpB 1969 draagt bij aan een evenwichtiger behandeling van eigen en vreemd vermogen. Immers, de uitgangssituatie dat rente altijd aftrekbaar is van de winst is niet meer van toepassing. Met de totaalwinstbewakers wordt bewerkstelligd dat de vergoeding op feitelijk eigen vermogen niet in aftrek kan worden gebracht. Daarnaast heeft de wetgever beoogd om, in zijn ogen, misbruiksituaties waarbij sprake is van excessief financieren met vreemd vermogen niet te faciliteren met de aftrekbaarheid van rente. Dit impliceert dat indien geen sprake is van misbruik de rente in aftrek kan worden gebracht. Dit leidt niet tot een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Naar mijn mening is het huidige stelsel van renteaftrekbepalingen niet compleet. Het principiële uitgangspunt dat vreemd vermogen fiscaal wordt gestimuleerd ten opzichte van eigen vermogen blijft in stand, echter wordt de rente van aftrek uitgesloten indien een besmette

rechtshandeling wordt verricht. Een bepaling die ziet op het overmatig financieren met vreemd vermogen - ongeacht of sprake is van een besmette rechtshandeling of het bezit van deelnemingen - moet beperkt worden. Een mogelijke oplossing voor dit gat in de lappendeken van renteaftrekbepalingen is een thincapregeling.

Ook is het huidige stelsel niet eenvoudig uitvoerbaar omdat elke geldlening afzonderlijk getoetst dient te worden aan alle aftrekbepalingen voordat de rente in aftrek kan worden gebracht. Daarbij komt dat bepalingen subjectieve elementen bevatten wat de uitvoerbaarheid niet ten goede komt.

In dit hoofdstuk is gekeken naar een samenstel van specifieke renteaftrekbepalingen. In het volgende hoofdstuk zal worden getoetst of een generieke renteaftrekbepaling leidt tot een fiscaal meer evenwichtige behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

4. Generieke renteaftrekbeperkingen

4.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik onderzocht of het huidige stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 leidt tot een meer evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Hierbij is geconcludeerd dat het huidige stelsel de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen gedeeltelijk vermindert, waardoor de fiscale discriminatie alleen in zoverre wordt opgeheven. Echter, dit gebeurt met overkill waardoor economisch dubbele belastingheffing ontstaat. Daarnaast bevat de lappendeken aan renteaftrekbeperkingen naar mijn mening onvolkomenheden waardoor de fiscale discriminatie in beginsel stand houdt.

In dit hoofdstuk worden twee generieke regelingen besproken, te weten een thincapregeling (paragraaf 4.2) en een earningsstrippingregeling (paragraaf 4.3). Een kenmerk van een specifieke renteaftrekbeperking is dat in beginsel voor elke geldlening afzonderlijk de vraag wordt beantwoord of sprake is van onbedoeld gebruik. Een generieke renteaftrekbeperking gaat – in tegenstelling tot een specifieke aftrekbeperking - uit van het gehele vreemd vermogen van een belastingplichtige. Vervolgens wordt beoordeeld of sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen. De wijze waarop dit wordt bepaald, verschilt tussen beide regelingen. In dit hoofdstuk onderzoek ik of een generieke renteaftrekbeperking een betere oplossing is voor een evenwichtige(re) behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: *Is een generieke renteaftrekbeperking een effectieve oplossing om de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtig(er) te behandelen, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?*

Voor de analyse van een thin capitalisation baseer ik mij op de basiselementen van een dergelijke bepaling. Deze zijn onder andere de vaste toegestane verhouding van het eigen vermogen ten opzichte van het vreemd vermogen en de eis dat een belastingplichtige onderdeel moet uitmaken van een groep. Daarnaast ontleen ik elementen aan de thin capitalisation van artikel 10d Wet VpB 1969 zoals deze bepaling luidde van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2012.⁸⁸

⁸⁸ De thincapregeling is afgeschaft omdat de regeling niet goed paste bij de andere aftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969. Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 3, blz. 14.

Voor de earningsstrippingregeling baseer ik mij op het consultatiedocument waarin deze regeling is opgenomen.⁸⁹ In dit document is de consultatie beschreven naar mogelijk nieuwe renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969. Het consultatiedocument bestaat uit een onderzoek naar de behandeling van groepsrente en een nieuwe renteaftrekbeperking. Het doel van het document is om met de ontvangen reacties tot een wetsvoorstel te komen waarmee de uitholling van de belastinggrondslag beter kan worden bestreden. De staatssecretaris heeft in het onderzoek een specifieke, de deelnemingsrente⁹⁰ en een algemene renteaftrekbeperking opgenomen. Laatstgenoemde aftrekbeperking is een earningsstrippingregeling. Een vergelijkbare regeling is onder andere in Duitsland ingevoerd.

4.2. Thin capitalisation

4.2.1. Algemene beschouwing

De thincapregeling is een bepaling welke de rentelast in aftrek toestaat bij een belastingplichtige indien en voor zover het vreemd vermogen niet meer bedraagt dan een ratio ten opzichte van het eigen vermogen. De thincapregeling, zoals deze per 2004 in de Wet VpB 1969 is opgenomen, hanteerde een maximale vaste ratio tussen vreemd vermogen en eigen vermogen (VV/EV-ratio) van 3:1. Daarnaast is de thincapregeling alleen van toepassing op belastingplichtigen die onderdeel uitmaken van een concern. De reden van het groepsvereiste is het voorkomen van uitholling van de binnenlandse belastinggrondslag door internationale concerns. Dergelijke concerns kunnen de belastinggrondslag uithollen door een belastingplichtige bovenmatig met vreemd vermogen te financieren in een fiscale jurisdictie waar de renteaftrek het meest tot waarde komt. Hierdoor is het mogelijk dat de rente in aftrek komt in een hoog belast land, terwijl de corresponderende rentebate in een andere jurisdictie laag, of zelfs helemaal niet, wordt belast. Indien geen sprake is van een groep, kan ook geen sprake zijn van uitholling van de belastinggrondslag. Voor de definitie van een groep werd in het vervallen artikel 10d Wet VpB 1969 aangesloten bij het vennootschapsrechtelijke begrip, opgenomen in artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek. Tevens was in het vervallen artikel 10d Wet VpB 1969 opgenomen dat indien een belastingplichtige niet slechter is gekapitaliseerd dan de hele groep, de rente niet in aftrek wordt beperkt. De ratio van de concerntoets is het voorkomen dat de binnenlandse grondslag wordt uitgehouden door internationale concerns.

⁸⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6, blz. 19 e.v.

⁹⁰ De deelnemingsrente zoals opgenomen in het consultatiedocument komt op hoofdlijnen overeen met de huidige deelnemingsrente zoals opgenomen in artikel 131 Wet VpB 1969.

De in Nederland ingevoerde thincapregeling maakte onderdeel uit van het dichten van het lek dat is ontstaan na het arrest Bosal.⁹¹ Als gevolg van het Bosal-arrest werden kosten in verband met buitenlandse deelnemingen voortaan aftrekbaar, terwijl de deelnemingsopbrengsten zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling.⁹² Ter reparatie van dit budgettaire nadeel heeft de wetgever de thincapregeling ingevoerd.⁹³

4.2.2. Effectiviteit

Doordat een thincapregeling is gebaseerd op een toegestane verhouding van vreemd vermogen ten opzichte van het eigen vermogen kan dit leiden tot het opzoeken van de fiscale grens tot de gestelde norm door belastingplichtigen. Hierdoor kan maximaal gebruik worden gemaakt van de renteaftrek. Daarbij is het mogelijk dat een belastingplichtige - waarbij sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen - zal proberen door middel van fiscale herstructurering alsnog de volledige rente in aftrek te brengen. De herstructurering ziet bijvoorbeeld op het verhogen van het eigen vermogen door een kapitaalstorting van de aandeelhouder of door het vreemd vermogen onder te brengen bij een ander lichaam van het concern. De mogelijkheid voor belastingplichtigen om de fiscale grens op te zoeken draagt beperkt bij aan een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

De doelstelling van een thincapregeling is het voorkomen van de uitholling van de belastinggrondslag door internationale concerns. Vanuit deze doelstelling is het begrijpelijk dat de thincapregeling niet van toepassing is op belastingplichtigen die geen deel uitmaken van een groep. Echter, in het kader van een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen is het mijns inziens onjuist dat belastingplichtigen zonder een verbonden lichaam worden ontzien voor de thincapregeling. Voor deze groep belastingplichtigen draagt de thincapregeling niet bij aan een evenwichtige behandeling tussen eigen en vreemd vermogen.

De bepaling kan van toepassing zijn op elke belastingplichtige die onderdeel uit maakt van een groep. Uit de wetssystematiek van artikel 10d(oud) Wet VpB 1969 volgt dat de thincapregeling ook van toepassing is op een belastingplichtige die deel uit maakt van een zuiver nationaal concern. Dit terwijl geen sprake hoeft te zijn van uitholling van de belastinggrondslag omdat de corresponderende rentebate in beginsel in de belastingheffing wordt betrokken. Echter, voor het antwoord op de vraag of de thincapregeling bijdraagt aan een evenwichtiger behandeling

⁹¹ HvJ EU 18 September 2003, C-168/01 (Bosal Holding BV).

⁹² Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 5.

⁹³ Tevens is een beperking van verliesverrekening voor houdstermaatschappijen ingevoerd, artikel 20 Wet VpB 1969.

van eigen en vreemd vermogen is dit mijns inziens een correcte uitwerking. Het gaat immers niet alleen om de situaties waarin onbedoeld gebruik kan worden verondersteld, maar om het evenwichtig behandelen van eigen en vreemd vermogen. Als gevolg van de renteaftrekbepanking kan de bepaling leiden tot economisch dubbele heffing indien de rentebate bij de crediteur wordt belast.

De thincapregeling zoals deze in de Wet VpB 1969 was opgenomen bevatte een franchise van €500.000. Als gevolg hiervan is het vreemd vermogen tot dit bedrag vrijgesteld van de aftrekbepanking. De franchise is opgenomen zodat de renteaftrekbepanking alleen van toepassing is indien sprake is van substantieel bovenmatig financieren met vreemd vermogen⁹⁴ en vanwege praktische redenen⁹⁵. Daarnaast is het opnemen van de franchise begrijpelijk vanuit het perspectief dat de thincapregeling is ingevoerd naar aanleiding van het gewezen arrest Bosal. Het arrest Bosal verruimde de fiscale mogelijkheden van het MKB immers niet.⁹⁶ Het is vanuit dit oogpunt terecht om het MKB te ontzien in een bepaling die wordt ingevoerd als reparatie op de verruimde fiscale mogelijkheden. De franchise kan wenselijk worden geacht omdat hierdoor het MKB wordt ontzien. De franchise draagt echter niet bij aan een fiscaal evenwichtigere behandeling van eigen en vreemd vermogen. Het is mijns inziens ook mogelijk dat het MKB bovenmatig met vreemd vermogen is gefinancierd.

De franchise stimuleert fiscale herstructurering bij een belastingplichtige die geconfronteerd wordt met een thincapregeling. Immers, elke belastingplichtige kan met toepassing van de franchise tot €500.000 aan vreemd vermogen bezitten zonder dat sprake is van een renteaftrekbepanking. De franchise heeft mogelijk als gevolg dat vreemd vermogen wordt gespreid binnen een concern over meerdere belastingplichtigen. Hierdoor kan de franchise worden gebruikt door het concern om te voorkomen dat de rente in aftrek wordt beperkt bij een belastingplichtige.

Dit laat zich beter illustreren aan de hand van een voorbeeld. BV Moeder (hierna in het voorbeeld: BV M) is de enige aandeelhouder van BV Werkmaatschappij (hierna in het voorbeeld: BV W). Indien BV M een financiering wil verstrekken aan BV W wordt voor het voorbeeld verondersteld dat de thincapregeling van toepassing is bij BV W waardoor BV W

⁹⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 17.

⁹⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 9.

⁹⁶ Verondersteld wordt dat het MKB geen buitenlandse deelnemingsopbrengsten vrijgesteld geniet.

niet de volledige rentelast in aftrek kan brengen. BV W wil met de financiering gaan investeren in vaste activa.

Het effect van de renteaftrekbeperking bij BV W kan in het voorbeeld worden voorkomen door BV M door middel van het spreiden van de gehele financiering over meer dochtermaatschappijen. Elke dochtermaatschappij kan voor de thincapregeling gebruik maken van de franchise. Om het uiteindelijke doel – BV W wil gaan investeren – te bereiken is het mogelijk dat de overige dochtermaatschappijen gaan investeren waarna de activa aan BV W wordt verhuurd. De dochtermaatschappijen kunnen de rentelasten aftrekken van de verhuuropbrengsten.

De franchise stimuleert hierdoor oneigenlijk gebruik bij belastingplichtigen. De vraag rijst in hoeverre het voorbeeld in de praktijk voorkomt, gelet op het voordeel wat behaald kan worden in verhouding tot de kosten die moeten worden gemaakt om het voordeel te behalen. Echter, het is mogelijk dat een concern de franchise gebruikt om de rente alsnog in aftrek te brengen.

Doordat de VV/EV-ratio wordt berekend op grond van het gemiddelde eigen en vreemd vermogen gedurende het gehele jaar kan in theorie pas na het jaar worden bepaald of sprake is van een renteaftrekbeperking. Het is echter voor belastingplichtigen wel mogelijk een indicatie te maken in hoeverre sprake is van een aftrekbeperking op grond van de thincapregeling. Hierdoor is het niet eenvoudig om de fiscale grens op te zoeken door belastingplichtigen. Dit is wellicht voor belastingplichtigen onwenselijk in de uitvoering, maar draagt mijns inziens wel bij aan een effectievere bestrijding van de fiscaal onevenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Indien een belastingplichtige wilt voorkomen dat na afloop van het jaar sprake is van een aftrekbeperking, zal de belastingplichtige regelmatig moeten berekenen wat de VV/EV-ratio is. Deze berekening kan lastig zijn aangezien de fiscale cijfers pas na het boekjaar worden opgemaakt.

Voor de berekening of sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen rijst de vraag of moet worden aangesloten bij de fiscale balans of de commerciële balans. In artikel 10d(oud) Wet VpB 1969 was met betrekking tot de VV/EV-ratio gekozen voor de fiscale balans en voor de concerntoets voor de commerciële balans. De commerciële jaarrekening heeft mede als doel om een verantwoord oordeel te vellen over het gevoerde financiële beleid van een onderneming.⁹⁷ Uit de commerciële cijfers volgt de uitkeerbare winst. De fiscale cijfers dienen

⁹⁷ P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer: 2013, 3.2.17.C.

ertoe om de fiscale jaarwinst te bepalen, waarna de verplichting aan de fiscus voor de te betalen belasting wordt vastgelegd.⁹⁸

Voor de beantwoording van de vraag of gebruik moet worden gemaakt van fiscale of commerciële cijfers is het van belang om te onderkennen wat het doel is van de thincapregeling. Indien de thincapregeling beoogt om een maximering van schuldfinanciering op te leggen aan ondernemingen omdat bovenmatig financieren onwenselijk wordt geacht, kan het voor de hand liggen om te toetsen aan de hand van de commerciële jaarrekening. Echter, indien de thincapregeling is opgenomen om bovenmatige renteaftrek bij onderneming te beperken met als doel een evenwichtigere behandeling van eigen en vreemd vermogen is het mijns inziens beter om aan te sluiten bij de fiscale jaarcijfers. Gelet op het doel van beide jaarrekeningen dient naar mijn mening voor de VV/EV-ratio aangesloten te worden bij de fiscale jaarrekening.

Voor de concerntoets is het, vanwege het internationale karakter van deze toets, juist om aan te sluiten bij de commerciële jaarrekening. Fiscale jaarrekeningen van verschillende jurisdicties met verschillende fiscale kenmerken laten zich niet eenvoudig consolideren. Hierdoor kan mijns inziens op grond van de verschillende fiscale jaarrekeningen geen uitspraak worden gedaan over de vermogenspositie van het gehele concern.

Indien wordt geconstateerd dat een belastingplichtige op grond van de VV/EV-ratio bovenmatig is gefinancierd met vreemd vermogen is het alsnog mogelijk om de rente in aftrek te brengen indien de belastingplichtige niet slechter is gekapitaliseerd dan de gehele groep waartoe de belastingplichtige behoort. De concerntoets is opgenomen vanuit de doelstelling van de bepaling, namelijk het bestrijden van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. De concerntoets draagt mijns inziens niet bij aan een effectievere bestrijding van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen, omdat het overmatig financieren met vreemd vermogen niet leidt tot een renteaftrekbeperking.

Doordat een thincapregeling, voor de berekening of sprake is van een aftrekbeperking, aansluit bij het eigen vermogen van de belastingplichtige verkrijgt de bepaling een procyclisch karakter. Dit procyclische karakter kan ontstaan indien een belastingplichtige, om welke reden dan ook, verlies maakt en gebruik moet maken van de beschikbare reserves. Hierdoor daalt het eigen vermogen van de belastingplichtige en stijgt het VV/EV-ratio waarna de belastingplichtige mogelijk met een renteaftrekbeperking wordt geconfronteerd. Hiertegenover staat dat indien de

⁹⁸ P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer: 2013, 3.2.17.C.

belastingplichtige winst maakt het eigen vermogen zal stijgen waarna - in de veronderstelling dat het vreemd vermogen constant blijft - mogelijk geen sprake meer is van een renteaftrekbeperking.

Het procyclische karakter van de thincapregeling kan gedeeltelijk worden opgeheven indien niet-aftrekbare rente kan worden voortgewenteld naar een later jaar. Het voortwentelen van de niet-aftrekbare rente kan op dezelfde wijze plaatsvinden als de voortwenteling van niet-verrekenbare verliezen van een belastingplichtige. Als gevolg van het in aftrek toestaan in een later jaar van niet-aftrekbare rente wordt de thincapregeling minder effectief. Dit komt doordat van aftrek uitgesloten rente in een later jaar alsnog in aftrek kan worden gebracht. Dit betekent dat bovenmatige financiering met vreemd vermogen niet per definitie leidt tot het uitsluiten van de renteaftrek. Het in een later jaar alsnog in aftrek toestaan van de rente draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

De thincapregeling zoals deze was opgenomen in de Wet VpB 1969 bevatte een aftrekplafond waardoor rente verschuldigd aan een derde partij alsnog in aftrek kon worden gebracht indien sprake is van overschrijding van de VV/EV-ratio. Dit betekent overigens niet dat rente verschuldigd aan een derde per definitie in aftrek kon worden gebracht. Het alsnog in aftrek toestaan van rente verschuldigd aan een derde in de situatie waarin sprake is van overfinanciering met vreemd vermogen, draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Het is naar mijn mening fiscaal zuiverder indien de rente betaald aan een derde en aan een verbonden lichaam fiscaal hetzelfde wordt behandeld. Indien de VV/EV-ratio wordt overschreden dient de rente in aftrek te worden beperkt, ongeacht of sprake is van een verbondenheid met de crediteur.

Het is tevens een mogelijkheid om in de thincapregeling op te nemen dat de aftrekbeperking ziet op bovenmatige netto rentelast. De netto rentelast is de saldering van de rentelasten en de rentebaten van de belastingplichtige. Als gevolg van de netto rentelast worden bijvoorbeeld financieringsmaatschappijen binnen een concern relatief beperkt geconfronteerd met de thincapregeling. Een financieringsmaatschappij binnen een concern is een lichaam waarbij het vreemd vermogen centraal wordt aangetrokken en vervolgens wordt doorgeleend aan groepsmaatschappijen. Dergelijke maatschappijen hebben vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling relatief weinig eigen winsten. Zonder toepassing van de netto rentelast worden dergelijke maatschappijen met een hoge aftrekbeperking geconfronteerd. Mijns inziens is deze uitwerking, als gevolg van de toepassing van een netto rentelast, voor dergelijke

maatschappijen juist. Als gevolg van deze uitwerking wordt niet bij de financieringsmaatschappij van het concern de rente in aftrek beperkt maar mogelijk bij de debiteuren van de financieringsmaatschappij. Indien deze rentelast bovenmatig is, wordt de rente in aftrek beperkt - tenzij de VV/EV-ratio van deze maatschappijen voldoende is.

De vraag rijst of de keuze voor de netto rentelast bijdraagt aan de bestrijding van de fiscale discriminatie tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Als gevolg van de keuze voor netto rentelast is het mogelijk voor belastingplichtige om meer renteaftrek te creëren door vreemd vermogen te verstrekken zodat rentebaten worden ontvangen. Als gevolg hiervan leidt de keuze voor netto rentelast niet tot een fiscaal meer evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Vanuit het oogpunt van effectiviteit is het niet wenselijk om te opteren voor het gebruik van de netto rentelast in een regeling die poogt bovenmatige rente in aftrek te beperken.

4.2.3. Internationaal belastingrecht

Het OESO-modelverdrag staat verdragspartijen niet in de weg om een aftrek van betaalde rentelasten te weigeren bij de debiteur. Indien de thincapregeling geen onderscheid maakt tussen een rentebetaling aan een binnenlandse en aan een buitenlandse crediteur is de thincapregeling in overeenstemming met het OESO-modelverdrag.

In het commentaar bij het OESO-modelverdrag is voor artikel 9 – de bepaling omtrent belastingheffing van gelieerde ondernemingen – opgenomen dat de bepaling verdragspartijen niet in de weg staat om een thincapregeling op te nemen in de nationale wetgeving.⁹⁹

In het arrest van 21 september 2012 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 10d Wet VpB 1969 verenigbaar is met artikel 9 OESO-modelverdrag.¹⁰⁰ In deze casus maakte belanghebbende deel uit van een internationaal concern en had schulden aan diverse groepsmaatschappijen. De vraag in deze zaak was of het verdrag toestaat dat artikel 10d Wet VpB 1969 de rente in aftrek beperkt bij de debiteur. De rechtbank oordeelde dat artikel 9 OESO-modelverdrag niet in de weg staat aan toepassing van artikel 10d Wet VpB 1969.¹⁰¹ Dit omdat aan het OESO-commentaar beperkte betekenis toekomt voor de uitleg van de verdragsbepaling. De onzekerheid ontstaat als gevolg van de onduidelijke verhouding tussen het arm's length-beginsel en de thincapregeling en de toezegging van de OESO om dit punt nog te onderzoeken. De Hoge Raad oordeelt dat, mede vanwege het feit dat het begrip thin capitalisation niet is

⁹⁹ OESO-commentaar bij artikel 9 OESO-Modelverdrag, paragraaf 1, punt 3.

¹⁰⁰ HR 21 september 2012, nr. 10/05268, BNB 2013/15.

¹⁰¹ Rb 22 oktober 2010, AWB 09/611, LJN BO2074, r.o. 4.21.

gedefinieerd, de term ter goede verdragstrouw moet worden uitgelegd.¹⁰² Mede gelet op het feit dat de thincapregeling zich richt op de totale financieringsstructuur van de belastingplichtige - en niet enkel op specifieke leningen – oordeelt de Hoge Raad dat de bepaling in overeenstemming is met artikel 9 OESO-modelverdrag. Artikel 9 OESO-modelverdrag ziet op afzonderlijke transacties tussen gelieerde partijen, terwijl de thincapregeling de totale financieringsstructuur van een belastingplichtige beoordeelt. Doordat beide regelingen in de kern verschillen is de overweging van de Hoge Raad mijns inziens juist.

4.2.4. EU-belastingrecht

Een thincapregeling die van toepassing is ongeacht waar de crediteur van de geldlening is gevestigd, is in beginsel verenigbaar met EU-belastingrecht. Echter, indien in de bepaling discriminerend onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en grensoverschrijdende situaties kan de bepaling een inbreuk vormen op het EU-belastingrecht. Duitsland hanteerde van 1996 tot en met 1998 een thincapregeling waardoor de vergoeding voor vreemd vermogen in bepaalde gevallen werd aangemerkt als verkapte winstuitdeling.¹⁰³ Deze aanmerking als verkapte winstuitdeling was niet van toepassing op belastingplichtigen die in Duitsland voor aftrek van vennootschapsbelasting in aanmerking kwamen. In de zaak Lankhorst-Hohorst is door het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de regeling een belemmering is van de vrijheid van vestiging, zonder dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond voor het gemaakte onderscheid.¹⁰⁴ De regeling is in strijd met EU-belastingrecht indien onderscheid wordt gemaakt naar de vestigingsplaats van de crediteur. Indien de thincapregeling dergelijk onderscheid niet maakt is de regeling in overeenstemming met EU-belastingrecht.

In de zaak Scheuten Solar Technology stond de Duitse thincapregeling centraal in verhouding tot de Interest- en royaltyrichtlijn.¹⁰⁵ De gestelde prejudiciële vraag betrof of het weigeren van een renteaftrek bij de debiteur kan worden aangemerkt als een impliciete bronheffing over uitgekeerde rente. In deze casus betaalde een in Duitsland gevestigde vennootschap rente aan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Op grond van de Duitse nationale wetgeving werd toegestaan dat 50% van de betaalde rente in aftrek van de winst werd gebracht. De richtlijn voorkomt juridisch dubbele belastingheffing doordat lidstaten wordt verboden een bronbelasting te heffen over rentebetalingen aan een verbonden onderneming. Dit betekent dat

¹⁰² HR 21 september 2012, nr. 10/05268, BNB 2013/15, r.o. 3.6.3.2.

¹⁰³ HvJ EU 12 december 2002, C-324/00 (Lankhorst-Hohorst) r.o. 3.

¹⁰⁴ HvJ EU 12 december 2002, C-324/00 (Lankhorst-Hohorst) r.o. 32.

¹⁰⁵ HvJ EU 21 juli 2011, C-397/09, (Scheuten Solar Technology).

de Interest- en royaltyrichtlijn alleen de fiscale situatie van de crediteur betreft. De richtlijn staat lidstaten vrij om een renteaftrekbepanking toe te passen bij de debiteur. De rentebetaling wordt niet belast met een bronbelasting maar de rente wordt in aftrek beperkt voor de bepaling van de fiscale winst. De regeling is hierdoor verenigbaar met de Interest- en royaltyrichtlijn.

Indien bij een belastingplichtige sprake is van overfinanciering op grond van de thincapregeling heeft de belastingplichtige te maken met een aftrekbepanking van de rente. De belastingplichtige wordt niet bevoordeeld door de overheid. Hierdoor kan geen sprake zijn van staatssteun.

In artikel 10d Wet VpB 1969, zoals deze bepaling gold tot en met 2012, was in lid 9 opgenomen dat de buitenlandse vaste inrichting werd uitgesloten van de vaststelling of sprake is van een renteaftrekbepanking. Dit is een vergelijkbare uitsluiting zoals is opgenomen in artikel 13l Wet VpB 1969 en artikel 15ad Wet VpB 1969. Zoals in het vorige hoofdstuk bij deze twee bepalingen is geconcludeerd, is deze uitsluiting mijns inziens niet verenigbaar met het EU-belastingrecht (zie paragrafen 3.3.5. en 3.4.5).

4.2.5. Uitvoerbaarheid

De thincapregeling is relatief eenvoudig uitvoerbaar omdat de regeling niet elke geldlening afzonderlijk beoordeelt maar de gehele financieringsstructuur van de belastingplichtige beoordeelt. Daarbij hanteert de regeling duidelijke fiscale termen waardoor mogelijke discussies tussen belastingplichtigen en inspecteurs worden voorkomen. De keuze voor een absolute grens voor de VV/EV-ratio draagt bij aan de uitvoerbaarheid van de regeling. In het vervallen artikel 10d Wet VpB 1969 was sprake van een aftrekbepanking indien de ratio groter is dan 3:1. Dit is een absolute grens welke eenvoudiger hanteerbaar is dan fiscale definities zoals *in overwegende mate* en *in belangrijke mate*. Dergelijke definities dragen niet bij aan een eenvoudig uitvoerbare regeling.

Voor de belastingplichtige is de bepaling uitvoerbaar omdat, indien de fiscale cijfers beschikbaar zijn, de berekening of sprake is van een aftrekbepanking relatief eenvoudig is. Deze cijfers dienen te worden opgemaakt om uiteindelijk de verplichting aan de fiscus vast te leggen. Uit de fiscale cijfers dient het gemiddelde eigen vermogen en vreemd vermogen gedurende het jaar bepaald te worden, waarna precies uitgerekend kan worden of sprake is van een aftrekbepanking. Voor de berekening of sprake is van een aftrekbepanking wordt geen gebruik gemaakt van onduidelijke definities waardoor over de berekening voor zowel de belastingplichtige als de fiscus weinig onduidelijkheden zullen bestaan.

De internationale bekendheid van de thincapregeling zorgt naar mijn mening ook voor een betere uitvoerbaarheid van de regeling. Het is voor een internationaal concern eenvoudiger indien in elk van de fiscale jurisdicties waarin het concern zich bevindt een vergelijkbare toets moet worden berekend, in plaats van in elk fiscale jurisdictie een apart stelsel van renteaftrekbeperkingen toepassen.

Indien de thincapregeling wordt ingevoerd met de franchise en het groepsvereiste leidt dit tot een regeling welke op een beperkt aantal belastingplichtige van toepassing is. Dit zorgt ervoor dat de regeling voor de wetgever meer uitvoerbaar is, maar dit gaat ten koste van de effectiviteit van de bepaling.

4.2.6. Deelconclusie

De thincapregeling is een generieke renteaftrekbeperking welke de gehele financieringsstructuur van een belastingplichtige beoordeelt. Indien de VV/EV-ratio groter is dan de toegestane VV/EV-ratio wordt de rente in aftrek beperkt. Als gevolg van de keuze voor een vaste ratio is het mogelijk voor belastingplichtigen om het maximale toegestane vreemd vermogen te berekenen en hierdoor de volledige renteaftrek te benutten. In het oude artikel 10d Wet VpB 1969 was een franchise opgenomen die belastingplichtige toestaat € 500.000 aan vreemd vermogen aan te trekken zonder dat de verschuldigde rente in aftrek wordt beperkt. Tevens konden belastingplichtigen met een VV/EV-ratio slechter dan de toegestane verhouding op grond van de concerntoets de rente mogelijk alsnog in aftrek brengen. Vereist is dat de belastingplichtige niet slechter is gekapitaliseerd dan de gehele groep waartoe de belastingplichtige behoort. De concerntoets en de franchise dragen mijns inziens niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Dit omdat bovenmatig financieren met vreemd vermogen niet leidt tot een aftrekbeperking van de rente.

De thincapregeling zoals deze was opgenomen in artikel 10d Wet VpB 1969 maakte het voor belastingplichtigen mogelijk om betaalde rente aan een derde partij in sommige gevallen alsnog in aftrek te brengen, ondanks dat de VV/EV-ratio werd overschreden. Dit draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Bovenmatig financieren met vreemd vermogen wordt alsnog in aftrek toegestaan.

Het voortwentelen van niet-aftrekbare rente en de keuze voor een aftrekbeperking op basis van de netto rentelast dragen beide niet bij aan een effectieve bestrijding van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. Als gevolg van beide regelingen kan mogelijk bovenmatige

rente alsnog in aftrek worden gebracht. Enerzijds door de rente over te brengen naar een later jaar en anderzijds door de rentelast te verrekenen met ontvangen rentebaten.

In de zaak Scheuten Solar Technology is geoordeeld door het Hof van Justitie EU dat de thincapregeling geen inbreuk vormt op de Interest- en royaltyrichtlijn. Indien de thincapregeling geen onderscheid maakt naar de vestigingsplaats van de crediteur is de regeling in overeenstemming met EU-belastingrecht. Ook het OESO-modelverdrag staat verdragspartijen vrij om de rente in aftrek te beperken.

De verschillende onderdelen van de thincapregeling zorgen ervoor dat deze bepaling zowel voor de wetgever als voor de belastingplichtige eenvoudig uitvoerbaar is. De thincapregeling beoordeelt de financieringsstructuur van de belastingplichtige als geheel en beoordeelt niet elk afzonderlijke geldlening of sprake is van oneigenlijk gebruik. De thincapregeling bevat duidelijke definities welke minder snel leiden tot discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus. Daarnaast draagt het gebruik van een absoluut criterium voor de vaste-ratiotoets bij aan de uitvoerbaarheid van de regeling, in tegenstelling tot een regeling welke gebruik maakt van fiscale terminologie zoals *in overwegende mate* waarbij de grens onduidelijker is. Dergelijke fiscale terminologie draagt niet bij aan de duidelijkheid van de regeling en heeft een verminderde uitvoerbaarheid van de regeling ten gevolg.

4.3. Earningsstrippingregeling

4.3.1. Algemene beschouwing

Na de thincapregeling wordt in deze paragraaf een alternatief voor de thincapregeling besproken. De earningsstrippingregeling is een generieke renteaftrekbepanking die ziet op het voorkomen van het uithollen van de belastinggrondslag door belastingplichtigen. De Duitse variant van de earningsstrippingregeling bepaalt dat de maximaal aftrekbare netto rentelast 30% bedraagt van de EBITDA van de belastingplichtige. De hoogte van de toegestane netto rentelast is geen vast percentage. De EBITDA is de fiscale winst vóór aftrek van rente, belastingen en afschrijvingen.¹⁰⁶ De netto rentelast wordt vergeleken met de EBITDA om te bepalen of sprake is van overschrijding van de maximaal toegestane rentelast. De keuze in het consultatiedocument om de grens voor de aftrekbaarheid van de netto rentelast op 30% te stellen is dezelfde grens als in Duitsland wordt gehanteerd.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6, blz. 7.

Evenals de thincapregeling is het doel van de earningsstrippingregeling het voorkomen dat de belastinggrondslag wordt uitgehold door internationale concerns. In het consultatiedocument is opgenomen dat de regeling daarom alleen van toepassing is op belastingplichtigen die onderdeel zijn van een groep. In het consultatiedocument wordt tevens voorgesteld om voor dit vereiste aan te sluiten bij artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek, zoals ook in de oude thincapregeling was opgenomen.

In het consultatiedocument is gekozen om belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden om niet-aftekbare rente in een jaar voort te wentelen naar een volgend jaar, met een maximum van negen jaar. De wijze waarop dit zou moeten worden uitgevoerd komt overeen met de voortwenteling van de niet-verrekende verliezen, opgenomen in artikel 20, lid 2 Wet VpB 1969.

4.3.2. Effectiviteit

De earningsstrippingregeling vergelijkt - voor het bepalen of de rente in aftrek wordt beperkt - de netto rentelast met de fiscale winst, welke uit de fiscale jaarrekening is af te leiden.¹⁰⁷ De keuze voor de fiscale winst is mijns inziens begrijpelijk aangezien de regeling poogt fiscaal evenwichtige behandeling tussen eigen en vreemd vermogen te bereiken door middel van een maximalisering van het aftrekrecht van de netto rentelast.

Met betrekking tot de thincapregeling kan worden gesteld dat deze tevens een economische doelstelling nastreeft, namelijk de financieringsstructuur van belastingplichtigen versterken. Vanuit deze economische doelstelling kan worden verdedigd dat een berekening van de renteaftrek op grond van commerciële cijfers een betere uitkomst geeft dan een berekening op basis van fiscale cijfers. Indien deze redenatie wordt gevolgd voor de earningsstrippingregeling kan worden gesteld dat de earningsstrippingregeling tevens poogt winst te stimuleren. Het betreft mijns inziens de fiscale winst die wordt gestimuleerd en niet de commerciële winst van een belastingplichtige, waardoor de keuze voor de fiscale cijfers als uitgangspunt voor de earningsstrippingregeling mijns inziens een juiste keuze is. De fiscale balans heeft immers als doel om de fiscale jaarwinst te bepalen.¹⁰⁸ De commerciële balans heeft als doel een handvat te bieden aan bijvoorbeeld aandeelhouders om een verantwoord oordeel te vellen over het gevoerde financiële beleid van een onderneming.

¹⁰⁷ F.J. Elswelier & J. van Strien, *De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?*, WFR 2012/182.

¹⁰⁸ P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer: 2013, 3.2.17.C.

In de oude thincapregeling werd een belastingplichtige de mogelijkheid geboden om de rente alsnog in aftrek te brengen indien de belastingplichtige beter is gekapitaliseerd dan de gehele groep. Indien in de earningsstrippingregeling een zelfde mogelijkheid wordt geboden is het mijns inziens juist om deze toets te baseren op de commerciële cijfers. Het is mogelijk dat een belastingplichtige die gebruik wil maken van de concerntoets onderdeel is van een internationaal concern. Hierdoor is een vergelijking op basis van fiscale cijfers mijns inziens niet mogelijk vanwege de verschillende fiscale jurisdicties waarin het concern opereert. Elke fiscale jurisdictie hanteert immers verschillende winstbepalingen. Zoals bij de thincapregeling is geconstateerd, draagt een dergelijke concerntoets mijns inziens niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Bovenmatig financieren met vreemd vermogen kan immers alsnog leiden tot een renteaftrek.

De regeling is van toepassing op geldleningen verkregen van zowel een derde partij als van verbonden lichamen. Dit draagt mijns inziens bij aan een evenwichtigere behandeling van eigen en vreemd vermogen. Een onderscheid tussen verschillende crediteuren leidt tot bevoordeling van bepaalde crediteuren waardoor een stimulering van het aantrekken van vreemd vermogen van deze crediteuren blijft bestaan. Dit draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

De earningsstrippingregeling gaat uit van de netto rentelast van een belastingplichtige: de rentelast wordt verminderd met de rentebaten. De keuze voor de netto rentelast kan voor zowel de wetgever als de belastingplichtige gunstig zijn. Voor de wetgever is deze keuze gunstig omdat de rentelast pas in aftrek kan worden gebracht indien en voor zover de rentelasten de rentebaten overstijgen. Daarbij komt dat de netto rentelast tevens pas in aftrek kan worden gebracht indien de netto rentelast niet meer bedraagt dan het wettelijk vastgestelde percentage van de fiscale winst. Onbelaste deelnemingsopbrengsten leiden niet tot een groter aftrekpotentieel van de rentelast voor een belastingplichtige. Dit betekent dat het Bosal-gat wordt vermeden, omdat het niet meer mogelijk is dat een belastingplichtige onbelast deelnemingsopbrengsten ontvangt en de rentelast in aftrek kan brengen.¹⁰⁹ Het Bosal-gat, ontstaan na het Bosal-arrest, betekende voor belastingplichtigen dat het mogelijk was om onbelast deelnemingsopbrengsten te ontvangen en de financieringskosten in aftrek te brengen.

¹⁰⁹ F.J. Elsweyer & J. van Strien, *De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?*, WFR 2012/182.

Doordat de earningsstrippingregeling het renteaftrekpotentieel afhankelijk stelt van de ontvangen rentebaten en de EBITDA is het Bosal-gat vermeden.

Voor belastingplichtigen kan de keuze voor de netto rentelast ook positief zijn. Indien de earningsstrippingregeling wordt ingevoerd blijft de rente in beginsel aftrekbaar van de winst. De renteaftrek wordt beperkt indien sprake is van een bovenmatige rentelast. Een bovenmatige rentelast kan – door de keuze voor de netto rentelast - worden gecompenseerd met rentebaten. Hierdoor kan meer rente in aftrek worden gebracht indien de rentebaten toenemen. De keuze voor de netto rentelast draagt echter niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

De koppeling van de maximale renteaftrek aan de hoogte van de fiscale winst heeft als gevolg dat een belastingplichtige wordt gestimuleerd om te investeren in activa welke belaste opbrengsten genereren. Immers, het aftrekpotentieel van de rente is afhankelijk van de hoogte van de fiscale winst. Hierdoor stimuleert de renteaftrek – naast het bestrijden van bovenmatig financieren met vreemd vermogen – renderende activiteiten. Het nadeel van deze keuze is dat indien een belastingplichtige verlies lijdt, geen rente in aftrek kan worden gebracht.

Het baseren van de maximaal toelaatbare netto rentelast van een belastingplichtige op de fiscale winst heeft ook nadelige gevolgen. Allereerst heeft de regeling een procyclisch karakter, omdat de fiscale winst jaarlijks kan fluctueren. Hierdoor verandert het aftrekpotentieel voor de belastingplichtige mee. Als, ten gevolge van economisch slechte tijden, de fiscale winst van een belastingplichtige daalt, leidt dit tevens tot een verlaging van het aftrekpotentieel van de rente. Hiertegenover staat dat indien een belastingplichtige in een jaar een hogere fiscale winst realiseert, dit tevens het aftrekpotentieel van de netto rentelast verruimt.

Om het procyclische karakter van de regeling op te lossen is in het consultatiedocument – waarin het voorstel voor de earningsstrippingregeling is opgenomen - in navolging van de Duitse earningsstrippingregeling, een voortwenteling van niet-aftrekbare rente opgenomen. Als gevolg van de voortwenteling worden de gevolgen van economisch slechte jaren op de renteaftrekbeperking verzacht. Echter, als gevolg hiervan draagt de voortwenteling van niet-aftrekbare rente niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Immers, indien de belastingplichtige op grond van de berekening van de earningsstrippingregeling bovenmatig is gefinancierd met vreemd vermogen kan de rente in een later jaar alsnog in aftrek worden gebracht. Op dit punt dient een keuze te worden gemaakt

tussen een oplossing voor het procyclische karakter van de bepaling en een effectieve aftrekweigerings in het geval van bovenmatig financieren met vreemd vermogen.

Ten tweede is het afhankelijk stellen van de aftrekbeperking van de fiscale winst nadelig voor belastingplichtigen, omdat het nagenoeg onmogelijk is om gedurende het jaar fiscaal te plannen zodat een aftrekbeperking wordt voorkomen. Dit draagt naar mijn mening wel bij aan een effectieve bestrijding van de onevenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Indien belastingplichtigen kunnen anticiperen op de uitwerking van regeling en daardoor fiscaal de grens kunnen opzoeken, neemt de effectiviteit van de regeling af.

De doelstelling van de earningsstrippingregeling is het voorkomen dat de belastinggrondslag wordt uitgehold door internationale concerns.¹¹⁰ Vanuit deze doelstelling is het begrijpelijk dat de bepaling niet van toepassing is op belastingplichtigen die geen deel uitmaken van een groep. Echter, in het kader van een evenwichtige fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen is het mijns inziens onwenselijk dat een belastingplichtige die geen deel uitmaakt van een groep niet geconfronteerd kan worden met een renteaftrekbeperking. Een dergelijke uitsluiting draagt mijns inziens niet bij aan een evenwichtigere behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

In het consultatiedocument is, om de earningsstrippingregeling uitvoerbaar te maken, gekozen voor een franchise van €250.000 waaronder de netto rentelast aftrekbaar is, ongeacht de hoogte van de fiscale winst.¹¹¹ Het opnemen van een franchise is voor de uitvoerbaarheid van de bepaling wellicht wenselijk, maar draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Een franchise om het MKB te ontzien leidt namelijk niet tot een bijdrage aan een effectieve bestrijding van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. Het is vanuit de doelstelling van de bepaling, het voorkomen dat de belastinggrondslag wordt uitgehold door internationale concerns, begrijpelijk dat het MKB wordt ontzien door middel van een franchise.

Daarnaast is de earningsstrippingregeling niet van toepassing indien de belastingplichtige kan aantonen dat zijn kapitalisatie niet slechter is dan de kapitalisatie van de gehele groep waartoe de belastingplichtige behoort. Deze bepaling is relevant vanuit de doelstelling van de regeling, namelijk het bestrijden van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. De concerntoets draagt mijns inziens niet bij aan een effectievere bestrijding van de fiscale

¹¹⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6, blz. 21.

¹¹¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6, blz. 5 en 21.

discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen omdat het bovenmatig financieren met vreemd vermogen niet leidt tot een renteaftrekbeperking.

4.3.3. Internationaal belastingrecht

Het OESO-modelverdrag staat verdragspartijen niet in de weg om een aftrek van betaalde rentelasten te weigeren bij de debiteur. Indien de earningsstrippingregeling geen onderscheid maakt tussen een binnenlandse en een buitenlandse crediteur is de regeling in overeenstemming met het OESO-modelverdrag.

4.3.4. EU-belastingrecht

De earningsstrippingregeling is niet in strijd met EU-belastingrecht indien geen discriminerend onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. In de zaak Scheuten Solar Technology is de vraag beantwoord of de thincapregeling in strijd is met de Interest- en royaltyrichtlijn (zie paragraaf 4.2.4). De richtlijn staat lidstaten toe om een renteaftrekbeperking toe te passen bij de debiteur. Door de earningsstrippingregeling wordt de rentebetaling niet belast met een bronbelasting maar wordt de rente in aftrek beperkt voor de bepaling van de fiscale winst. De regeling is hierdoor verenigbaar met de Interest- en royaltyrichtlijn.

Indien bij een belastingplichtig, als gevolg van de earningsstrippingregeling, de rente in aftrek wordt beperkt kan geen sprake zijn van een bevoordeling door de overheid. Daarnaast is de regeling van toepassing op alle belastingplichtigen, waardoor er geen sprake kan zijn van staatssteun.

4.3.5. Uitvoerbaarheid

Het voordeel van een generieke renteaftrekbeperking voor zowel de wetgever als de belastingplichtige is de uitvoerbaarheid. De earningsstrippingregeling is relatief eenvoudig uitvoerbaar omdat de regeling niet elke geldlening afzonderlijk, maar de gehele financieringsstructuur van de belastingplichtige beoordeeld. Daarbij hanteert de regeling duidelijke termen waardoor mogelijke discussies tussen belastingplichtigen en inspecteurs worden voorkomen. De keuze voor een relatieve grens, bijvoorbeeld van 30%, van een absolute grootheid - de fiscale winst - tot waar de rente in aftrek kan worden gebracht draagt bij aan de uitvoerbaarheid van de regeling. Een dergelijke grens is eenvoudiger hanteerbaar dan fiscale terminologie zoals *in overwegende mate* en *in belangrijke mate*. Het gebruik van dergelijke fiscale terminologie draagt mijns inziens niet bij aan een eenvoudig uitvoerbare regeling.

Daarnaast is de earningsstrippingregeling voor de belastingplichtige uitvoerbaar omdat de relevante grootheden voor de berekening van de aftrekbeperking eenvoudig uit de fiscale jaarrekening zijn af te leiden.¹¹² Deze cijfers dienen te worden opgemaakt om de fiscale jaarwinst te bepalen. Het renteaftrekpotentieel van de earningsstrippingregeling voor een belastingplichtige is een afgeleide van de fiscale jaarwinst.

De aftrekbeperking van de rente op grond van de earningsstrippingregeling is nagenoeg niet te berekenen tijdens het fiscale jaar, omdat de fiscale winst nog niet is gerealiseerd. Hierdoor vindt de berekening voor de earningsstrippingregeling pas plaats na het fiscale boekjaar. Deze uitvoering kan nadelig worden geacht voor belastingplichtigen ten opzichte van de huidige renteaftrekbeperkingen waarin wel gedurende het fiscale jaar bekend kan zijn of de rente in aftrek wordt beperkt. Echter, het nadelige effect in de uitvoerbaarheid wordt mijns inziens ruimschoots gecompenseerd doordat dit effect de effectiviteit van de regeling ten goede komt.

Voor de uitvoerbaarheid van de earningsstrippingregeling is het mijns inziens niet onbelangrijk dat internationale concerns al bekend zijn met de bepaling. In verscheidene EU-lidstaten is een dergelijke regeling al opgenomen in de wet.¹¹³ Het is voor belastingplichtigen eenvoudiger indien de toets of sprake is van een renteaftrekbeperking in diverse fiscale jurisdicties hetzelfde is, in vergelijking met de situatie waarin in elk lidstaat een apart stelsel van renteaftrekbeperkingen wordt gehanteerd.

4.3.6. Deelconclusie

De earningsstrippingregeling is een generieke regeling welke de renteaftrek beperkt indien de netto rentelast als bovenmatig wordt aangemerkt ten opzichte van de EBITDA. De ontvangen rentebate wordt eerst gesaldeerd met de rentelast alvorens wordt berekend of sprake is van een excessieve netto rentelast. De EBITDA is de fiscale winst vóór rente, belasting en afschrijvingen.

De earningsstrippingregeling is mijns inziens een effectieve bepaling om de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen te bestrijden. Een reden hiervoor is dat de earningsstrippingregeling geen onderscheid maakt tussen een geldlening verkregen van een derde partij of van een verbonden lichaam. Voor een evenwichtige behandeling tussen eigen en vreemd vermogen is dit wenselijk. Indien rente aan een derde partij altijd in aftrek kan worden

¹¹² F.J. Elsweyer & J. van Strien, *De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?* WFR 2012/182.

¹¹³ Onder andere Duitsland en Italië hanteren een vergelijkbare regeling, zie: J. van Strien & M.G.H. Kroon, *Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?*, NTFR 2011/614.

gebracht draagt dit niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. De keuze voor de earningsstrippingregeling om uit te gaan van een netto rentelast heeft als voordeel voor de wetgever dat het Bosal-gat wordt vermeden. Het Bosal-gat wordt vermeden doordat het niet meer mogelijk is voor belastingplichtigen om onbelast deelnemingsopbrengsten te ontvangen en rentelasten af te trekken van de winst. Doordat de earningsstrippingregeling het renteaftrekkendpotentieel afhankelijk stelt van de ontvangen rentebaten en de EBITDA wordt het Bosal-gat vermeden. Bij de thincapregeling blijft het gat bestaan omdat het mogelijk blijft deelnemingsopbrengsten onbelast te ontvangen en rentelasten in aftrek te brengen, indien de VV/EV-ratio niet wordt overschreden. Echter, de netto rentelast draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. De reden hiervoor is dat een belastingplichtige de renteaftrek kan vergroten door rentebaten te creëren.

Indien in de earningsstrippingregeling wordt opgenomen dat belastingplichtigen gebruik kunnen maken van de concerntoets vermindert de effectiviteit van de bepaling. De concerntoets houdt in dat belastingplichtigen de rente alsnog in aftrek kunnen brengen indien de belastingplichtige beter is gekapitaliseerd dan de gehele groep. De concerntoets draagt niet bij aan evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Doordat de earningsstrippingregeling het renteaftrekkendpotentieel mede afhankelijk stelt van de hoogte van de fiscale winst van een belastingplichtige, stimuleert de earningsstrippingregeling activiteiten welke leiden tot een hogere belastbare fiscale winst bij belastingplichtigen. Immers, indien een belastingplichtige meer rente in aftrek wil brengen dient de winst toe te nemen. Een ander voordeel van de keuze voor de fiscale winst is dat een belastingplichtige moeilijk fiscaal kan plannen op de earningsstripping. Immers, de fiscale winst zal pas ná het boekjaar bekend zijn. Daarnaast is de keuze voor de fiscale winst, in plaats van de commerciële winst, als basis voor de regeling mijns inziens juist. Fiscale cijfers worden gebruikt om de fiscale jaarwinst van belastingplichtigen te bepalen. De earningsstrippingregeling is een regeling welke de uitholling van de belastinggrondslag door renteaftrek beoogt te bestrijden. Dit doel wordt mijns inziens het best bereikt door gebruik te maken van fiscale cijfers.

Echter, het opteren voor het afhankelijk stellen van de fiscale winst heeft tot gevolg dat de regeling een procyclisch effect bevat. Als gevolg van een daling van de fiscale winst vermindert het renteaftrekkendpotentieel voor een belastingplichtige. Uiteraard ontstaat het tegenovergestelde effect bij een stijging van de winst. Dit procyclische effect kan gedeeltelijk worden opgelost indien belastingplichtigen wordt toegestaan om niet-aftrekbare rente voort te wentelen.

Hierdoor kan de niet-aftekbare rente in een toekomstig jaar mogelijk alsnog in aftrek worden gebracht. De voortwenteling draagt niet bij aan een effectieve bestrijding van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen.

Indien de regeling geen onderscheid maakt naar de vestigingsplaats van de crediteur vormt de earningsstrippingregeling geen inbreuk op EU-belastingrecht en op internationaal belastingrecht.

Daarnaast is de earningsstrippingregeling relatief eenvoudig uitvoerbaar omdat de regeling niet elke geldlening afzonderlijk, maar de gehele financieringsstructuur van de belastingplichtige beoordeelt. Daarbij hanteert de regeling duidelijke fiscale terminologie waardoor mogelijke discussies tussen belastingplichtigen en inspecteurs worden voorkomen. De keuze voor een relatieve grens – bijvoorbeeld 30% van de fiscale winst - tot waar de rente in aftrek kan worden gebracht draagt bij aan de uitvoerbaarheid van de regeling, in vergelijking met regelingen waarin gebruik wordt gemaakt van fiscale terminologie als *in belangrijke mate*. Het aantal belastingplichtige waarbij mogelijk de rente in aftrek wordt beperkt is begrensd door de franchise en het groepsvereiste.

4.4. Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of een generieke renteaftrekbeperking een oplossing is voor de fiscale discriminatie van eigen en vreemd vermogen. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond is: *Is een generieke renteaftrekbeperking een effectieve oplossing om de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtig(er) te behandelen, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?*

Een generieke renteaftrekbeperking heeft als kenmerk dat de gehele financieringsstructuur van de belastingplichtige wordt beoordeeld voor het antwoord op de vraag of sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen. In dit hoofdstuk zijn de thincapregeling en de earningsstrippingregeling onderzocht. De thincapregeling gaat voor de maximale financiering van vreemd vermogen uit van de VV/EV-ratio.

In het vervallen artikel 10d Wet VpB 1969 mocht het vreemd vermogen niet meer dan drie maal zo hoog zijn als het eigen vermogen. De earningsstrippingregeling berekent de maximaal toegestane rentelast door uit te gaan van de fiscale winst. In het consultatiedocument is opgenomen dat ten hoogste 30% van de fiscale winst door een belastingplichtige aan netto rentelast in aftrek mag worden gebracht. Beide regelingen gaan in beginsel uit van de fiscale

cijfers. Dit is mijns inziens juist aangezien deze cijfers beter aansluiten bij het evenwichtiger behandelen van eigen en vreemd vermogen.

Beide regelingen kunnen onderdelen bevatten waardoor ze minder effectief zijn in het bestrijden van de onevenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Ten eerste betreft dit de franchise tot waar de rente in aftrek kan worden gebracht, ongeacht of wordt voldaan aan de berekening of sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen. De franchise is opgenomen om minder belastingplichtigen te confronteren met een aftrekbeperking en is voornamelijk een tegemoetkoming aan het MKB.

Een tweede onderdeel is het groepsvereiste: er kan alleen sprake zijn van een aftrekbeperking indien de belastingplichtige onderdeel uitmaakt van een groep. Dit is vanuit het oogpunt dat beide regelingen als doel hebben het voorkomen dat de binnenlandse belastinggrondslag wordt uitgehoud door internationale concerns. Echter, in het kader van een effectieve bestrijding van de onevenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen acht ik het wenselijk om elke belastingplichtige te onderwerpen aan de renteaftrekbeperking indien sprake is van bovenmatig financiering met vreemd vermogen.

Een derde onderdeel is de concerntoets. In de oude Nederlandse thincapregeling was een concerntoets opgenomen waardoor niet-aftrekbare rente alsnog in aftrek kan worden ingebracht indien de belastingplichtige beter is gekapitaliseerd dan de gehele groep. Een dergelijke toevoeging kan bij beide regelingen worden opgenomen. Echter, deze toets draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen, omdat een bovenmatige rentelast alsnog in aftrek kan worden gebracht bij de debiteur.

Beide regelingen hebben mogelijk een procyclisch effect, omdat beide (indirect) gebaseerd zijn op de fiscale winst. Indien de fiscale winst van een belastingplichtige daalt, is het mogelijk dat het eigen vermogen daalt. Hierdoor vermindert eveneens de mogelijkheid om de rente in aftrek te brengen. Dit procyclische effect kan bij beide regelingen worden opgelost door toe te staan dat niet-aftrekbare rente kan worden voortgewenteld naar een later jaar. Dit is voor de effectiviteit van de bepaling niet wenselijk, omdat op enig moment sprake is van bovenmatig financieren met vreemd vermogen waarna de rente in aftrek wordt beperkt. Indien het mogelijk is om niet-aftrekbare rente voort te wentelen, bestrijdt de regeling bovenmatig financieren met vreemd vermogen minder effectief.

Bij beide regelingen kan worden geopteerd voor een aftrekbeperking op basis van de netto rentelast. Als gevolg hiervan mag een belastingplichtige de rentelast verminderen met eventuele rentebaten alvorens wordt bekeken of sprake is van bovenmatige financiering met vreemd vermogen. Dit zorgt er mede voor dat het Bosal-gat wordt vermeden, omdat belastingplichtigen niet langer onbelast deelnemingsopbrengsten kunnen ontvangen en tegelijkertijd de rentelast aftrekken van de winst. De netto rentelast draagt niet bij aan een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Het voornaamste verschil tussen beide bepalingen is de berekening om te bepalen welk gedeelte van het vreemd vermogen moet worden aangemerkt als bovenmatig. De thincapregeling gaat uit van de VV/EV-ratio. Echter, hierop kan een belastingplichtige gedurende het jaar fiscaal anticiperen indien verwacht wordt dat de rente in aftrek wordt beperkt. Een mogelijke oplossing voor een belastingplichtige om een aftrekbeperking te voorkomen is door middel van een kapitaalstorting van de aandeelhouder om het eigen vermogen van de belastingplichtige te verhogen, zodat wordt voldaan aan de VV/EV-ratio. De earningsstrippingregeling gaat uit van de fiscale winst. Deze is pas na het boekjaar bekend, waardoor het moeilijker is voor belastingplichtigen om fiscaal te anticiperen op een mogelijke renteaftrekbeperking. Belastingplichtigen kunnen het renteaftrekpotentieel vergroten door een hogere fiscale winst te realiseren. De earningsstrippingregeling stimuleert hierdoor - naast bestrijding van bovenmatig financieren met vreemd vermogen – tevens belastbare activiteiten. De earningsstrippingregeling geniet hierdoor mijn voorkeur.

Een generieke renteaftrekbeperking kan een meer evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen bereiken. Dit is echter afhankelijk van de precieze vormgeving van de regeling.

In het volgende hoofdstuk wordt onderzoek gedaan naar ACE en CBIT. Dit zijn principiële systemen waarin eigen vermogen en vreemd vermogen aan elkaar worden gelijkgesteld: of rente én dividend aftrekbaar dan wel allebei niet aftrekbaar zijn voor de debiteur.

5. Fundamentele gelijkstelling eigen vermogen en vreemd vermogen

5.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is onderzocht of een generieke renteaftrekbeperking leidt tot een meer evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. In het vorige hoofdstuk heb ik geconcludeerd dat een generieke renteaftrekbeperking effectief de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen kan bestrijden. Dit is evenwel mede afhankelijk van de precieze invulling van de generieke regeling.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of een fundamentele gelijkstelling van de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen leidt tot een effectieve bestrijding van de fiscale discriminatie van eigen en vreemd vermogen. Als gevolg van een fundamentele gelijkstelling worden eigen en vreemd vermogen fiscaal op dezelfde wijze behandeld. Een fundamenteel systeem waarin eigen vermogen als vreemd vermogen wordt behandeld, wordt in de economische literatuur het ACE systeem genoemd. Het ACE systeem staat in essentie een aftrek toe op eigen vermogen zoals het nu al mogelijk is voor belastingplichtigen om rente in aftrek te brengen van de winst. De gelijkstelling van vreemd vermogen aan eigen vermogen, waardoor rente van aftrek wordt uitgesloten, wordt CBIT genoemd. Dit systeem lijkt het meest op het huidige stelsel van renteaftrekbeperkingen aangezien in het huidige stelsel de vergoeding op eigen vermogen niet aftrekbaar is en rente in een aantal gevallen in aftrek wordt beperkt. Als gevolg van een fundamentele gelijkstelling in fiscale behandeling van beide typen vermogens bestaat geen fiscale voorkeur meer voor de debiteur voor één van beide vermogenssoorten, althans niet vanuit fiscaal perspectief.

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: *Leidt een fundamenteel systeem waarin eigen en vreemd vermogen evenwichtig worden behandeld tot een functionerend en effectief systeem, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?*

In paragraaf 5.2 wordt eerst het ACE systeem besproken en getoetst aan het in het eerste hoofdstuk uiteen gezette toetsingskader. In paragraaf 5.3 wordt het CBIT systeem besproken. Afgesloten wordt in paragraaf 5.4 met een conclusie waarin antwoord wordt gegeven op de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat.

5.2. Allowance for Corporate Equity (ACE)

5.2.1. Algemene beschouwing

Als gevolg van het fiscaal gelijkstellen van eigen vermogen aan vreemd vermogen wordt de vergoeding voor het ter beschikking stellen van eigen vermogen ook aftrekbaar van de winst. Dit leidt tot het neutraliseren van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen bij de debiteur. Doordat belastingplichtigen tevens een vergoeding op eigen vermogen kunnen aftrekken van de belastbare winst versmalt de belastinggrondslag. Om de gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen bij de crediteur te realiseren dient het dividend te worden belast. Dit beperkt de budgettaire gevolgen van de invoering van ACE voor de overheid.

De vraag rijst hoe om te gaan met de versmalling van de belastinggrondslag. Indien de overheid een budget neutrale invoering van het ACE na streeft, leidt de invoering op de een of andere manier tot een belastingverhoging elders. Een voor de hand liggende optie is om het belastingtarief van de Wet VpB 1969 te verhogen. De vraag komt op of een dergelijke tariefsverhoging in de Wet VpB 1969 daadwerkelijk budget neutraal verloopt voor een kleine open economie zoals Nederland. Kapitaal is mobiel en kan eenvoudig worden verplaatst waardoor investeringen dalen en belaste activiteiten in Nederland afnemen. Het fiscale beleid kan van invloed zijn op bijvoorbeeld de productielocatie van internationale concerns waardoor een verhoging van het belastingtarief leidt tot een daling van winstgevende activiteiten.¹¹⁴ Een mogelijke oplossing hiervoor is om de omzetbelasting te verhogen, zodat de invoering van ACE in de Wet VpB 1969 wordt gefinancierd met middelen verkregen van een andere belastingwet.¹¹⁵

Als gevolg van het systeem van ACE wordt eigen en vreemd vermogen evenwichtig behandeld voor de betalende vennootschap. Het is van belang dat de invoering niet leidt tot een fiscale discriminatie tussen één van beide vermogenssoorten bij het ontvangende lichaam. In de huidige Wet VpB 1969 is dividend niet aftrekbaar bij de uitkerende vennootschap en is de ontvangst van dividend bij de ontvangende vennootschap vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Indien een variant van ACE wordt ingevoerd zal, als gevolg van het toekennen van een aftrek voor het ter beschikking gestelde eigen vermogen, een

¹¹⁴ R.A de Mooij & M.P. Devereux, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009, p. 11.

¹¹⁵ R.A de Mooij & M.P. Devereux, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009, p. 11.

belastingheffing plaats vinden bij de ontvangende vennootschap. Indien dit niet gebeurt ontstaat een heffingslek voor de overheid: de uitkering van dividend is aftrekbaar zonder corresponderende heffing bij de ontvangende vennootschap. Hierdoor dient de deelnemingsvrijstelling voor vennootschappen te vervallen, zodat over de ontvangst van dividend belasting kan worden geheven, indien en voor zover het dividend in aftrek is gebracht bij de uitkerende vennootschap.¹¹⁶

Als gevolg van de invoering van ACE dient de belastingheffing bij de a.b.-houder te wijzigen. In de huidige Wet IB 2001 wordt ontvangen dividend door een DGA belast in box 2, ontvangen rente wordt belast in box 1 als belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden en wordt aangemerkt als het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen. In de huidige situatie is de gecombineerde belastingdruk bij de uitkerende vennootschap en de ontvangende DGA voor eigen en vreemd vermogen nagenoeg gelijk. De rente is bij de vennootschap in beginsel aftrekbaar tegen maximaal 25% vennootschapsbelasting en wordt bij de DGA progressief belast tot een tarief van 52%. Dividend is niet aftrekbaar bij de uitkerende vennootschap, maar wordt bij de DGA belast in box 2 met een tarief van 25%. Als gevolg van het toestaan van een aftrek voor het ter beschikking gestelde eigen vermogen wordt eigen vermogen fiscaal gunstiger behandeld dan vreemd vermogen, indien verder geen wijzigingen worden verricht. Deze discrepantie dient te worden opgelost door zowel rente als dividend fiscaal op dezelfde wijze te behandelen bij de DGA. De meest voor de hand liggende optie is om de rente op een schuld aan een eigen vennootschap naar box 2 over te brengen.

Aangezien box 3 uitgaat van een forfaitair rendement en geen onderscheid maakt tussen eigen vermogen en vreemd vermogen behoeft box 3 geen wijziging na invoering van een vorm van ACE.

De hoogte van de aftrek voor vreemd vermogen is voor belastingplichtigen de rente. Indien tevens een fiscale aftrek wordt toegestaan voor het ter beschikking gestelde eigen vermogen dient de hoogte van de vergoeding te worden bepaald. De fiscale aftrek kan worden bepaald door middel van drie varianten. Deze zijn de gehele dividend uitkering, aftrek voor *primaire dividend* en een aftrek voor *primaire rendement*.

Een aftrek voor de gehele dividenduitkering is de meest eenvoudige vorm van ACE, omdat de hoogte van de aftrek eenvoudig is te bepalen. Daarnaast leidt deze vorm van ACE tot een

¹¹⁶ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 3.5.2.2, blz. 40.

gelijkstelling van de behandeling van eigen en vreemd vermogen bij de uitkerende vennootschap doordat de gehele vergoeding op beide vermogenssoorten in aftrek kan worden gebracht. Deze gelijkstelling wordt tevens bij de aandeelhouder bereikt indien laatstgenoemde wordt belast over de gehele dividendontvangst. Indien de ontvangst van dividend is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling, wordt eigen vermogen fiscaal beter behandeld dan vreemd vermogen.

Als gevolg van het toestaan van de aftrek van de gehele dividenduitkering bij de betalende vennootschap wordt (indirect) de budgettaire functie van de vennootschapsbelasting uitgehouden. Immers, indien de volledige winst van een vennootschap wordt uitgekeerd is per saldo bij de uitkerende vennootschap geen vennootschapsbelasting verschuldigd. Indien het dividend volledig in aftrek kan worden gebracht bestaat er geen argument om deze dividenden vrij te stellen onder de deelnemingsvrijstelling, dan wel tegen een lager tarief te belasten voor a.b.-houders. Beide genoemde regelingen zijn gebaseerd op het gegeven dat het uitgekeerde dividend al is belast als winst bij de uitkerende vennootschap.

Een andere variant van ACE is door uit te gaan van het *primair dividend* voor de bepaling van de vergoeding voor het ter beschikking gestelde eigen vermogen. Doordat alleen primair dividend in aftrek wordt toegestaan is de uitgekeerde ‘overwinst’ op een investering niet aftrekbaar en wordt eigen en vreemd vermogen niet volledig gelijk behandeld bij de debiteur. Om verdere discrepanties tussen eigen en vreemd vermogen te voorkomen dient de ontvanger belast te worden voor het dividend, voor zover het dividend in aftrek is gebracht bij de uitkerende vennootschap. Dit om te voorkomen dat een gedeelte van het dividend niet in aftrek kan worden gebracht terwijl dit gedeelte wel wordt belast bij de ontvanger. Het primair dividend wordt berekend door middel van de grondslag waarover aftrek wordt verleend, bijvoorbeeld de nominale waarde per aandeel, het rendementspercentage en de omvang van de dividenduitkering.¹¹⁷ Een cijfervoorbeeld om de berekening toe te lichten is hierna opgenomen.

De nominale waarde van een aandeel is € 100 en er wordt uitgegaan van een rendementspercentage van 4%. Het primair dividend bedraagt bij uitkering maximaal € 4. Indien minder dividend wordt uitgekeerd dan € 4, is de aftrek maximaal de (feitelijke) dividenduitkering. In het geval dat de dividenduitkering hoger is dan € 4 wordt het surplus

¹¹⁷ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 3.5.2.1, blz. 39.

aangemerkt als overwinst. Deze overwinst is niet aftrekbaar van de winst, het primaire dividend wel.

Een derde methode om de aftrek te bepalen is een aftrek van *primaire rendement*. Het verschil tussen primair dividend en primair rendement is de eis dat in het eerste geval de beloning daadwerkelijk wordt uitgekeerd aan de aandeelhouder.¹¹⁸ Doordat geen uitkeringsvereiste bestaat voor het primair rendement wordt de omvang van de aftrek bepaald op basis van het eigen vermogen van de vennootschap, vermenigvuldigd met een bepaald rendementspercentage.

Voor de berekening van de omvang van het eigen vermogen dienen een aantal correcties te worden gemaakt. Dit om te voorkomen dat bestanddelen van het eigen vermogen bij meerdere vennootschappen wordt meegeteld. Een voorbeeld hiervan is een houdstervennootschap met een deelneming. De boekwaarde van de deelneming zal over het algemeen corresponderen met de waarde van de activa van de deelneming. Zonder het aanbrengen van correcties wordt de boekwaarde van de deelneming meegeteld voor het bepalen van de omvang van het eigen vermogen bij de houdstermaatschappij en is de waarde van de activa onderdeel van het eigen vermogen bij de deelneming. Hierdoor maakt de waarde van de activa in feite bij zowel de deelneming als bij de houdstermaatschappij onderdeel uit van de bepaling van de omvang van het eigen vermogen. De uitkomst van de berekening voor primair rendement wordt aangemerkt als fictieve rentekosten over het eigen vermogen. Deze vorm van ACE wordt in België toegepast: de notionele interestaftrek. Voor zowel de methode van primair dividend als de methode primair rendement kan het vastgestelde percentage worden afgeleid van het rentepercentage op langdurige staatsobligaties.^{119 120}

Indien ACE in één land wordt ingevoerd is het mogelijk dat in grensoverschrijdende situaties hybride mismatches ontstaan tussen ACE-staten en staten die de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen hanteren. Hybride mismatches ontstaan als het gevolg van fiscaal verschillend behandelen van entiteiten of contracten door twee of meerdere fiscale

¹¹⁸ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 3.5.1, blz. 38.

¹¹⁹ R.A de Mooij & M.P. Devereux, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009, p. 10. S.R. Bond and M.P. Devereux, *On the design of a neutral business tax under uncertainty*, Journal of Public Economics 58, 1995.

¹²⁰ R.A de Mooij & M.P. Devereux, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009, p. 7.

jurisdicties.¹²¹ Deze mismatches komen tot stand in zowel de situatie waarin dividend wordt ontvangen in een ACE-staat als de situatie waarin dividend wordt uitgekeerd vanuit een ACE-staat. Als gevolg van een hybride mismatch is het mogelijk dat het dividend economisch dubbel wordt belast of dat de dividenduitkering niet in aftrek wordt toegestaan, maar de ontvangst van het dividend wel wordt belast. In het geval dat dividend wordt betaald vanuit een ACE-staat aan een staat waarin geen ACE wordt gehanteerd, is de uitkering bij de betalende vennootschap aftrekbaar en het dividend bij de ontvanger, in de meeste gevallen, vrijgesteld onder een vorm van de deelnemingsvrijstelling. Ingeval ACE wordt ingevoerd ontstaat mogelijk een heffingslek voor de overheid. Het toestaan van een aftrek voor dividenduitkeringen en het belasten van dividendontvangsten leidt tot een verlaging van inkomsten voor de overheid. Deze grensoverschrijdende problematiek van de ACE wordt in het toetsingsparagraaf van respectievelijk internationaal belastingrecht (paragraaf 5.2.3.) en EU-belastingrecht (paragraaf 5.2.4.) besproken.

5.2.2. Effectiviteit

Na invoering van de mogelijkheid om de vergoeding voor eigen vermogen af te trekken, wordt de behandeling van eigen en vreemd vermogen meer gelijk behandeld bij de debiteur. Indien de gehele dividenduitkering van een vennootschap aftrekbaar is, is sprake van volledige gelijkstelling van eigen en vreemd vermogen op het niveau van de uitkerende vennootschap. Een aftrek van eigen vermogen op basis van primair dividend of primair rendement benadert de gelijkstelling, doordat mogelijk een gedeelte van het ter beschikking gestelde eigen vermogen niet in aftrek kan worden gebracht van de winst.

Indien wordt gekozen voor een aftrek van de gehele dividenduitkering, leidt dit tot een aanzienlijke daling van de inkomsten van de vennootschapsbelasting. Tevens wordt het uitkeren van dividend fiscaal gestimuleerd door de overheid, wat mijns inziens onwenselijk is. Belastingplichtigen die de winst wensen op te potten voor latere investeringen worden fiscaal benadeeld, omdat de aftrekbare dividenduitkering mogelijk in een later jaar daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Ik deel de visie van *van Strien* dat deze optie niet realistisch is.¹²²

De variant van ACE waarbij aftrek van primair dividend (voor toelichting zie paragraaf 5.2.1.) wordt toegestaan lijkt veel op een aftrek voor betaalde rente. Echter, een groot verschil tussen primair dividend en rente is de fiscale behandeling van de hoogte van de vergoeding voor het

¹²¹ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

¹²² J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 549.

ter beschikking gestelde vermogen. De rente voor een geldlening komt in beginsel tot stand na onderhandeling tussen twee partijen. Indien sprake is van een geldlening verstrekt aan een gelieerde partij dienen partijen zakelijk te handelen voor de fiscale winstbepaling. Indien dit niet gebeurt wordt op grond van artikel 8b Wet VpB 1969 de winst gecorrigeerd alsof zakelijk voorwaarden zijn overeengekomen. Indien eigen vermogen wordt verstrekt is per definitie sprake van gelieerde partijen. Het is daarom niet mogelijk om een vergelijking te maken met een situatie waarin twee onafhankelijke partijen een vergoeding over een kapitaalverstrekking overeenkomen. Het is eenvoudiger om voor elke kapitaalverstrekking uit te gaan van een fictieve vergoeding, wat de verstrekker van het eigen vermogen ook had kunnen krijgen indien wordt geïnvesteerd in lange termijn staatsobligaties. Voor de wetgever is het mogelijk om de budgettaire nadelen van een ACE op te vangen door het rentepercentage te maximaliseren in de wet.¹²³

In de variant van primair dividend wordt het uitgekeerde dividend mogelijk gesplitst in een aftrekbaar en een niet-aftrekbare component. In het geval dat de aandeelhouder wordt belast voor de gehele dividendopbrengst leidt dit tot economisch dubbele belastingheffing voor het niet-aftrekbare component van het dividend. Economisch dubbele belastingheffing ontstaat doordat bij de uitkerende vennootschap het dividend niet volledig in aftrek kan worden gebracht, maar de ontvanger wel wordt belast voor de gehele dividendontvangst. Als de dubbele belastingheffing wordt opgelost bij de uitkerende vennootschap leidt dit tot een aftrek van de gehele dividenduitkering. Indien wordt geopteerd voor een oplossing van de economisch dubbele belastingheffing bij de ontvanger van het dividend dient het niet-aftrekbare component van het dividend vrijgesteld te worden ontvangen. Dit impliceert dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing moet zijn voor vennootschappen, indien en voor zover het dividend niet in aftrek is gebracht bij de uitkerende vennootschap.

In de situatie dat een DGA niet-aftrekbaar dividend ontvangt, dient - ter voorkoming van economisch dubbele belastingheffing – het dividend te worden vrijgesteld. Indien economisch dubbele belasting - als gevolg van de keuze voor primair dividend – plaats vindt is dit naar mijn mening onwenselijk en leidt tot fiscale voorkeur voor vreemd vermogen bij de ontvanger. Dit betekent dat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en de a.b.-heffing afhankelijk is van de behandeling van het dividend bij de uitkerende vennootschap.

¹²³ J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 557.

De kern voor de aftrek van de vergoeding voor eigen vermogen van de variant op basis van primair dividend, is dat het dividend uitgekeerd moet worden aan de aandeelhouder. Indien geen dividend wordt uitgekeerd kan ook niets in aftrek worden gebracht. Dit leidt tot een fiscale stimulering voor uitkering ten opzichte van het oppotten van de winst in een vennootschap. Het onderscheid tussen uitgekeerd en niet-uitgekeerd dividend betekent een onderscheid in de behandeling van eigen vermogen. Dit draagt niet bij aan fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Het onderscheid kan gedeeltelijk worden opgelost door voortwenteling van niet gebruikte aftrekruipe van primair dividend.

Mijns inziens moet een aftrek voor eigen vermogen geen fiscaal negatieve gevolgen hebben voor het oppotten van de winst. Deze fiscale prikkel om dividend uit te keren kan worden weggenomen door middel van een voortwenteling van niet-gebruikte aftrek naar een later jaar. Indien een belastingplichtige minder dividend uitkeert dan het totaal aan aftrekpotentieel – uitgekeerde dividend is lager dan toegestane primair dividend – moet het mogelijk zijn om de niet-gebruikte aftrekruipe door te schuiven naar een later jaar. Dit kan bijvoorbeeld plaats vinden aan de hand van dezelfde systematiek als het voortwentelen van niet-verrekenende verliezen in de Wet VpB 1969. Deze toevoeging zorgt ervoor dat belastingplichtigen fiscaal de vrijheid behouden om winst op te potten, zonder dat deze keuze leidt tot fiscaal lager aftrekpotentieel. Met *Vleggeert* deel ik de mening dat de variant aftrek voor primair dividend niet de voorkeur krijgt.¹²⁴

Indien wordt gekozen voor een aftrek op basis van primair rendement rijst de vraag hoe het eigen vermogen van een belastingplichtige wordt bepaald. De doelstelling van het ACE is een fiscale gelijkstelling tussen eigen en vreemd vermogen. Vanuit deze doelstelling is het mijns inziens juist om het fiscale eigen vermogen als uitgangspunt te nemen voor het bepalen van de omvang van de aftrek. Op het fiscale eigen vermogen dient een aantal correcties gemaakt te worden ter voorkoming van dubbel telling van eigen vermogen bij bijvoorbeeld de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij. Een voorbeeld hiervan is de eliminatie van de boekwaarde van een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is bij de moedermaatschappij. Indien dit niet gebeurt wordt de boekwaarde van de deelneming bij de moedermaatschappij meegenomen bij de bepaling van de omvang van het eigen vermogen. Bij de deelneming zullen activa op de balans staan welke onderdeel uitmaken van het eigen vermogen van deze deelneming. De activa van de deelneming maakt hierdoor onderdeel uit van

¹²⁴ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 3.5.2.7., blz. 44.

het eigen vermogen van zowel de deelneming als de moedermaatschappij. Als gevolg van de dubbeltelling hebben beide vennootschappen een hoger eigen vermogen en dus een hoger aftrekbare vergoeding voor het eigen vermogen. Om deze dubbeltelling te voorkomen dient de boekwaarde van de deelneming bij de moedermaatschappij geëlimineerd te worden uit de bepaling van de omvang van het eigen vermogen. Indien dergelijke eliminaties niet plaats vinden wordt eigen vermogen dubbel geteld, waardoor eigen vermogen fiscaal gunstiger wordt behandeld dan vreemd vermogen.

België hanteert met de notionele interestaftrek een aftrek op primair rendement. In deze regeling worden tevens bestanden uit het eigen vermogen geëlimineerd waarover België, op grond van nationale wetgeving en gesloten belastingverdragen, geen heffingsrecht heeft. Een voorbeeld van een dergelijke activum is onroerend goed gelegen in een ander land waarmee België een belastingverdrag heeft gesloten op basis waarvan België niet heffingsbevoegd is over het onroerend goed. De EU-belastingrechtelijke aspecten van het uitsluiten van activa voor de bepaling van de omvang van het eigen vermogen worden besproken in paragraaf 5.2.4.

Indien een belastingplichtige, na eliminatie van de deelnemingen uit het eigen vermogen, een negatief eigen vermogen bezit rijst de vraag hoe hier mee om te gaan. Een mogelijkheid is om het negatieve saldo van eigen vermogen voort te wentelen naar een later jaar tot sprake is van een positief eigen vermogen. Een nadeel hiervan is dat het onzeker is of in een later jaar sprake is van een positief saldo. Daarbij komt dat in een situatie waarin een belastingplichtige een negatief eigen vermogen bezit na eliminatie, sprake moet zijn van schuldfinanciering. De rente hierop is in beginsel gewoonlijk aftrekbaar. Deze variant leidt tot een directe aftrek voor rente en een mogelijke aftrekbepanking op eigen vermogen in de toekomst. Dit is mijns inziens ongewenst, omdat vreemd vermogen fiscaal niet in aftrek wordt beperkt als gevolg van negatief eigen vermogen. Dit draagt niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

In plaats van het voortwentelen van het negatief eigen vermogen bij een belastingplichtige is het mogelijk om de rente in aftrek te beperken ter grootte van het negatieve saldo aan eigen vermogen. Immers, indien sprake is van een negatief saldo aan eigen vermogen impliceert dit dat sprake is van schuldfinanciering. Indien de rente in aftrek wordt beperkt in situaties waarin sprake is van een negatief saldo van eigen vermogen, leidt dit tot meer fiscale stimulans aan belastingplichtigen om te financieren met eigen vermogen. Daarbij is het mijns inziens eenvoudiger indien fiscale aspecten zoveel mogelijk in een fiscaal jaar worden afgesloten. De

fiscale wetgeving wordt gecompliceerder indien een belastingplichtige meer mogelijkheden heeft tot voortwenteling naar een later jaar. Mijns inziens is het daarom beter te opteren voor een regeling waarin een negatief eigen vermogen leidt tot een renteaftrekbepanking. Indien de omvang van het eigen vermogen is bepaald, kan voor het bepalen van de fictief in aanmerking te nemen rente, gebruik worden gemaakt van de rentestand van langdurige staatsobligaties.

Een nadeel van de variant op basis van het primair rendement is dat als gevolg van het ontbreken van een uitkeringsvereiste van het dividend internationale concerns de belastinggrondslag kunnen uithollen. Indien een internationaal concern besluit het gehele beschikbare eigen vermogen naar een ACE-staat te verplaatsen, is aldaar een aftrek voor eigen vermogen mogelijk. Indien vervolgens het eigen vermogen wordt uitgeleend aan groepsmaatschappijen - welke zijn gevestigd in niet-ACE-staten - is aldaar een renteaftrek op de lening mogelijk. De ontvangen rentebaten zijn in de ACE-staat verrekenbaar met de aftrek voor eigen vermogen. Hierdoor is het voor internationale concerns mogelijk een renteaftrek te creëren zonder dat feitelijk een corresponderende heffing plaats vindt.

Om een fiscaal evenwichtige gelijkstelling tussen eigen en vreemd vermogen te realiseren is het van belang hoe rente en dividend fiscaal wordt behandeld bij de ontvanger. Het is immers mogelijk dat als gevolg van ACE een fiscaal meer evenwichtige behandeling bij de debiteur wordt bereikt, maar met een fiscale discriminatie bij de crediteur als gevolg. Hierdoor is de bepaling alsnog onevenwichtig.

Om te voorkomen dat eigen vermogen fiscaal gunstiger wordt behandeld dan vreemd vermogen zal de ontvangst van aftrekbaar dividend belast moeten worden bij de ontvanger. In de Wet VpB 1969 wordt in de huidige situatie de vrijstelling voor ontvangen dividend geregeld via de deelnemingsvrijstelling. Deze fiscale faciliteit dient niet meer van toepassing te zijn op aftrekbaar dividend, ter bevordering van de fiscale evenwichtige behandeling tussen eigen en vreemd vermogen. Als gevolg hiervan is de uitkering van zowel rente als dividend aftrekbaar en wordt de ontvanger belast over de ontvangen baten.

Indien een vennootschap dividend uitkeert vanuit een ACE-staat aan een niet-ACE-staat zal sprake zijn van een aftrek voor de uitkerende vennootschap zonder corresponderende belastingheffing bij de ontvanger. Eigen vermogen zal dan fiscaal gunstiger worden belast dan rente, aangezien de rentebate in een niet-ACE-staat in de belastingheffing wordt betrokken. Als gevolg van een mismatch in de behandeling van eigen vermogen ontstaat een fiscale voorkeur voor eigen vermogen. De mismatch ontstaat doordat twee fiscale jurisdicties eigen vermogen

fiscaal verschillend behandelen. In grensoverschrijdende situaties leidt een ACE in beginsel tot een mismatch, tenzij beide landen een aftrek voor eigen vermogen verlenen en aftrekbaar dividend belasten. De invoering van ACE leidt hierdoor in grensoverschrijdende situaties niet tot een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen en wordt het beoogde doel niet behaald. In het internationaal belastingrecht (paragraaf 5.2.3.) en het EU-belastingrecht (paragraaf 5.2.4.) wordt hier nader op ingegaan.

In binnenlandse situaties rijst de vraag of de invoering van een ACE leidt tot evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen voor een DGA. In beginsel zijn – na invoering van ACE - beide vormen van vergoedingen op vermogen aftrekbaar op het niveau van de vennootschap. De ontvangst wordt echter verschillend belast bij de DGA. De rentebate op een geldlening verstrekt door een a.b.-houder aan een eigen vennootschap, wordt aangemerkt als resultaat uit overige werkzaamheden en progressief belast tot een tarief van 52% in box 1. Het dividend wordt aangemerkt als regulier voordeel op aandelen en in box 2 belast met een tarief van 25%. Voor de DGA leidt een ACE niet tot een fiscaal evenwichtige belastingheffing over rente en dividend. Als gevolg van de invoering van ACE dient voor een zuivere evenwichtige belastingheffing de belastingheffing over rentebaten van een DGA in box 2 te worden belast, dan wel de belastingheffing over dividend vindt plaats in box 1.

Het a.b.-regime is destijds ingevoerd om te komen tot vergelijkbaar belastingdruk tussen loon uit dienstbetrekking en dividend uit een eigen vennootschap. Als gevolg van de overheveling van de rentebaten naar box 2 houdt de evenwichtige belastingdruk stand tussen belastbaar loon en de belastingheffing van dividend verkregen uit een eigen vennootschap. Echter, als gevolg van de overheveling van rentebaten naar box 2 vindt naast een grondslagversmalling – eigen vermogen aftrekbaar op het niveau van de vennootschap – tevens een verlaging van de belastingheffing over rente plaats. Dit leidt tot een daling van de belastinginkomsten van de overheid. De nadelen als gevolg van de daling van belastinginkomsten wegen mijns inziens niet op tegen het behoud van een evenwichtig belastingsysteem.

Een natuurlijk persoon die inkomsten uit sparen en beleggen - box 3 Wet IB 2001 - ontvangt wordt hiervoor aangeslagen voor een forfaitair rendement van 4% ongeacht de aard van de bezittingen. Eigen en vreemd vermogen wordt op dezelfde wijze belast. De invoering van ACE leidt tot een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen in box 3.

Na invoering van één van de drie varianten van ACE in een belastingstelsel worden eigen en vreemd vermogen fiscaal meer evenwichtig behandeld dan in het huidige stelsel van

renteaftrekbeperkingen. Dit leidt tot meer investeringen met eigen vermogen ten opzichte van een belastingstelsel waarin fiscaal tussen eigen en vreemd vermogen wordt gediscrimineerd.

De invoering van een variant van ACE leidt alleen tot een effectievere regeling indien in grensoverschrijdende situaties geen mismatches ontstaan in de behandeling van eigen vermogen. Indien deze mismatches niet worden voorkomen lijkt mijns inziens de invoering van een variant van ACE niet tot een effectieve regeling waarin eigen en vreemd vermogen meer evenwichtig worden behandeld.

5.2.3. Internationaal belastingrecht

Het OESO-modelverdrag verdeelt de heffingsbevoegdheid van verdragspartijen voor zowel uitgekeerd als ontvangen rente en dividend. Indien een vorm van ACE wordt ingevoerd, leidt dat bij de uitkering van dividend (indirect) tot een aftrek in de bronstaat. In het geval van aftrek op grond van uitgekeerd dividend en primair dividend is de hoogte (mede) afhankelijk van het uitgekeerde dividend. Een aftrek op grond van primair rendement is een fictieve vergoeding van het eigen vermogen ongeacht of dividend wordt uitgekeerd.

Op grond van artikel 10, lid 2 van het OESO-modelverdrag mag de bronstaat een beperkte belasting heffen over uitgekeerd dividend. Het OESO-modelverdrag legt verdragspartijen geen beperking op wat betreft de aftrek van uitgekeerd dividend. Het staat OESO-lidstaten vrij om een vorm van aftrek over eigen vermogen in te voeren. Artikel 10, lid 1 OESO-modelverdrag bedoelt de woonstaat een heffingsrecht toe om ontvangen dividend te belasten. Het staat een verdragsstaat vrij om het ontvangen dividend te belasten. Indien staten, na invoering van ACE, een aftrek toekennen aan de uitkerende vennootschap en dividend belasten bij de ontvanger, is dit niet in strijd met het OESO-modelverdrag.

Als gevolg van het belasten van ontvangen dividend is het mogelijk dat het dividend economisch dubbel wordt belast, indien de bronstaat geen aftrek toestaat bij de uitkerende vennootschap. Deze mismatches, als gevolg van het fiscaal verschillend behandelen van eigen vermogen, leidt tot economisch dubbele belastingheffing of tot een aftrekrecht voor de uitkerende vennootschap en vrijgesteld ontvangen van dividend door de aandeelhouder. Het eerst genoemde geval ontstaat indien dividend wordt uitgekeerd vanuit een niet-ACE-staat aan een ACE-staat. In de omgekeerde situatie is in de ACE-staat een aftrek voor uitgekeerd dividend mogelijk terwijl het dividend is vrijgesteld in de niet-ACE-staat.

Dergelijke mismatches kunnen worden voorkomen indien bij de invoering van ACE de behandeling van het dividend afhankelijk wordt gesteld van de fiscale behandeling bij de uitkerende dan wel bij de ontvangende vennootschap. Hierdoor is de toepassing van ACE afhankelijk van de fiscale behandeling in de andere staat in grensoverschrijdende situaties. Indien dividend wordt uitgekeerd vanuit een ACE-staat aan een aandeelhouder gevestigd in een niet-ACE-staat zal, als gevolg van de afhankelijkheid van de fiscale behandeling in de andere fiscale jurisdictie, het dividend niet in aftrek kunnen worden gebracht. Dit omdat het dividend in een niet-ACE-staat in beginsel wordt vrijgesteld. Het opteren voor een regeling waarin unilateraal voorkoming wordt gegeven voor mismatches waardoor economisch dubbele belastingheffing wordt voorkomen is niet nieuw, dit gebeurt al bij de verrekening van buitenlandse bronbelasting.¹²⁵ Deze unilaterale voorkoming door de ACE-staat leidt tot een minder effectieve ACE in grensoverschrijdende situaties dan in binnenlandse situaties, omdat eigen en vreemd vermogen niet meer evenwichtig wordt behandeld.

De problematiek van mismatches wordt ook erkend door de OESO. In een rapport met actiepunten ter bestrijding van grondslagerosie en winstverschuiving (“Base Erosion and Profit Shifting”) wordt gesteld dat de effecten van mismatches dienen te worden bestreden op unilateraal en/of multilateraal niveau.¹²⁶ Op unilateraal niveau kunnen mismatches worden voorkomen doordat OESO-lidstaten in de nationale wetgeving opnemen dat geen vrijstelling wordt gegeven indien een bate in de bronstaat aftrekbaar is bij de uitkerende vennootschap. Een andere unilaterale voorkomingsmethode is het weigeren van de aftrek in de bronstaat indien de corresponderende baten bij de ontvangen vennootschap zijn vrijgesteld.

De OESO stelt tevens voor in actiepunt 2 van het BEPS-rapport om een aanbeveling op te nemen in het OESO-modelverdrag waarin staat dat het OESO-modelverdrag niet mag worden gebruikt om voordelen met hybride mismatches te realiseren. Een methode hoe dit kan worden bewerkstelligd is door middel van een aanpassing van het OESO-modelverdrag. De wijziging ziet op het vervallen van de toebedeling van het heffingsrecht aan de ontvangststaat indien de bate in de bronstaat niet in aftrek is gebracht bij de uitkerende vennootschap.

Een andere manier om deze problematiek unilateraal te voorkomen is het in stand houden van de deelnemingsvrijstelling en de a.b.-heffing voor ontvangen dividend welke niet in aftrek is gebracht bij de uitkerende vennootschap. Met *Vleggeert* en *Van Strien* deel ik de mening dat

¹²⁵ OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, march 2012, paragraph 35, p. 15.

¹²⁶ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, action 2, p. 17.

deze vergaande variant niet de voorkeur geniet.¹²⁷ Als gevolg van het vrijstellen van niet-aftrekbare dividenden wordt eigen en vreemd vermogen niet evenwichtig behandeld.

Het is mijns inziens het meest effectief indien vanuit de OESO wordt aangedrongen dat OESO-lidstaten één van beide unilaterale voorkomingsmethodieken in de nationale wetgeving op nemen. Vanuit het perspectief dat kapitaalexport neutraal moet verlopen is het mijns inziens het beste te opteren voor de optie waarin de ontvangstaat de fiscale behandeling volgt van de bronstaat. Het is echter afwachten hoe de OESO de bestrijding van genoemde mismatches tracht in te vullen.

5.2.4. EU-belastingrecht

Een nationale regeling waarin een vergoeding op eigen vermogen, evenals de vergoeding op vreemd vermogen, aftrekbaar is van de winst is in beginsel niet in strijd met EU-belastingrecht. Dit is echter wel het geval als de regeling een discriminerend onderscheid maakt tussen binnenlandse gevallen en grensoverschrijdende gevallen.

Zoals in de algemene beschouwing van ACE is beschreven, kunnen bij grensoverschrijdende situaties, als gevolg van het toepassen van ACE, mismatches ontstaan. Dit kan voorkomen worden door de fiscale behandeling van ontvangen dividend of uitgekeerd dividend afhankelijk te stellen van de fiscale behandeling bij de buitenlandse uitkerende, dan wel ontvangende vennootschap. Indien de bronstaat geen aftrek verleent voor het uitgekeerde dividend, wordt als gevolg van de voorkoming het dividend in de ACE-staat vrijgesteld ontvangen, zodat economisch dubbele belastingheffing wordt voorkomen. Staat de bronstaat wel een aftrek toe voor een (gedeelte) van het dividend, dan kan over het aftrekbare gedeelte van het dividend belasting worden geheven in de staat van ontvangst. Indien de belastingheffing niet plaats vindt, heeft een belastingplichtige een aftrekpost in de bronstaat zonder een corresponderende belastingheffing in de woonstaat.

De vraag rijst of het heffen over ontvangen dividend in de woonstaat - indien het dividend aftrekbaar is in de bronstaat – in overeenstemming is met de Moeder-dochterrichtlijn. De Moeder-dochterrichtlijn verbiedt immers EU-lidstaten om ontvangen dividenden te belasten, aldus artikel 4, lid 1 Moeder-dochterrichtlijn. Indien de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd een belasting wil heffen over het dividend, dient de woonstaat een aftrek te verlenen

¹²⁷ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 3.5.1, blz. 38 en J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 549.

ter grootte van de verschuldigde belasting. Een dergelijke heffing, als gevolg van het voorkomen van een aftrek zonder corresponderende heffing in de woonstaat, over in de bronstaat aftrekbaar dividend, is niet in overeenstemming met de Moeder-dochterrichtlijn.

De hiervoor beschreven fiscale gevolgen van mismatches, als gevolg van het fiscaal verschillend behandelen van eigen vermogen, zijn ook door de Europese Commissie gesignaleerd.¹²⁸ De Europese Commissie heeft eind 2013 een voorstel gepubliceerd voor het aanpassen van de Moeder-dochterrichtlijn ter bestrijding van deze mismatches. Het voorstel voor aanpassingen van de Moeder-dochterrichtlijn signaleert dat mismatches onwenselijk zijn, omdat ze kunnen leiden tot dubbele non-belastingheffing. In het voorstel is opgenomen dat dergelijke mismatches kunnen worden voorkomen indien de ontvangststaat de fiscale behandeling van de bronstaat volgt. Dit impliceert dat indien een aandeelhouder, gevestigd in een niet-ACE-lidstaat, dividend ontvangt vanuit een ACE-lidstaat, de ontvangststaat geen vrijstelling hoeft te geven voor het dividend. Immers, het dividend is in aftrek gebracht in de ACE-lidstaat. Indien de Moeder-dochterrichtlijn op dit punt wordt aangepast is het toegestaan om dividendbelasting te heffen over aftrekbaar dividend.

Indien een dividenduitkering niet onder de Moeder-dochterrichtlijn valt, is het heffen over aftrekbaar dividend onder de huidige Moeder-dochterrichtlijn mijns inziens toegestaan. Het betreft dan bijvoorbeeld gevallen waarin de moedermaatschappij minder dan 10% van de aandelen bezit in de dochtermaatschappij.

De Moeder-dochterrichtlijn staat tevens niet toe dat over uitgekeerd dividend een bronbelasting wordt ingehouden. In het geval van een invoering van een ACE wordt geen bronbelasting ingehouden over uitgekeerde dividenden. De uitkerende vennootschap verkrijgt de mogelijkheid om de vergoeding over het eigen vermogen af te trekken van de winst. De Moeder-dochterrichtlijn ziet echter niet op de winstbepaling van de dochtermaatschappij en dus valt de aftrek van eigen vermogen niet binnen het bereik van deze richtlijn.

Indien voor de variant primair rendement wordt gekozen, is het van belang dat het bepalen van de omvang van het eigen vermogen in overeenstemming is met EU-belastingrecht. In deze variant wordt de aftrek berekend door middel van een rendementspercentage over het ter beschikking gestelde eigen vermogen. Zoals opgemerkt in de algemene beschouwing van ACE, dienen op het eigen vermogen van een belastingplichtige een aantal correcties plaats te vinden

¹²⁸ COM(2013) 814, Brussels, 25 november 2013.

om te voorkomen dat activa bij meerdere belastingplichtigen wordt meegeteld. Een voorbeeld van een correctie is het elimineren van de boekwaarde van een deelneming bij de moedermaatschappij. De Belgische notionele interestaftrek – een regeling waarin een aftrek wordt verleend van primair rendement – elimineerde tevens ook bestandsdelen uit het eigen vermogen waarover België geen bevoegdheid heeft om te heffen. In de zaak Argenta betrof het een vennootschap met een buitenlandse vaste inrichting. België is op grond van het belastingverdrag niet heffingsgerechtigd over de vaste inrichting. Het vermogen toerekenbaar aan de vaste inrichting, werd voor de notionele interestaftrek geëlimineerd uit het eigen vermogen van de moedermaatschappij. Als gevolg hiervan daalde het eigen vermogen van de moedermaatschappij en daalde de aftrekbare vergoeding voor het eigen vermogen. De prejudiciële vraag betrof of deze uitsluiting van bestandsdelen in strijd is met de verkeersvrijheden van het VwEU. De uitsluiting van een grensoverschrijdende vaste inrichting uit het eigen vermogen kan alleen worden gerechtvaardigd door dwingende reden van algemeen belang, waarbij de beperking geschikt is om het doel te verwezenlijken zonder dat de regeling verder gaat dan noodzakelijk is.¹²⁹ De aangedragen redenen zijn door het Hof van Justitie EU niet als rechtvaardigingsgronden aanvaard; de uitsluiting is in strijd met de vrijheid van vesting.

Om een ACE in te voeren die in overeenstemming is met het EU-belastingrecht moet de regeling geen onderscheid maken tussen binnenlandse en buitenlandse vaste inrichtingen. Het heffen van een belasting over ontvangen dividenden, welke in de bronstaat aftrekbaar zijn van de winst, is (nog) niet in overeenstemming met de Moeder-dochterrichtlijn en kan daarom geen stand houden. Indien het voorstel voor aanpassing van de Moeder-dochterrichtlijn wordt aangenomen, staat het lidstaten vrij om de vrijstelling van dividend in te trekken in het geval dat de betaling in de bronstaat in aftrek is gebracht van de winst.

De invoering van ACE mag geen staatssteun bevatten om in overeenstemming te zijn met EU-belastingrecht. Een regeling kan worden aangemerkt als staatssteun indien de regeling met staatsmiddelen is bekostigd, ter begunstiging van bepaalde ondernemingen en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt. Elke variant van ACE is op alle belastingplichten van toepassing, waardoor geen sprake kan zijn van onderscheid tussen bepaalde belastingplichtigen. ACE voldoet aan de eisen om niet als staatssteun te worden aangemerkt.

¹²⁹ HvJ EU 3 juli 2013, nr. C-350/11, (Argenta Spaarbank) r.o. 35.

5.2.5. Uitvoerbaarheid

De drie besproken varianten, waarin een aftrek wordt toegestaan over het eigen vermogen, zijn allemaal eenvoudig uitvoerbaar voor zowel de wetgever als de belastingplichtige. Indien wordt gekozen voor een ACE waarbij het volledig uitgekeerde dividend aftrekbaar is, is het aanstonds duidelijk hoeveel aftrekbaar is van de winst. Voor de vormen primair dividend en primair rendement dient, onder andere, in de wet opgenomen te worden met welk rendementspercentage belastingplichtigen dienen te rekenen. Zoals eerder besproken kan dit percentage worden gebaseerd op de langlopende staatsobligaties.

Voor de berekening van het aftrekpotentieel van het primair dividend dient dit percentage te worden vermenigvuldigd met de nominale waarde van het geplaatst aandelenkapitaal. Indien minder dividend wordt uitgekeerd dan maximaal mogelijk voor een belastingplichtige dat jaar, dient het mijns inziens mogelijk te zijn dat het resterende deel wordt voortgewenteld. Het voortwentelen heeft als effect dat belastingplichtigen fiscaal neutraal kunnen bepalen of de winst wordt uitgekeerd aan de aandeelhouder, of wordt opgepot in de vennootschap. Indien het voortwentelen plaats vindt op dezelfde wijze als het voortwentelen van nog te verrekenen verliezen, blijft de regeling uitvoerbaar zonder dat het onnodig gecompliceerd wordt voor belastingplichtigen.

Het bepalen van het fiscale eigen vermogen volgt uit de fiscale balans. Voor de uitvoerbaarheid van de regeling is het van belang dat de eliminaties uit het eigen vermogen duidelijk en eenvoudig uit de wet volgen. Indien dit onduidelijk is, zal dit leiden tot veel discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus, wat de uitvoerbaarheid van de regeling niet ten goede komt. Indien het eigen vermogen eenvoudig kan worden afgeleid van de fiscale cijfers - waarop een aantal correcties dient te worden aangebracht zoals het elimineren van de boekwaarde van de deelnemingen - zal de bepaling relatief eenvoudig uitvoerbaar zijn. Indien wordt geopteerd voor een regeling, waarbij een negatief eigen vermogen leidt tot een renteaftrekbeperking, zal dit naar mijn mening bijdragen aan de uitvoerbaarheid van de regeling. Dit omdat een negatief eigen vermogen direct leidt tot een aftrekbeperking, in plaats van het negatief saldo verrekenen met een mogelijk positief saldo in een later jaar.

Als gevolg van de aftrek voor eigen vermogen versmald de belastinggrondslag. Dit leidt tot een significante daling van de belastinginkomsten voor de overheid. Deze verlaging dient elders te worden gecorrigeerd zodat de invoering van de regeling budgetneutraal is voor de overheid.

5.2.6. Deelconclusie

De drie verschillende vormen van ACE bewerkstelligen dat een vergoeding over het eigen vermogen van de winst kan worden afgetrokken. Indien de gehele dividenduitkering aftrekbaar is, leidt dit tot een fiscaal gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen op het niveau van de vennootschap. Een aftrekvorm op basis van primair dividend en primair rendement benaderen deze fiscale gelijkstelling, doordat in beide varianten het mogelijk is dat een gedeelte van het uitgekeerde dividend niet in aftrek kan worden gebracht. Om te komen tot een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen dient de regeling niet alleen op het niveau van de uitkerende vennootschap maar ook op het niveau van de ontvanger tot een fiscaal evenwichtige behandeling te komen. Dit impliceert dat de vrijstelling voor ontvangen dividend dient te worden ingeperkt tot niet-aftrekbaar dividend. Indien de regeling fiscaal discrimineert tussen eigen en vreemd vermogen bij de ontvangende vennootschap leidt dit niet tot een fiscaal evenwichtige regeling.

Een aftrek van de gehele dividenduitkering holt de budgettaire functie van de vennootschapsbelasting uit. Indien een vennootschap de gehele winst uitkeert aan de aandeelhouder is per saldo geen vennootschapsbelasting verschuldigd. Mede als gevolg hiervan is de aftrek van de gehele dividenduitkering mijns inziens onwenselijk.

Als gevolg van een aftrek op basis van primair dividend of primair rendement dient te worden bepaald hoe het aftrekpotentieel wordt berekend. Een verschil tussen primair dividend en primair rendement is het uitkeringsvereiste: een aftrek van primair dividend kan alleen worden verleend indien dividend daadwerkelijk wordt uitgekeerd. Dit leidt tot een onderscheid tussen aftrekbaar en niet-aftrekbaar eigen vermogen. Dit draagt niet bij aan een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Een aftrek van primair rendement gaat uit van het eigen vermogen van de belastingplichtige en verleent een aftrek, indien en voor zover sprake is van positief eigen vermogen, ongeacht of dividend is uitgekeerd. Indien sprake is van een negatief eigen vermogen dient de regeling als gevolg te hebben dat de rente - ter grootte van het negatief eigen vermogen - in aftrek wordt beperkt.

Indien een ACE wordt ingevoerd waarbij de ontvangst van dividend wordt belast in het geval dat de bronstaat een aftrek van eigen vermogen verleent, leidt tot het voorkomen van mismatches in grensoverschrijdende situaties. Het heffen van een belasting over aftrekbaar dividend in de bronstaat is niet in strijd met internationaal belastingrecht. Deze vormgeving van de regeling is mijns inziens wel in strijd met de huidige Moeder-dochterrichtlijn. Dit omdat de

Moeder-dochterrichtlijn lidstaten niet toe staat om belasting te heffen over ontvangen dividend. In een voorstel tot aanpassing van de Moeder-dochterrichtlijn wordt beoogd om mismatches in grensoverschrijdende situaties te bestrijden door middel van het mogelijk maken dat de vrijstelling in de ontvangststaat niet wordt verleend in het geval dat het dividend in de bronstaat in aftrek is gebracht. Tevens is het voor het EU-belastingrecht van belang dat de regeling geen discriminerend onderscheid maakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties.

Het voorkomen van mismatches in het internationaal belastingrecht, als gevolg van invoering van ACE, vindt plaats door middel van unilaterale wijzigingen in de nationale wetgeving van OESO-lidstaten. Hierin dient te worden opgenomen dat geen vrijstelling wordt gegeven indien aftrekbaar dividend wordt ontvangen. Tevens dient te worden opgenomen dat de bronstaat geen aftrek verleend indien het dividend zal worden belast in de woonstaat.

Van de drie verschillende varianten is de aftrek voor het gehele dividend op het niveau van de vennootschap het meest eenvoudig uitvoerbaar. Voor de varianten van primair dividend en primair rendement is van belang dat de berekening van het aftrekpotentieel duidelijk en eenvoudig is voor belastingplichtigen. Indien de regeling onduidelijke fiscale terminologie bevat zal de regeling onderhevig zijn aan veel juridische procedures om duidelijkheid te verschaffen.

Van de drie varianten van aftrek voor eigen vermogen geniet de variant van primair rendement mijn voorkeur. Als gevolg hiervan wordt eigen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtiger behandeld, zonder dat dit de gehele Wet VpB 1969 buiten spel zet, zoals een aftrek voor het geheel uitgekeerde dividend. Een aftrek van primair rendement is mijns inziens tevens beter dan een aftrek van primair dividend, omdat de regeling geen uitkeringsvereiste bevat. Als gevolg van het uitkeringsvereiste ontstaat een onderscheid tussen uitgekeerd en niet-uitgekeerd dividend. Dit betekent een onderscheid in de behandeling van eigen vermogen. Dit draagt niet bij aan een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Daarnaast is het mogelijk om met een aftrek van primair rendement, in het geval van negatief eigen vermogen, een aftrekbeperking van de rente te realiseren. Hierdoor wordt eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtiger behandeld. Van belang is dat de invoering van een aftrek van primair rendement niet gepaard gaat met grensoverschrijdende mismatches. Deze mismatches kunnen worden voorkomen door een aanpassing aan te brengen in de Moeder-dochterrichtlijn en unilaterale wijzigingen door OESO-lidstaten.

5.3. Comprehensive Business Income Tax

5.3.1. Algemene beschouwing

Een andere mogelijkheid om de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen fundamenteel aan elkaar gelijk te stellen is door middel van het afschaffen van het aftrekrecht van betaalde rente. Deze vorm van gelijkstelling wordt in de economische literatuur CBIT genoemd. Als gevolg van de afschaffing van renteaftrek wordt zowel rente als dividend bij uitkering van aftrek uitgesloten. Dit leidt tot een verbreding van de belastinggrondslag, omdat een aftrekpost leidt tot een daling van de belastbare winst. De verbreding van de belastinggrondslag wordt beperkt doordat de ontvangst van niet-aftrekbare rente wordt vrijgesteld. Indien een CBIT budgetneutraal wordt ingevoerd, is het mogelijk om, als gevolg van de grondslagverbreding, het belastingtarief te verlagen.

De regeling dient tevens te leiden tot een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen bij de ontvanger. Indien sprake is van fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen voor de crediteur draagt de regeling immers niet bij tot een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Hierdoor dient de ontvangst van rente fiscaal op dezelfde wijze plaats te vinden als de ontvangst van dividend: vrijgesteld van belastingheffing. Indien niet-aftrekbare rente wordt belast bij de ontvanger leidt dit tot economisch dubbele belastingheffing.

De vrijstelling van dividend is bij de ontvanger in de Wet VpB 1969 geregeld door middel van de deelnemingsvrijstelling. Als gevolg hiervan is dividend vrijgesteld bij de ontvanger indien aan de voorwaarden wordt voldaan. Indien rentebaten zijn vrijgesteld onder een vergelijkbare regeling als de deelnemingsvrijstelling, wordt een evenwichtige behandeling bereikt voor belastingplichtige lichamen in de Wet VpB 1969.

Tevens is het van belang dat fiscaal geen onderscheid bestaat tussen de ontvangst van rente en dividend voor een natuurlijk persoon. In de huidige wetgeving wordt een natuurlijk persoon die vreemd vermogen ter beschikking stelt aan een eigen vennootschap belast voor de rentebate in box 1. De rente wordt aangemerkt als resultaat uit overige werkzaamheden, artikel 3.92, lid 1 Wet IB 2001 en progressief tot 52% belast, op grond van artikel 2.10 Wet IB 2001. Rente verkregen van een niet (indirect) verbonden vennootschap wordt forfaitair belast in box 3 Wet IB 2001. Indien een DGA dividend ontvangt, wordt het dividend aangemerkt als regulier voordeel uit aandelen en belast in box 2 Wet IB 2001. Indien het dividend ziet op een aandelenbelang van minder dan 5%, wordt de waarde van de aandelen forfaitair belast in box 3 Wet IB 2001.

Het is mijns inziens onwenselijk indien rente en dividend fiscaal verschillend worden behandeld bij de crediteur. Om de gelijkstelling tussen eigen en vreemd vermogen te bereiken voor de aandeelhouder dienen rente en dividend te worden belast in box 1 dan wel in box 2. Vanuit de kern van de regeling van CBIT – het fiscaal gelijkstellen van vreemd vermogen aan eigen vermogen – ben ik het met *Vleggeert* eens dat het fiscaal zuiverder is om de belastingheffing van rente op een a.b.-vordering gelijk te belasten aan dividend: beide onderbrengen in box 2.¹³⁰ Zowel rente als dividend is dan niet aftrekbaar bij de vennootschap en wordt op dezelfde wijze belast bij de crediteur.

Het afschaffen van de aftrekbaarheid van de rente in de Wet VpB 1969 heeft gevolgen voor het globale evenwicht tussen de belastingheffing over winst in een eenmanszaak en winst gerealiseerd door een lichaam.¹³¹ Het doel van het globale evenwicht is om een fiscaal rechtsvorm neutrale behandeling van winsten te realiseren. De huidige Wet IB 2001 en de Wet VpB 1969 tracht het globale evenwicht te bereiken met meerdere regelingen.¹³² Indien alleen de renteaftrek in de Wet VpB 1969 wordt afschaft wordt het globale evenwicht verstoord. De vraag rijst of de overheid dit wilt corrigeren. Indien dit wordt gewenst heeft *Vleggeert* een voorstel gedaan hoe dit kan worden verwerkt in de Wet IB 2001 zodat het globale evenwicht intact blijft.¹³³

Box 3 Wet IB 2001 maakt geen onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen omdat beide vermogenssoorten onderdeel uit maken van de rendementsgrondslag. Over de rendementsgrondslag wordt een belastingplichtige verondersteld een forfaitair rendement te hebben behaald. Hierdoor worden eigen en vreemd vermogen fiscaal al evenwichtig behandeld bij de natuurlijk persoon. Echter, in deze situaties is wel sprake van economisch dubbele belastingheffing: de betaling is op het niveau van de vennootschap niet aftrekbaar, maar de ontvangst wordt wel belast. Box 3 tracht het vermogensrendement te belasten door te veronderstellen dat een belastingplichtige met alle bezittingen en schulden een gemiddeld rendement behaalt van 4%. Voor eigen vermogen bestond de economisch dubbele

¹³⁰ J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 4.3.4, blz. 59.

¹³¹ S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer: 2013, 0.0.1.e2.

¹³² Zonder verder in detail te treden en volledig te zijn kan gedacht worden aan: gebruikelijke loon voor een DGA, artikel 12a Wet LB 1964, MKB-winstvrijstelling voor een IB-ondernemer, artikel 3.79a Wet IB 2001.

¹³³ In verband met de relevantie van de precieze uitvoering voor het herstel van het globale evenwichtig volsta ik met een verwijzing naar: J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009, 4.3.4, blz. 59.

belastingheffing al in box 3. Als gevolg van CBIT wordt ook vreemd vermogen welke toebehoort tot box 3 economisch dubbel belast.

Indien een land besluit om de CBIT in te voeren zal dit tot gevolg hebben dat in grensoverschrijdende situaties sprake is van een hybride mismatch. De reden hiervoor is dat in veel landen de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen van toepassing is. De rente wordt aangemerkt als kosten voor het drijven van de onderneming en is aftrekbaar van de winst bij de betaler, bij de ontvanger zal de rentebate onderdeel uit maken van de belaste winst. Als gevolg van het bestaan van verschillende regelingen met betrekking tot de behandeling van eigen en vreemd vermogen, leidt dit in grensoverschrijdende situaties tot mismatches tussen CBIT-staten en non-CBIT-staten. Deze mismatches hebben fiscaal als uitwerking dat rente economisch dubbel wordt belast, of de mismatch leidt tot renteaftrek zonder corresponderende belastingheffing over de rentebate. In het geval dat rente wordt betaald vanuit een CBIT-staat zal veelal sprake zijn van economisch dubbele heffing, indien de ontvangststaat de rentebate belast. In de omgekeerde situatie, waarin rente wordt betaald vanuit een niet-CBIT-staat aan een CBIT-staat, zal de rente in beginsel aftrekbaar zijn bij de uitkerende vennootschap en vrijgesteld bij de ontvanger. Deze grensoverschrijdende problematiek van de ACE wordt in het toetsingsparagraaf van respectievelijk internationaal belastingrecht (paragraaf 5.3.3.) en EU-belastingrecht (paragraaf 5.3.4.) besproken.

5.3.2. Effectiviteit

Indien de renteaftrek wordt afgeschaft, is de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen gelijk gesteld op het niveau van de uitkerende vennootschap: zowel rente als dividend is niet aftrekbaar. Het is voor een effectieve CBIT tevens van belang dat ook de ontvangst van rente en dividend evenwichtig is. Indien dit niet het geval is, bestaat een fiscale discriminatie voor één van beide vermogenssoorten bij de ontvanger, waardoor het bestreden probleem van fiscale discriminatie wordt verlegd naar de verstrekker van het vermogen.

Om te voorkomen dat na afschaffing van de renteaftrek de rente economisch dubbel wordt belast, dient de ontvangst van rente bij de ontvanger vrijgesteld van belastingheffing te zijn. Een dergelijke vrijstelling wordt voor dividend in de Wet VpB 1969 bereikt door middel van de deelnemingsvrijstelling. Voor rente dient een vergelijkbare regeling in de Wet VpB 1969 te worden opgenomen waardoor de ontvangst van rente is vrijgesteld. Indien rentebaten zijn vrijgesteld bij de ontvanger, vindt een evenwichtige heffing van eigen en vreemd vermogen plaats bij zowel de debiteur als de crediteur.

Naast de vrijstelling van rente in de Wet VpB 1969 voor belastingplichtige lichamen, dient tevens een gelijkstelling plaats te vinden voor eigen en vreemd vermogen bij de natuurlijke personen. In de huidige Wet IB 2001 wordt een natuurlijk persoon voor een vordering op een eigen (of verbonden) lichaam belast in box 1 als resultaat uit overige werkzaamheden. Indien dezelfde natuurlijk persoon dividend verkrijgt uit een vennootschap waarin diegene een a.b. heeft, wordt het dividend belast in box 2. Dit verschil in fiscale behandeling dient gecorrigeerd te worden zodat sprake is van evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen bij de crediteur. Een mogelijke oplossing is om de fiscale behandeling van een geldlening aan een verbonden lichaam over te hevelen van box 1 naar box 2. Hierdoor wordt de ontvangst van rente en dividend verkregen van een a.b.-vennootschap bij een natuurlijk persoon evenwichtig belast. Immers, de uitkering is bij de vennootschap niet aftrekbaar en de ontvangst is bij de natuurlijk persoon in box 2 belast. Hierdoor ontstaat wel per definitie economisch dubbele belastingheffing over ontvangen rente en dividend door natuurlijke personen. Deze dubbele belastingheffing bestaat in de huidige Wet VpB 1969 en Wet IB 2001 al voor eigen en vreemd vermogen en is geen gevolg van de invoering van CBIT.

Indien verstrekt eigen en vreemd vermogen bij een natuurlijk persoon behoort tot de rendementsgrondslag van box 3, wordt hierover een forfaitair rendement belast. Wederom geldt dat beide vermogenssoorten evenwichtig worden behandeld: beide vormen zijn bij uitkering niet aftrekbaar en worden bij ontvangst op dezelfde wijze belast. Ook in box 3 is sprake van economisch dubbele heffing.

Met deze aanpassingen leidt de invoering van CBIT in binnenlandse situaties tot een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen bij zowel de debiteur als de crediteur. In grensoverschrijdende situaties zal de invoering van CBIT niet altijd leiden tot een correctie van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. Het is mogelijk dat de renteaftrek wordt geweigerd bij de betaler - gevestigd in een CBIT-staat - en de ontvanger - gevestigd in een niet-CBIT-staat - wordt belast voor de rentebate. Deze mismatches leiden tot economisch dubbele heffing of tot renteaftrek zonder corresponderende belastingheffing over de rentebate in grensoverschrijdende situaties. Dit draagt niet bij aan een effectieve regeling welke tracht eigen en vreemd vermogen (meer) evenwichtig te behandelen.

Als gevolg van het afschaffen van de renteaftrek bestaat in binnenlandse situaties geen fiscaal voordeel meer om met vreemd vermogen te financieren ten opzichte van eigen vermogen. Hierdoor zal het mogelijke misbruik van internationale concerns om de belastinggrondslag uit

te hollen door middel van concernleningen af nemen. Immers, in Nederland kan de grondslag niet worden uitgehold door middel van renteaftrek. Echter, de afschaffing zal Nederland fiscaal minder aantrekkelijk maken voor buitenlandse investeerders. De reden hiervoor is de mogelijke economisch dubbele belastingheffing die optreedt als gevolg van het afschaffen van de renteaftrek in Nederland.

De afschaf van renteaftrek en de vrijstelling van rentebate kan een effectieve regeling zijn om de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen op te lossen. Echter, mijns inziens is de invoering van CBIT, evenals het geval is met ACE, effectiever indien de invoering wordt gestimuleerd vanuit de OESO of de EU. Indien hierdoor meerdere landen de regeling invoeren zal minder sprake zijn van mismatches en zal de regeling leiden tot minder economisch dubbele belastingheffing. Hierdoor wordt eigen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtiger behandeld. Echter, het is mijns inziens niet realistisch te verwachten dat vanuit de EU, dan wel de OESO de invoering van een CBIT wordt gestimuleerd op korte termijn.

5.3.3. Internationaal belastingrecht

Het OESO-modelverdrag verdeelt de heffingsbevoegdheid van verdragspartijen voor zowel uitgekeerd als ontvangen rente en dividend. Op grond van artikel 11, lid 1 en lid 2 OESO-modelverdrag hebben zowel de bronstaat als de woonstaat heffingsrecht over de rente. Het afschaffen van de renteaftrek als gevolg van de invoering van CBIT is mijns inziens geen bronheffing, maar heeft betrekking op het bepalen van de belastbare winst. Het weigeren van renteaftrek vormt geen inbreuk op het OESO-modelverdrag. Daarnaast is het de keuze van elke OESO-lidstaat om in het nationale recht op te nemen dat belasting wordt geheven over ontvangen rente.

Het afschaffen van de renteaftrek en het vrijstellen van de rentebate kan in grensoverschrijdende situaties leiden tot mismatches indien OESO-lidstaten verschillende regelingen met betrekking tot de behandeling van rente hanteren. Dergelijke mismatches kunnen unilateraal worden voorkomen, indien in de CBIT wordt geopteerd voor een regeling waardoor de behandeling van rente afhankelijk wordt gesteld van de fiscale behandeling bij de uitkerende dan wel ontvangende vennootschap. Een mogelijkheid hiervan is dat bij de invoering van de CBIT wordt opgenomen dat de vrijstelling voor rente wordt ingetrokken indien de bronstaat een renteaftrek heeft verleend. Ook is het mogelijk dat de rente alsnog in aftrek wordt toegestaan indien de ontvanger van de rente zal worden belast over de rentebate. Indien voor beide unilaterale voorkomingen van economisch dubbele heffing wordt gekozen, leidt dit tot een

minder effectieve regeling van evenwichtig behandelen van eigen en vreemd vermogen. Dit omdat in grensoverschrijdende rentebetalingen vanuit een CBIT-staat alsnog een renteaftrek moet worden verleend omdat de rente in de woonstaat in beginsel wordt belast. Als gevolg hiervan is de CBIT alleen effectief in binnenlandse situaties en indien de andere staat ook een vorm van CBIT hanteert.

Het internationale probleem van mismatches wordt ook onderkend door de OESO. In het BEPS-rapport is opgenomen dat de effecten van mismatches dienen te worden bestreden op unilateraal en/of multilateraal niveau.¹³⁴ De mogelijke manieren van unilateraal voorkomen van de effecten van mismatches zijn zojuist besproken. Deze unilaterale voorkomingsmethodieken dienen door OESO-lidstaten in de nationale wetgeving opgenomen te worden.

De multilaterale voorkoming is bijvoorbeeld een aanpassing van het OESO-modelverdrag of het OESO-commentaar bij het modelverdrag. Hierin zou bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen dat het recht om te heffen over rentebate vervalt indien geen sprake is van renteaftrek bij de uitkerende vennootschap. Hiermee wordt voorkomen dat over deze rentebetalingen geen renteaftrek wordt verleend, maar de ontvanger wel wordt belast voor de rentebate. Een andere mogelijkheid is dat OESO-lidstaten de vrijstelling van rente moeten intrekken indien de rente bij de betaler in aftrek is gebracht. Indien deze aanpassingen worden aangenomen voor het OESO-modelverdrag leidt dit tot een meer evenwichtige heffing van rente en dividend.

De mogelijkheid blijft bestaan dat sprake is van een renteaftrek bij de uitkerende vennootschap zonder dat de bate wordt belast bij de ontvangende vennootschap. Dit kan mijns inziens alleen worden opgelost door de bronstaat: de ontvangststaat kan mijns inziens niet worden gedwongen om de rente te belasten.

Indien geen internationale aanpassingen worden verricht ter voorkoming van dubbele belastingheffing zal het investeringsklimaat van een CBIT-staat na invoering verslechteren. Immers, voor internationale investeerders treedt altijd dubbele belastingheffing op indien de renteaftrek wordt afschaft, aangezien de meeste fiscale jurisdicties renteaftrek toe staan en rentebaten belasten. De afschaffing van de renteaftrek leidt in internationale situaties tot een hogere belastingopbrengst. Doordat de rente aan het buitenland wordt betaald is geen sprake van vermindering van belastingopbrengsten als gevolg van het vrijstellen van rentebate.

¹³⁴ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, action 2, p. 17.

Mede vanwege de effecten als gevolg van de internationale mismatches van de behandeling van de rente is het mijns inziens niet wenselijk als Nederland eenzijdig besluit een CBIT in te voeren, zonder dat OESO-lidstaten unilaterale voorkomingsmethodieken invoeren.

5.3.4. EU-belastingrecht

Het is lidstaten in beginsel niet toegestaan om een regeling in te voeren die grensoverschrijdende situaties slechter behandelt dan binnenlandse situaties. Indien onderscheid wordt gemaakt naar vestigingsplaats en/of nationaliteit is de regeling niet in overeenstemming met het EU-belastingrecht. In beginsel maakt een CBIT dit onderscheid niet.

Als gevolg van de invoering van CBIT wordt de renteaftrek afgeschaft voor de betalende vennootschap en is de rentebate bij de ontvanger vrijgesteld. In de zaak Scheuten Solar stond de vraag centraal of het weigeren van de renteaftrek een vorm van bronbelasting over rente is. Het Hof van Justitie EU heeft in deze zaak geoordeeld dat het weigeren van de renteaftrek bij een debiteur geen vorm van bronbelasting op rente is, maar een regeling welke ziet op de bepaling van de belastbare winst.¹³⁵ Hierdoor is het afschaffen van de renteaftrek niet in strijd met de Interest- en royaltyrichtlijn. Wat betreft het vrijstellen van rentebate staat het mijns inziens lidstaten vrij om in de nationale wetgeving op te nemen dat rentebate is vrijgesteld. Het EU-belastingrecht verdeelt heffingsbevoegdheden in grensoverschrijdende situaties. Als gevolg van het EU-belastingrecht kan het heffingsrecht van een lidstaat worden ingeperkt. Het EU-belastingrecht creëert geen heffingsbevoegdheden. Indien een lidstaat besluit af te zien van belastingheffing over rentebate is dit mijns inziens niet in strijd met EU-belastingrecht.

De invoering van CBIT is mijns inziens niet in strijd met EU-belastingrecht maar leidt in grensoverschrijdende situaties niet tot een gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen. De betaling van eigen en vreemd vermogen is in de bronstaat - waarin CBIT van toepassing is – niet aftrekbaar. In de woonstaat is dividend in beginsel vrijgesteld van belastingheffing, maar rente niet. Als gevolg van de toepassing van CBIT in grensoverschrijdende situaties is het mogelijk dat mismatches ontstaan met economisch dubbele belastingheffing als gevolg. Indien de dubbele heffing per definitie plaatsvindt, is mijns inziens geen sprake van een effectieve regeling welke tracht eigen en vreemd vermogen evenwichtig te behandelen.

De negatieve effecten van grensoverschrijdende mismatches zijn ook gesignaleerd door de Europese Commissie. Deze effecten zijn de mogelijke economisch dubbele belastingheffing

¹³⁵ HvJ EU, 21 juli 2011, nr. C-397/09 (Scheuten Solar Technology).

over rente en de renteaftrek zonder corresponderende belastingheffing over de rentebate. Een mogelijke manier waardoor de dubbele belastingheffing in EU-belastingrecht kan worden voorkomen is door middel van het aanbrengen van een wijziging in de Interest- en royaltyrichtlijn. De Interest- en royaltyrichtlijn ziet op het verbod dat lidstaten een bronbelasting heffen over uitgekeerde rente en royalty. Als gevolg van de wijziging dient de ontvangstaat af te zien van belastingheffing over de rente indien geen sprake is van renteaftrek bij de ontvanger. Hierdoor wordt de dubbele belastingheffing over rente voorkomen. Het is mijns inziens niet juist om lidstaten te verplichten in de nationale wet op te nemen dat rente dient te worden belast indien sprake is van renteaftrek in de bronstaat. Met deze aanpassing zou worden gerealiseerd dat geen sprake meer is van een renteaftrek in de bronstaat zonder corresponderende belastingheffing over de rentebate in de ontvangstaat. Het is mijns inziens ook niet te verwachten dat een dergelijke aanpassing wordt aangebracht aan de Interest- en royaltyrichtlijn.

Als gevolg van het wijzigen van de Interest- en royaltyrichtlijn - waarna lidstaten af moeten zien van het belasten van niet-aftrekbaar rente - leidt de CBIT tot een meer evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen binnen de EU. De Moeder-dochterrichtlijn verplicht lidstaten ontvangen dividend vrij te stellen van belastingheffing. Hierdoor zijn beide vermogenssoorten bij de uitkerende vennootschap niet aftrekbaar en is de ontvangst vrijgesteld van belastingheffing.

De betaling van dividend vanuit een niet-CBIT-staat naar een CBIT-staat wordt fiscaal gediscrimineerd ten opzichte van een rentebetaling. Bij de uitkerende vennootschap is dividend in beginsel niet aftrekbaar, rente is dat in beginsel wel. Bij de ontvanger, gevestigd in een CBIT-staat, zijn beide vermogenssoorten vrijgesteld van belastingheffing. Deze fiscale discriminatie kan mijns inziens alleen worden opgeheven indien de gehele EU besluit over te gaan tot een CBIT. De regeling leidt niet tot een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen binnen de EU. Hierdoor is de regeling in grensoverschrijdende situaties mogelijk minder effectief en wordt het beoogde doel niet behaald.

De invoering van CBIT mag geen staatssteun bevatten om in overeenstemming te zijn met EU-belastingrecht. Een regeling kan worden aangemerkt als staatssteun indien de regeling met staatsmiddelen is bekostigd, ter begunstiging van bepaalde ondernemingen en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt. CBIT schaft de renteaftrek af, waardoor

geen sprake kan zijn dat de regeling met staatsmiddelen is bekostigd. CBIT voldoet aan de eisen om niet als staatssteun te worden aangemerkt.

5.3.5. Uitvoerbaarheid

Het afschaffen van de renteaftrek en het vrijstellen van de rentebate vereenvoudigt de wetgeving. Als gevolg van het afschaffen van de renteaftrek verminderen de administratieve lasten van belastingplichtigen ten opzichte van het huidige stelsel van renteaftrekbeperkingen. Immers, alle huidige regelingen met betrekking tot de renteaftrekbeperking kunnen verdwijnen. De verhuizing van belastingheffing over rente bij natuurlijke personen van box 1 naar box 2 Wet IB 2001 zal mijns inziens niet leiden tot een minder uitvoerbare regeling.

De invoering van CBIT leidt er toe dat de belastinggrondslag verruimd. Dit leidt voor de overheid tot meer belastinginkomsten, indien CBIT niet budgetneutraal wordt ingevoerd. Belastingplichtigen dienen hierdoor meer belasting te betalen over gerealiseerde winst, ten opzichte van de huidige Wet VpB 1969.

De voorgestelde aanpassing in de Interest- en royaltyrichtlijn en het OESO-modelverdrag ter voorkoming van economisch dubbele belastingheffing is mijns inziens eveneens eenvoudig uitvoerbaar. Als gevolg van de aanpassingen wordt economisch dubbele belastingheffing als gevolg van een grensoverschrijdende mismatch voorkomen. De huidige uitwisseling van inlichtingen binnen de EU en opgenomen in het OESO-modelverdrag zijn mijns inziens voldoende om de regeling uitvoerbaar te houden.

5.3.6. Deelconclusie

CBIT leidt er toe dat vreemd vermogen fiscaal hetzelfde wordt behandeld als eigen vermogen bij de debiteur. De gelijkstelling wordt gerealiseerd door middel van het afschaffen van de renteaftrek voor de debiteur. Om te bereiken dat de regeling effectief is, dient tevens voor de crediteur geen fiscaal onderscheid te bestaan tussen de behandeling van eigen en vreemd vermogen. Hierdoor zal de deelnemingsvrijstelling in de Wet VpB 1969 moeten worden verruimd zodat ook rentebate vrijgesteld kunnen worden ontvangen. Voor de DGA dient de belastingheffing over de rente in box 2 plaats te vinden, zodat een zuivere gelijkstelling ontstaat tussen de belastingheffing van rente en dividend. In box 3 hoeft geen wijziging plaats te vinden, aangezien deze belasting uit gaat van een fictief rendement, ongeacht of sprake is van eigen of vreemd vermogen.

Indien wordt geopteerd om het eigen en vermogen fundamenteel gelijk te stellen door middel van het afschaffen van de renteaftrek voor de debiteur, dient meer te veranderen dan alleen het opnemen van deze regeling in de Wet VpB 1969. Indien het wenselijk is om het globale evenwicht tussen IB-ondernemers en belastingplichtige lichamen in de Wet VpB 1969 te handhaven, dient de regeling ook van toepassing te zijn op IB ondernemers. De afschaf van renteaftrek dient hierdoor tevens te worden verwerkt in de Wet IB 2001.

In binnenlandse situaties zal een CBIT leiden tot minder financieringen met vreemd vermogen omdat het fiscale voordeel van de renteaftrek is verdwenen. In binnenlandse situaties zal de regeling hierdoor effectief zijn in het evenwichtig behandelen van eigen en vreemd vermogen. Echter, in grensoverschrijdende situaties leidt de regeling mogelijk tot hybride mismatches tussen de behandeling van eigen en vreemd vermogen. Dergelijke mismatches kunnen leiden tot economisch dubbele belastingheffing of een renteaftrek zonder corresponderende belastingheffing over de rentebate.

Deze mismatches kunnen zowel unilateraal als multilateraal worden voorkomen. In internationaal belastingrecht is het mogelijk via het OESO-modelverdrag en het OESO-commentaar te realiseren dat de ontvangststaat een vrijstelling dient te verlenen indien de rente niet in aftrek is gebracht in de bronstaat. Zonder deze aanpassingen zal het eenzijdig invoeren van CBIT door Nederland in grensoverschrijdende situaties leiden tot economisch dubbele belastingheffing, waardoor Nederland minder aantrekkelijk wordt voor buitenlandse investeerders.

Het invoeren van een CBIT is mijns inziens in overeenstemming met internationaal- en EU-belastingrecht, indien de regeling geen discriminerend onderscheid maakt tussen crediteurs naar vestigingsplaats en/of nationaliteit.

Het afschaffen van de renteaftrek leidt tot een vereenvoudiging van het belastingstelsel. Alle regelingen die de renteaftrek beperken in de Wet VpB 1969 zijn niet meer nodig. CBIT leidt tot een sterke vermindering van administratieve lasten. De regeling zal eenvoudig uitvoerbaar zijn.

5.4. Conclusie

In dit hoofdstuk zijn twee systemen onderzocht waarbij eigen en vreemd vermogen fiscaal fundamenteel aan elkaar worden gelijkgesteld. De onderzochte systemen zijn ACE en CBIT. In het eerstgenoemde systeem wordt eigen vermogen in beginsel gelijkgesteld aan vreemd

vermogen. Dit betekent dat een vergoeding voor het eigen vermogen aftrekbaar is van de winst. CBIT stelt de fiscale behandeling van vreemd vermogen gelijk aan eigen vermogen, de renteaftrek wordt afgeschaft.

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond is: *Leidt een fundamenteel systeem waarin eigen en vreemd vermogen evenwichtig worden behandeld tot een functionerend en effectief systeem, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?*

Beide systemen leiden tot een fiscale gelijkstelling van eigen en vreemd vermogen bij de debiteur. Echter, om de regelingen effectief te laten functioneren dient bij de crediteur eveneens een fiscale gelijkstelling te worden gerealiseerd. Dit betekent, bijvoorbeeld voor CBIT, dat ontvangen niet-aftrekbare rente dient te worden vrijgesteld van belastingheffing. Indien deze fiscale gelijkstelling niet wordt gerealiseerd, kan dit leiden tot een fiscale bevoordeling van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen bij de crediteur. Tevens leidt een CBIT in dit voorbeeld tot economisch dubbele belastingheffing. Dit komt de effectiviteit van de regeling niet ten goede. Naast wijzigingen in de Wet VpB 1969 dient ook de Wet IB 2001 te worden gewijzigd. Dit om te realiseren dat een natuurlijk persoon fiscaal indifferent is in het verstrekken van eigen of vreemd vermogen. Na invoering van een fundamenteel systeem en de bijbehorende wijzigingen in de Wet VpB 1969 en de Wet IB 2001, is voor binnenlandse situaties sprake van een functionerend en effectieve regeling waarin eigen en vreemd vermogen evenwichtig worden behandeld.

In de huidige grensoverschrijdende situaties is mijns inziens geen sprake van een effectief systeem indien ACE of CBIT wordt ingevoerd. In het internationaal- en EU-belastingrecht is het mogelijk dat, als gevolg van het verschillend behandelen van eigen en vreemd vermogen door verschillende staten, (hybride) mismatches ontstaan. Deze problematiek is ook gesignaleerd door de Europese Commissie en de OESO. Een voorbeeld van een hybride mismatch is de situatie waarin de uitkering van de vergoeding in de bronstaat niet-aftrekbaar is, terwijl de ontvangststaat belasting heft over de bate. Indien, als gevolg van het invoeren van ACE, dan wel CBIT, economisch dubbele belastingheffing optreedt, is dit mijns inziens onwenselijk en getuigt het niet van een evenwichtig belastingstelsel. Daarnaast wordt een staat na invoering van een fundamenteel systeem minder aantrekkelijk als investeringsland. De investeerders worden immers geconfronteerd met economisch dubbele belastingheffing.

De economisch dubbele belastingheffing is voor beide fundamentele systemen zowel unilateraal als multilateraal te voorkomen. Een mogelijke voorkomingsmethodiek is het

intrekken van de vrijstelling van belastingheffing over ontvangen rente of dividend door de ontvangstaat, indien de uitkering in de bronstaat aftrekbaar is van de winst. Het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing dient via de OESO, de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn te worden geregeld. In het OESO-modelverdrag dient te worden opgenomen dat de woonstaat geen heffingsrecht heeft over uitgekeerd rente en dividend, in het geval in de bronstaat geen aftrek hierover is verleend. Met betrekking tot de Moeder-dochterrichtlijn dient de voorgestelde wijziging die ziet op het intrekken van de vrijstelling op aftrekbaar dividend te worden ingevoerd. In de Interest- en royaltyrichtlijn dient te worden opgenomen dat de woonstaat een vrijstelling moet verlenen in het geval dat de rente niet in aftrek is gebracht in de bronstaat.

Indien deze internationale aanpassingen worden verwerkt in het internationaal- en EU-belastingrecht leidt dit tot een effectiever systeem in grensoverschrijdende situaties. De mismatch blijft bestaan indien een staat geen belasting heft over ontvangen rente dan wel dividend.

Zowel ACE als CBIT zijn eenvoudig uitvoerbare systemen waarin eigen en vreemd vermogen bij de debiteur gelijk worden gesteld. Als gevolg van de invoering van CBIT kunnen de huidige regelingen in de Wet VpB 1969 met betrekking tot de renteaftrekbeperking verdwijnen. Dit komt de uitvoerbaarheid van de Wet VpB 1969 sterk ten goede. Met betrekking tot de uitvoerbaarheid van ACE is het van belang dat het aftrekbare gedeelte van het dividend eenvoudig is te bepalen.

In binnenlandse situaties leiden ACE en CBIT tot een functionerend en effectief systeem waarin eigen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtig worden behandeld. In grensoverschrijdende situaties is dit in beginsel niet het geval. Beide systemen kunnen grensoverschrijdend effectief functioneren indien aanpassingen worden verricht aan de Moeder-dochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn voor EU situaties, het OESO-modelverdrag en unilaterale wijzigingen door OESO-lidstaten voor het internationaal belastingrecht. Van de besproken regelingen geniet de ACE-variant van primair rendement mijn voorkeur. In dit systeem wordt een belastingplichtige gestimuleerd om voldoende eigen vermogen aan te trekken. Indien een belastingplichtige een negatief eigen vermogen bezit kan de renteaftrek worden geweigerd. Dit is mijns inziens een effectieve methode om eigen en vreemd vermogen evenwichtig te behandelen waarbij tevens kan worden gerealiseerd dat bovenmatig financieren met vreemd vermogen leidt tot een renteaftrekbeperking.

6. Conclusie

6.1. Inleiding

In dit onderzoek is een analyse uitgevoerd ten aanzien van de fiscale discriminatie tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat is als volgt geformuleerd:

Wordt een evenwichtige fiscale behandeling van de vergoeding over eigen vermogen en vreemd vermogen in de huidige systematiek van renteaftrekbeperkingen voldoende gerealiseerd? Zo niet, op welke wijze kan een (meer) gelijke fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen worden gerealiseerd?

De hoofdvraag is beantwoord met behulp van de volgende deelvragen:

- Is een gelijke(re) fiscale behandeling van de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen wenselijk?
- Zorgt het stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 voor een voldoende evenwichtige fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen?
- Is een generieke renteaftrekbeperking een effectieve oplossing om de vergoeding op eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal evenwichtig(er) te behandelen, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?
- Leidt een fundamenteel systeem waarin eigen en vreemd vermogen evenwichtig worden behandeld tot een functionerend en effectief systeem, en zo ja, welke regeling geniet de voorkeur?

De onderzoeksvraag heb ik getoetst aan mijn toetsingskader. Deze bestaat uit de criteria effectiviteit, de inpasbaarheid in de regels van internationaal belastingrecht, de inpasbaarheid in het EU-belastingrecht en de uitvoerbaarheid. Om de onderzoeksvraag te beantwoorden heb ik eerst een economische analyse uitgevoerd naar de mogelijke economische gevolgen van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. Vervolgens heb ik het huidige stelsel van renteaftrekbeperkingen onderzocht. Ter beantwoording van de vraag of een andere regeling leidt tot een fiscaal evenwichtiger behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen heb ik twee generieke regelingen en twee fundamentele systemen onderzocht. De onderzochte generieke renteaftrekbeperking zijn de thincapregeling en de earningsstrippingregeling. De twee fundamentele systemen zijn ACE en CBIT.

In dit hoofdstuk wordt een samenvatting gegeven van mijn bevindingen; vervolgens wordt de hoofdvraag beantwoord. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een eindconclusie.

6.2. Samenvatting

Uit de economische literatuur blijkt dat een fiscaal onderscheid in de behandeling van eigen en vreemd vermogen gevolgen heeft voor de macro-economie. Een onderneming zal de fiscale overwegingen meenemen in de keuze voor de optimale financieringsstructuur. Hierdoor speelt de fiscale regelgeving een rol bij de keuze ten aanzien van het aantrekken van eigen en vreemd vermogen door een onderneming. De fiscale prikkel – rente is (in de regel) aftrekbaar, dividend (in de regel) niet – heeft als gevolg dat ondernemingen meer vreemd vermogen aan trekken in vergelijking met een belastingstelsel waarin geen fiscaal onderscheid wordt gemaakt tussen eigen en vreemd vermogen. Bovenmatig financieren met vreemd vermogen door ondernemingen heeft bijvoorbeeld als gevolg dat dergelijke ondernemingen een grotere kans op faillissement hebben, vergeleken met ondernemingen met een meer evenwichtige vermogensstructuur.

Om het overzicht te bewaren geef ik de hoofdzaken van de analyse uit de hoofdstukken weer in een tabel. Het huidige stelsel, de twee besproken generieke renteaftrekbeperkingen en de twee fundamentele systemen worden per toetsingscriterium beoordeeld. Hierdoor is uit de tabel overzichtelijk af te lezen hoe elke regeling scoort op elk toetsingscriterium. De waardering per toetsingscriterium wordt gegeven in een bereik van (--) tot (++), waarbij (--) de laagst mogelijke waardering is en (++) de hoogst mogelijke waardering. De waardering (-+) wordt gebruikt om een neutraal oordeel te vullen.

Huidig stelsel van renteaftrekbeperkingen Wet VpB 1969

Totaalwinstbewakers: 136 Herkwalificatiejurisprudentie, artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 en artikel 10b.		Waardering
---	--	-------------------

¹³⁶ Deze categorisering is ontleend aan J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 512. Zie ook J. van Strien, *De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, TFO 2013/128.3.

Effectiviteit	Herkwalificatiejurisprudentie vermindert de fiscale prikkel om materieel eigen vermogen te verstrekken in formele vorm van vreemd vermogen.	(++)
	artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet VpB 1969 is overbodig, aangezien het codificatie van jurisprudentie is.	(-)
	Artikel 10b Wet VpB 1969 leidt tot economisch dubbele heffing indien de rentebaten bij de ontvanger worden belast. Tevens poogt artikel 10b onzakelijke voorwaarden in gelieerde verhoudingen te bestrijden, echter kan dit ook met artikel 8b Wet VpB 1969.	(-)
Internationaal belastingrecht	De totaalwinstbewakers zijn in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
EU-belastingrecht	De totaalwinstbewakers vormen geen inbreuk op EU-belastingrecht.	(++)
Uitvoerbaarheid	Herkwalificatiejurisprudentie is lastig uitvoerbaar vanwege gebruik van subjectieve in plaats van objectieve criteria.	(-)
	Artikel 10b Wet VpB 1969 is lastig uitvoerbaar, omdat niet eenvoudig is te bepalen wanneer sprake is van een afwijking <i>in belangrijke mate</i> van zakelijke maatstaven.	(-)
Anti-winstdrainage¹³⁷ Artikel 10a Wet VpB 1969 en artikel 15ad Wet VpB 1969		
Effectiviteit	De anti-winstdrainage wetgeving beperkt de aftrek van rente indien een besmette rechtshandeling is verricht. Bovenmatig financieren met vreemd vermogen zonder besmette rechtshandeling leidt niet tot renteaftrekbeperking.	(-)

¹³⁷ Deze categorisering is ontleend aan J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 512. Zie ook J. van Strien, *De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, TFO 2013/128.3.

	Franchise in artikel 15ad Wet VpB 1969 draagt niet bij aan effectieve bestrijding van fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen.	(--)
	Voortwentelen niet-aftekbare rente artikel 15ad Wet VpB 1969 draagt niet bij aan effectieve bestrijding van fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen	(--)
	Artikel 10a Wet VpB 1969 ziet alleen op geldleningen verkregen van een verbonden lichaam.	(-)
Internationaal belastingrecht	De anti-winstdrainage is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
EU-belastingrecht	De essentie van beide regelingen vormen in beginsel geen inbreuk op EU-belastingrecht. Echter, specifieke onderdelen van beide regelingen zijn in strijd met EU-belastingrecht.	(+)
Uitvoerbaarheid	Beide regelingen gaan uit van het historische verband tussen de financiering en de besmette rechtshandeling. Dit eist een uitgebreide administratie van belastingplichtigen. Ook indien geen sprake is van besmette rechtshandeling dient een administratie bijgehouden te worden om het standpunt van een belastingplichtige te onderbouwen.	(--)
	Artikel 10a Wet VpB 1969 is niet eenvoudig uitvoerbaar vanwege de subjectieve tegenbewijsregelingen.	(-)
Systeembewaker¹³⁸ Artikel 13l Wet VpB 1969		
Effectiviteit	Artikel 13l Wet VpB 1969 heeft een budgettaire functie en beoogt niet een fiscaal evenwichtige(re) behandeling van eigen en vreemd vermogen te realiseren.	(--)
	Artikel 13l Wet VpB 1969 heeft een procyclisch karakter door het mathematisch bepalen van de	(+)

¹³⁸ Deze categorisering is ontleend aan J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, blz. 512. Zie ook J. van Strien, *De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, TFO 2013/128.3.

	deelnemingsschuld. Het voorkomen van procyclisch karakter draagt niet bij aan evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.	
	Franchise draagt niet bij aan effectieve bestrijding van fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen.	(--)
Internationaal belastingrecht	De regeling is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
EU-belastingrecht	De essentie van artikel 131 Wet VpB 1969 vormt in beginsel geen inbreuk op EU-belastingrecht. Echter, specifieke onderdelen van de regeling zijn in strijd met EU-belastingrecht	(+)
Uitvoerbaarheid	Mathematisch berekenen van deelnemingsschuld zorgt voor rechtszekerheid van belastingplichtigen. De bepaling zal niet leiden tot veel discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus vanwege de duidelijk gehanteerde terminologie in de bepaling.	(+)

Generieke regelingen

Thincapregeling		
Effectiviteit	Maximaal vreemd vermogen is afhankelijk van eigen vermogen. Hierdoor wordt belastingplichtige gestimuleerd meer eigen vermogen te bezitten.	(+)
	Hanteren van VV/EV-ratio biedt belastingplichtigen de mogelijkheid tot het opzoeken van fiscale grens door. Dit stimuleert (indirect) tot meer vreemd vermogen, dan wel minder eigen vermogen.	(-)
	Concernvereiste, voortwentelen van niet-aftrekbare rente, hanteren van netto rentelast, concerntoets en franchise dragen allen niet bij aan fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.	(--)
Internationaal belastingrecht	De thincapregeling is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
EU-belastingrecht	De essentie van de thincapregeling vormt in beginsel geen inbreuk op EU-belastingrecht. Echter, artikel	(++)

	10d(oud) Wet VpB 1969 bevatte een onderdeel die mijns inziens in strijd is met EU-belastingrecht	
Uitvoerbaarheid	Gehele financieringsstructuur wordt bekeken in plaats van elke geldlening afzonderlijk.	(++)
	Absolute grens wordt gehanteerd in tegenstelling tot fiscaal onduidelijke terminologie.	(++)
	De regeling is internationaal bekend.	(++)
Earningsstrippingregeling		
Effectiviteit	Maximaal vreemd vermogen is afhankelijk van hoogte van fiscale EBITDA. Hierdoor wordt belastbare activiteit gestimuleerd.	(++)
	Concernvereiste, voortwentelen van niet-aftrekbare rente, hanteren van netto rentelast, concerntoets en franchise dragen allen niet bij aan fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.	(--)
Internationaal belastingrecht	De regeling is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
EU-belastingrecht	De regeling is in overeenstemming met het EU-belastingrecht	(++)
Uitvoerbaarheid	Gehele financieringsstructuur wordt bekeken in plaats van elke geldlening afzonderlijk.	(++)
	Absolute grens wordt gehanteerd in tegenstelling tot fiscaal onduidelijke terminologie.	(++)
	De regeling is internationaal bekend.	(++)

Fundamentele systemen:

Allowance for Corporate Equity		
Aftrek van gehele dividenduitkering		

Effectiviteit	Vergoeding op eigen en vreemd vermogen wordt volledig gelijk behandeld bij uitkerende vennootschap	(++)
	Indien ontvangst van aftrekbaar dividend bij de crediteur wordt belast, is sprake van gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen.	(++)
	Indien ontvangst van dividend vrijgesteld blijft, is geen sprake van gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen.	(--)
	Aftrek van gehele dividenduitkering leidt tot uitholling van vennootschapsbelasting doordat gehele winst aftrekbaar is.	(-+)
	Aftrek van gehele dividenduitkering stimuleert volledig en directe dividenduitkering. Uitstel van uitkering leidt tot liquiditeitsnadeel voor belastingplichtigen.	(+)
Internationaal belastingrecht	Aftrek van gehele dividenduitkering is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
	Zonder unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten en aanpassing aan het OESO-modelverdrag leidt de regeling tot internationale mismatches.	(--)
	Met unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten en aanpassing aan het OESO-modelverdrag wordt eigen en vreemd vermogen evenwichtig behandeld.	(++)
EU-belastingrecht	De regeling is (nog) niet in overeenstemming met het EU-belastingrecht: Moeder-dochterrichtlijn staat geen belastingheffing over ontvangen dividend toe.	(-)
	Voorstel tot wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn ter voorkoming van hybride mismatches leidt tot overeenstemming van de regeling met EU-belastingrecht.	(++)
	Zonder wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn leidt de regeling tot hybride mismatches.	(--)
Uitvoerbaarheid	De regeling is eenvoudig uitvoerbaar, omvang van de aftrek is eenvoudig te bepalen.	(++)

Aftrek van primair dividend		
Effectiviteit	De uitgekeerde 'overwinst' is niet aftrekbaar, hierdoor is geen sprake van volledig evenwichtig behandelen van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen bij de debiteur.	(-)
	Aftrek van primair dividend maakt onderscheid tussen aftrekbaar en niet-aftrekbaar eigen vermogen.	(-)
	Deelnemingsvrijstelling dient alleen van toepassing te zijn indien en voor zover dividend niet in aftrek is gebracht.	(+)
	De keuze tussen primair dividend uitkeren en niet uitkeren van dividend dient fiscaal neutraal te zijn, door middel van het doorschuiven van het aftrekkruimte naar later jaar.	(+)
Internationaal belastingrecht	Aftrek van primair dividend is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
	Zonder unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten en aanpassing aan het OESO-modelverdrag leidt de regeling tot internationale mismatches.	(--)
	Met unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten en aanpassing aan het OESO-modelverdrag wordt eigen en vreemd vermogen evenwichtig behandeld.	(++)
EU-belastingrecht	De regeling is (nog) niet in overeenstemming met het EU-belastingrecht: Moeder-dochterrichtlijn staat geen belastingheffing over ontvangen dividend toe.	(-)
	Voorstel tot wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn ter voorkoming van hybride mismatches leidt tot overeenstemming van de regeling met EU-belastingrecht.	(++)
	Zonder wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn leidt de regeling tot hybride mismatches.	(--)
Uitvoerbaarheid	Elke dividenduitkering dient te worden gesplitst in aftrekbaar en niet-aftrekbaar dividend.	(-)

	Mogelijkheid tot voortwentelen niet gebruikt gedeelte van primair dividend naar later jaar om fiscaal-neutraal uitkeringsbeslissing te realiseren.	(-)
Aftrek van primair rendement		
Effectiviteit	Geen volledig gelijkstelling vergoeding eigen vermogen met vergoeding vreemd vermogen.	(-)
	Regeling is ook van toepassing indien geen dividend wordt uitgekeerd.	(+)
	Negatief saldo van eigen vermogen leidt tot renteaftrekbeperking.	(++)
	Mogelijk voor internationale concerns om binnenlandse belastinggrondslag uit te hollen.	(-)
Internationaal belastingrecht	Aftrek van primair rendement is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
	Zonder unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten of aanpassing aan het OESO-modelverdrag leidt de regeling tot internationale mismatches.	(--)
	Met unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten en multilaterale aanpassing aan het OESO-modelverdrag wordt eigen en vreemd vermogen evenwichtig behandeld.	(++)
EU-belastingrecht	De regeling is (nog) niet in overeenstemming met het EU-belastingrecht: Moeder-dochterrichtlijn staat geen belastingheffing over ontvangen dividend toe.	(-)
	Voorstel tot wijziging van Moeder-dochterrichtlijn ter voorkoming van hybride mismatches leidt tot overeenstemming van de regeling met EU-belastingrecht.	(++)
	Zonder wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn leidt de regeling tot hybride mismatches.	(--)
Uitvoerbaarheid	Eliminaties dienen duidelijk te volgen uit de wet ter bepaling van de omvang van het eigen vermogen.	(+)

Comprehensive Business Income Tax		
Effectiviteit	Na afschaf van renteaftrek wordt eigen en vreemd vermogen gelijk behandeld.	(++)
	Na wijzigingen in Wet IB 2001 en Wet VpB 1969 wordt bij crediteur eigen en vreemd vermogen evenwichtig behandeld.	(+)
	Afschaf van renteaftrek leidt tot daling van fiscaal investeringsklimaat.	(-)
Internationaal belastingrecht	Afschaffen renteaftrek is in overeenstemming met het internationaal belastingrecht.	(++)
	Zonder aanpassingen OESO-modelverdrag leidt CBIT mogelijk tot internationale mismatches.	(--)
	Met unilaterale aanpassingen van OESO-lidstaten en multilaterale aanpassing aan het OESO-modelverdrag wordt eigen en vreemd vermogen evenwichtig behandeld.	(++)
EU-belastingrecht	Afschaffen renteaftrek is in overeenstemming met EU-belastingrecht	(++)
	Zonder wijziging aan Interest- en royalty richtlijn leidt de regeling tot hybride mismatches.	(-)
	Wijziging aan Interest- en royaltyrichtlijn ter voorkoming van internationale mismatches leidt tot effectieve gelijke behandeling eigen en vreemd vermogen.	(++)
Uitvoerbaarheid	Afschaf van renteaftrek leidt tot sterke vereenvoudiging van belastingwetgeving	(++)
	Aanpassingen in wetgeving zodat fiscale discriminatie bij crediteur en internationale mismatches worden voorkomen.	(-+)

6.3. Alternatieven

In de vorige paragraaf heb ik een overzicht opgenomen waaruit kan worden afgeleid hoe de toetsingscriteria van toepassing zijn op elke regeling. Uit dit overzicht kan worden afgeleid dat

het huidige stelsel van renteaftrekbepalingen niet effectief is in het bestrijden van de fiscale discriminatie tussen eigen en vreemd vermogen. Op basis van mijn bevindingen heb ik ervoor gekozen twee alternatieven te formuleren voor het meer evenwichtig behandelen van eigen en vreemd vermogen. Ik heb gekozen om een tweede voorstel te formuleren, aangezien het mijns inziens niet reëel is te verwachten dat het eerste voorstel op korte termijn wordt gerealiseerd. Het eerste voorstel betreft de invoering van de variant aftrek van primair rendement van het fundamentele systeem ACE met een unilaterale wijziging door OESO-lidstaten en een wijziging in de Moeder-dochterrichtlijn. Het tweede voorstel betreft de invoering van de earningsstrippingregeling.

6.3.1. Primaire voorkeursoplossing

Een fundamenteel systeem behandelt eigen en vreemd vermogen bij de debiteur in beginsel evenwichtig. De varianten primair dividend en primair rendement zwakken de evenwichtigheid af doordat niet de gehele vergoeding op eigen vermogen aftrekbaar is. Tevens is het voor een fundamenteel systeem van belang dat de crediteur fiscaal evenwichtig wordt behandeld. Indien dit niet het geval is, kan de regeling mijns inziens niet als effectief worden aangemerkt.

Uit het overzicht blijkt mijns inziens dat de primaire voorkeursoplossing de variant van primair rendement is. Om als primaire voorkeursoplossing te worden aangemerkt is het voor een aftrek van primair rendement van essentieel belang dat deze variant internationaal wordt gedragen. Dit betekent dat vanuit zowel de OESO als de EU aanpassingen dienen te worden verricht. Indien dit niet gebeurt, zal de regeling in grensoverschrijdende situaties veelal leiden tot hybride mismatchleningen, met mogelijk economisch dubbele belastingheffing als gevolg. Dit leidt ertoe dat indien primair rendement door één staat wordt ingevoerd, deze staat gevoelig is voor uitholling van de belastinggrondslag door internationale concerns. Dergelijke concerns kunnen het overtollig eigen vermogen in deze staat stallen met een aftrek voor de vergoeding over eigen vermogen als gevolg.

De variant primair rendement impliceert in beginsel dat zowel rente als een vergoeding over het eigen vermogen aftrekbaar is. Ter voorkoming van een heffingslek voor de overheid dient de ontvangst van rente en dividend bij de ontvanger te worden belast. De vergoeding over eigen vermogen en vreemd vermogen is alleen aftrekbaar indien het gesaldeerde saldo aan eigen vermogen positief is.

Het salderen van het eigen vermogen is van belang om te voorkomen dat eigen vermogen bij meerdere belastingplichtigen wordt meegeteld. Om dubbeltellingen te voorkomen dienen

sommige bestandsdelen uit het eigen vermogen van een belastingplichtige te worden geëlimineerd. Dit kan als volgt worden toegelicht. Een eliminatie uit het eigen vermogen geschiedt indien een belastingplichtige bijvoorbeeld een deelneming bezit. Voor de moedermaatschappij is de deelneming onderdeel van het eigen vermogen en staat op de activazijde van de balans. Op de balans van de dochteronderneming zullen tevens activa staan. Deze activa behoren tot het bezit van de dochteronderneming, maar worden zonder eliminatie via de activapost ‘deelneming’ eveneens bij de moedermaatschappij meegeteld.

Indien na eliminaties bij een belastingplichtige sprake is van een negatief saldo van eigen vermogen leidt dit tot een renteaftrekbepanking. De reden hiervoor is dat een negatief saldo van eigen vermogen impliceert dat belastingplichtige is gefinancierd met vreemd vermogen. Tevens heeft de belastingplichtige, als gevolg van een saldo van negatief eigen vermogen, geen mogelijkheid tot aftrek van primair rendement.

Het in aftrek beperken van de rente, indien sprake is van negatief saldo van eigen vermogen, stimuleert belastingplichtigen tot het financieren met eigen vermogen. Als gevolg hiervan stimuleert een aftrek van primair rendement tot een evenwichtige financiering van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen.

Het bepalen van het fiscale eigen vermogen volgt uit de fiscale balans. Voor de uitvoerbaarheid van de regeling is het van belang dat de eliminaties uit het eigen vermogen duidelijk en eenvoudig uit de wet volgen. Indien dit onduidelijk is, zal dit leiden tot veel discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus, wat de uitvoerbaarheid van de regeling niet ten goede komt.

Zoals eerder is benoemd, is het voor een effectief evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen door middel van een fundamenteel systeem tevens van belang dat bij de crediteur sprake is van een fiscaal evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Indien dit niet het geval is, zal de crediteur fiscaal gedreven worden om eigen vermogen dan wel vreemd vermogen te verstrekken. Dit komt de effectiviteit van de regeling niet ten goede. Dit betekent dat indien de vergoeding voor zowel eigen vermogen als vreemd vermogen aftrekbaar is bij de debiteur, de crediteur belast dient te worden indien en voor zover de vergoeding voor het eigen en het vreemd vermogen in aftrek is gebracht bij de debiteur. In de Wet VpB 1969 kan dit worden gerealiseerd door de deelnemingsvrijstelling te wijzigen zodat deze faciliteit alleen van toepassing is indien het dividend, dan wel de vergoeding over het eigen vermogen, niet in aftrek is gebracht bij de debiteur.

De ontvangst van rente en dividend is bij natuurlijke personen belast. Het dividend, ontvangen door een a.b.-houder, is belast in box 2 met een tarief van 25%. Indien een natuurlijk persoon rente van een eigen vennootschap ontvangt, is sprake van resultaat uit overige werkzaamheden, waardoor de rente progressief tot 52% belast wordt in box 1, op grond van artikel 2.10 Wet IB 2001. Voor een zuivere evenwichtige belastingheffing bij de natuurlijke persoon dient mijns inziens de belastingheffing over rente overgeheveld te worden naar box 2. Rente ontvangen van een niet eigen vennootschap en dividend ontvangen op een aandelenbelang van minder dan 5% worden beide belast in box 3. In deze situaties is mijns inziens sprake van een evenwichtige belastingheffing bij de crediteur.

Naast deze aanpassingen in de Nederlandse wetgeving dienen voor mijn primaire voorkeursoplossing ook, via de OESO, de OESO-lidstaten de nationale wetgeving aan te passen. De OESO-lidstaten dienen in de nationale wetgeving op te nemen dat geen vrijstelling wordt verleend voor bate die in de bronstaat zijn afgetrokken van de winst. Tevens dient te worden opgenomen dat geen aftrek wordt verleend indien de bate in de woonstaat zijn vrijgesteld van belastingheffing. Hiermee worden hybride mismatches in het internationaal belastingrecht voorkomen.

Voor het EU-belastingrecht dient de Moeder-dochterrichtlijn te wijzigen. De huidige Moeder-dochterrichtlijn verbiedt EU-lidstaten kort gezegd intercompany dividenden te belasten. De Europese Commissie heeft een voorstel gedaan om de Moeder-dochterrichtlijn aan te passen, waarmee de gevolgen van hybride mismatchleningen kunnen worden bestreden. Als gevolg van deze wijziging wordt gerealiseerd dat internationale concerns niet meer de belastinggrondslag kunnen uithollen. Immers, zonder wijziging is het mogelijk dat in de bronstaat een aftrek wordt verleend van de betaalde vergoeding, terwijl de corresponderende baten in de ontvangststaat niet in de belastingheffing worden betrokken vanwege de Moeder-dochterrichtlijn. Indien de ontvangststaat beslist om geen belasting te heffen over ontvangen baten, is dat een keuze van de ontvangststaat. Een staat kan mijns inziens niet worden verplicht om belasting te heffen over ontvangen passieve inkomsten.

Het is mijns inziens niet realistisch om te verwachten dat op korte termijn OESO-lidstaten de unilaterale voorkomingsmethodieken worden ingevoerd. Zonder de unilaterale voorkomingsmethodieken blijven de hybride mismatchleningen in het internationaal belastingrecht bestaan. Het is mijns inziens wel realistisch te verwachten dat de Moeder-dochterrichtlijn op korte termijn wordt aangepast, waarna de ontvangststaat de vrijstelling op

dividend kan intrekken indien en voor zover de vergoeding in aftrek is gebracht in de bronstaat. De hybride mismatches in het internationale belastingrecht zijn mijns inziens onwenselijk waardoor Nederland geen variant van ACE kan invoeren op korte termijn zonder internationale wijzigingen ter voorkoming van hybride mismatches.

6.3.2. Secundaire voorkeursoplossing

In de veronderstelling dat mijn primaire voorkeursoplossing niet op korte termijn kan worden gerealiseerd is het mijns inziens juist als Nederland het huidige stelsel van renteaftrekbeperkingen vervangt door de earningsstrippingregeling. De earningsstrippingregeling is, evenals de thincapregeling, een generieke renteaftrekbeperking. Dit betekent dat de gehele financieringsstructuur wordt getoetst aan de regeling, in plaats van elke geldlening afzonderlijk toetsen aan een regeling die de renteaftrek beperkt. Hierdoor vereenvoudigt het huidige stelsel en is sprake van een uitvoerbaardere regeling voor zowel belastingplichtigen als de fiscus.

De reden voor mijn voorkeur voor earningsstrippingregeling ten opzichte van de thincapregeling is de wijze waarop beide regelingen de maximering van het vreemd vermogen bij een belastingplichtige bepalen. De thincapregeling gaat uit van vaste verhouding van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Indien bij een belastingplichtige de EV/VV-ratio wordt overschreden, leidt het teveel aan vreemd vermogen tot een renteaftrekbeperking. Indien een belastingplichtige meer eigen vermogen bezit, kan tevens meer rente in aftrek worden gebracht. De earningsstrippingregeling stelt de toegestane renteaftrek afhankelijk van de fiscale winst. Hierdoor dient een belastingplichtige een hogere fiscale winst te realiseren, indien een hogere renteaftrek wordt gewenst. Hierdoor worden belastbare activiteiten in Nederland gestimuleerd. Door de renteaftrek afhankelijk te stellen van de fiscale winst, wordt het voor belastingplichtigen lastiger om gedurende het jaar de grens op te zoeken waarmee renteaftrek kan worden gemaximaliseerd. Dit is voor belastingplichtigen wellicht onwenselijk, maar het draagt effectief bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

In beide varianten van generieke renteaftrekbeperkingen bestaan verschillende componenten om te regeling uitvoerbaarder te maken. Het betreft bijvoorbeeld een franchise om het MKB te ontzien, of de eis dat een belastingplichtige deel moet uitmaken van een concern. Het vervallen artikel 10d Wet VpB 1969 bevatte beide onderdelen. Tevens was het voor belastingplichtige mogelijk door middel van de concerntoets bovenmatige rente alsnog in aftrek te brengen indien de belastingplichtige niet slechter is gekapitaliseerd dan het gehele concern. De reden voor het

opnemen van dit onderdeel was dat de oude thincapregeling was ingevoerd ter bestrijding van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door internationale concerns. Dergelijke componenten kunnen de regeling uitvoerbaarder maken, maar dragen mijns inziens niet bij aan een effectieve bestrijding van de fiscale discriminatie van eigen en vreemd vermogen. Voor een effectieve generieke renteaftrekbeperking is het mijns inziens onwenselijk om dergelijke componenten op te nemen in de earningsstrippingregeling.

Tevens is het mogelijk om in beide generieke regelingen bepalingen op te nemen dat niet-aftrekbare rente voortgewenteld kan worden en dat de aftrekbeperking uitgaat van de netto rentelast. Beide genoemde toevoegingen dragen eveneens niet bij aan een evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen. Indien het mogelijk is om niet-aftrekbare rente in een later jaar alsnog in aftrek te brengen, wordt bovenmatig financieren met vreemd vermogen minder effectief bestreden. Het opteren voor een netto rentelast leidt ertoe dat meer rente in aftrek kan worden gebracht door een saldering van rentebaten met rentelasten. Dit bevordert eveneens niet de evenwichtige behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Beide generieke regelingen zijn in overeenstemming met internationaal- en EU-belastingrecht. Tevens is het mijns inziens een voordeel voor de uitvoerbaarheid van de regelingen dat beide generieke regelingen door diverse landen in de EU worden gehanteerd. Dit draagt bij aan de internationale bekendheid van de regeling en verlaagt de drempel voor internationale concerns om zich in Nederland te vestigen.

6.4. Eindconclusie

In dit onderzoek heb ik gepoogd de evenwichtigheid van de fiscale behandeling van rente en dividend in de huidige wetsystematiek in kaart te brengen en voorstellen te doen ter verbetering van de huidige situatie. Om te kunnen spreken van een verbetering heb ik het huidige stelsel van renteaftrekbeperkingen en de onderzochte alternatieven getoetst aan effectiviteit, het internationaal belastingrecht, het EU-belastingrecht en de uitvoerbaarheid van de regeling.

Een aftrek van de vergoeding van eigen vermogen op basis van primair rendement en de renteaftrek voor vreemd vermogen bereikt in beginsel een evenwichtigheid in de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen. Dit systeem is gevoelig voor hybride mismatches waardoor het mijns inziens niet effectief is om dit systeem in te voeren zonder dat OESO-lidstaten unilaterale wetgeving opnemen ter voorkoming van deze hybride mismatches. Tevens dient de Moeder-dochterrichtlijn te wijzigen zodat ontvangen intercompany dividend kan worden belast. In de veronderstelling dat deze unilaterale aanpassingen niet op korte termijn

zal worden gerealiseerd, is het mijns inziens wenselijk indien Nederland het huidige stelsel van renteaftrekbepkeringen in ruilt voor de earningsstrippingregeling. Als gevolg van deze regeling wordt geen volledige evenwichtige fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen gerealiseerd. De earningsstrippingregeling is echter wel effectiever dan het huidige stelsel van renteaftrekbepkeringen en inpasbaar in het internationale belastingrecht en het EU-belastingrecht. Tevens is de earningsstrippingregeling eenvoudig uitvoerbaar.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

Hof van Justitie EU

- HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal).
- HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain).
- HvJ EU 12 december 2002, C-324/00 (Lankhorst-Hohorst).
- HvJ EU 18 September 2003, C-168/01 (Bosal Holding BV).
- HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (X-Holding).
- HvJ EU, 21 juli 2011, nr. C-397/09 (Scheuten Solar Technology).
- HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (2)).
- HvJ EU 3 juli 2013, nr. C-350/11, (Argenta Spaarbank).

Hoge Raad

- HR 3 november 1954, BNB 1954/357.
- HR 24 juni 1964, BNB 1964/196.
- HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.
- HR 23 augustus 1995, nr. 29.521, BNB 1996/3
- HR 6 september 1995, nr. 27.927, BNB 1996/4.
- HR 20 september 1995, nr. 29.737, BNB 1996/5
- HR 27 september 1995, nr. 30.400, BNB 1996/6.
- HR 11 maart 1998, BNB 1998/208.
- HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364.
- HR 18 juni 2004, nr. 39 385, BNB 2004/314.
- HR 9 mei 2008, BNB 2008/191.
- HR 25 november 2011, BNB 2012/37.
- HR 25 november 2011, BNB 2012/38.
- HR 25 november 2011, BNB 2012/39.
- HR 25 november 2011, BNB 2012/78.
- HR 21 september 2012, nr. 10/05268, BNB 2013/15.
- HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137c*.

Rechtbanken

- Rb 22 oktober 2010, AWB 09/611, LJN BO2074.

Boeken

- P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer: 2013.
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2013.
- O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, FM 113, Kluwer, Deventer, 2007.
- J. van Strien, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006.

- S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer: 2013.
- J. Vleggeert, Proefschrift, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009.

Tijdschriften

- S.R. Bond and M.P. Devereux, *On the design of a neutral business tax under uncertainty*, Journal of Public Economics 58, 1995.
- R.P.C.W.M. Brandsma, *Bescherming van de Nederlandse heffingsgrondslag: Causale verbanden, zakelijke overwegingen en valutaresultaten onder artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, TFO 2012/120.2.
- F.J. Elswelier & J.A.G. van der Geld, *Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!*, TFO 2012/120.1.
- F.J. Elswelier & J. van Strien, *De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?*, WFR 2012/182.
- J.A.G. van Es, *Fiscale hoegrootheden*, WFR 2011/1069.
- J.R. Graham, *How big are the tax benefits of debt?*, Journal of Finance, Vol. 55, October 2000.
- F. Horzen, *Help mijn aandeelhouder is een sprinkhaan*, NTFR 2011/1296.
- B.J. Kiekebeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR Beschouwingen 2013/11.
- H. Leland & D. Pyle, *Information asymmetries, financial structure, and financial intermediation*, Journal of Finance 32, 1977.
- O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente*, WFR 2012/1426.
- R.A. de Mooij, *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 12.
- R.A. de Mooij, *Tax biases to debt finance: Assessing the problem, finding solutions*, Working Paper, 3 Mei 2011.
- R.A. de Mooij & M.P. Devereux, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009.
- F. Modigliani & M.H. Miller, *Corporate income taxes and the cost of capital: A correction*, The American Economic Review, June 1963.
- F. Modigliani & M.H. Miller, *The cost of capital, corporate finance, and the theory of investment*, American Economic Review, Vol. 48, nr. 3, June 1958.
- S.C. Myers, *Capital structure puzzle*, Journal of Finance, vol. 39, July 1984.
- S.C. Myers & N.S. Majluf, *Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have*, Journal of Financial Economics 13.
- C. Nieuwland & V.B.M. Visser, *Fiscaal-economisch beleid – de ACE in Nederland*, Forfaitair 231.
- R.G. Rajan & L. Zingales, *What do we know about capital structure? Some evidence from international data*, Journal of Finance 50, December 1995.

- Redactie V-N, aantekening Vakstudie Nieuws bij Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, V-N 2006/30.3.
- J. Simon, *Optimal debt bias in corporate income taxation*, MWP 2012/13 Max Weber Programme, working paper, 2013.
- D.S. Smit, *Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting*, TFO 2012/122.
- J. van Strien, De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, TFO 2013/128.3.
- J. van Strien & M.G.H. Kroon, *Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?*, NTFR 2011/614.
- M.G.C. Tromp, *Sprinkhanenplaag definitief voorbij?*, Forfaitair 2013/236.
- N.E. Vis, *De oogmerkttoets bij de aftrekbeperking deelnemingsrente*, WFR 2013/279.
- J. Vleggeert, *Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?*, WFR 2003/1482.
- J.K. Wald, *How firm characteristics affect capital structure: An international comparison*, Journal of Financial Research 22, 1999.
- E. Zangari, *Adressing the Debt Bias: A comparison between the Belgian and Italian ACE systems*, Taxation papers, working paper nr. 44, 2014.

Kamerstukken en beleid

- Stb. 1996, 651.
- Stb. 2001, 641.
- Stb. 2006, 631.
- Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3.
- Kamerstukken II 2002/03, 28 487, nr. 7.
- Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 4.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.
- Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6.
- Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 3.
- Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 4
- Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10.
- Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. A.
- Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3.
- Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7.
- Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 3.
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2007, nr. BCPP2007-00826.
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011.

Europese regelgeving en beleid

- Voorstel voor wijziging van richtlijn van 25 november 2013 COM(2013)814def 814.

Overige bronnen

- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.
- OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, march 2012.