

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

De earnings-strippingregeling versus de nationale renteaftekbependingen

*Een onderzoek naar de gevolgen van de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD voor art.
10a Wet VpB 1969 en art. 13l Wet VpB 1969*

Gijs Kramer

381192

Prof. Dr. P. Kavelaars

Rotterdam, augustus 2017

Voorwoord

Voor u ligt mijn Masterscriptie Fiscale Economie. Na vier geweldige jaren waarin ik kennis heb mogen maken met de fiscaliteit, wordt het nu tijd de opgedane kennis toe te passen in de praktijk. Met deze scriptie heb ik mij verdiept in de recente ontwikkelingen omtrent de renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting en de invloed daarop van de te implementeren earnings-strippingregeling. Met dit onderwerp heb ik de twee richtingen waarin ik het meest ben geïnteresseerd, het internationale belastingrecht en de vennootschapsbelasting, kunnen combineren.

Na het voltooien van deze scriptie wil ik een aantal personen nadrukkelijk bedanken voor hun steun en tijd die hebben bijgedragen aan het tot stand komen van dit eindproduct. Allereerst wil ik mijn begeleider, prof. dr. P. Kavelaars, bedanken voor zijn zeer snelle feedback en zienswijze. Hierdoor was het voor mij mogelijk de scriptie in een goed tempo te schrijven en kon ik mijn mening sterker naar voren brengen. Ik heb met name geleerd alle mogelijke oogpunten en aspecten rondom een bepaald vraagstuk kritisch mee te nemen in de beoordeling om zodoende tot een weloverwogen eindoordeel te kunnen komen.

Ook wil ik mijn werkgever, DRV Accountants & Adviseurs, bedanken voor de tijd die zij mij hebben gegeven om aan de scriptie te werken en de mogelijkheid te sparren met collega's. Hierdoor werd het mogelijk het afstuderen te combineren met werken in de praktijk en daarmee een bredere blik te krijgen, naast de theoretische vaardigheden die ik heb verkregen in de afgelopen vier jaren.

Ten slotte wil ik mijn familie, studiegenoten en vrienden bedanken die altijd voor mij klaar stonden om de hoofdstukken door te lezen en te sparren over vraagstukken.

Ik wens u veel leesplezier.

Inhoudsopgave

• Lijst met afkortingen	p. 6
• Hoofdstuk 1 – Inleiding	p. 7
○ 1.1 Aanleiding tot het onderzoek	p. 7
○ 1.2 Probleemstelling en toetsingskader	p. 10
○ 1.3 Opzet	p. 11
○ 1.4 Afbakening	p. 12
• Hoofdstuk 2 – De earnings-strippingregeling in de ATAD	p. 14
○ 2.1 Inleiding	p. 14
○ 2.2 Totstandkoming van de earnings-strippingregeling	p. 14
▪ 2.2.1 Hoe OESO BEPS-project	p. 14
▪ 2.2.2 De ATAP	p. 15
▪ 2.2.3 De ATAD	p. 16
▪ 2.2.4 De earnings-strippingregeling in de ATAD	p. 17
○ 2.3 Doel en strekking van de earnings-strippingregeling	p. 18
○ 2.4 Werking van de earnings-strippingregeling	p. 19
▪ 2.4.1 De hoofdregel van de earnings-strippingregeling	p. 19
▪ 2.4.2 Het financieringskostensurplus	p. 20
▪ 2.4.3 De ratio voor de maximale aftrekkcapaciteit	p. 21
▪ 2.4.4 De EBITDA	p. 22
▪ 2.4.5 De drempel voor de toegestane aftrek van het financieringskostensurplus	p. 23
▪ 2.4.6 De uitsluitingsmogelijkheden van de earnings-strippingregeling	p. 23
▪ 2.4.7 De optionele groepsregelingen	p. 24
• 2.4.7.1 De equity escape-regel	p. 24
• 2.4.7.2 De groepsratio-regel	p. 25
▪ 2.4.8 Mogelijkheden tot verrekening van het financieringskostensurplus in andere jaren	p. 27
▪ 2.4.9 Financiële ondernemingen	p. 28
○ 2.5 Vergelijking met de Duitse earnings-strippingregeling	p. 28
▪ 2.5.1 Ontstaan van de Zinsschranke	p. 28
▪ 2.5.2 Werking van de Zinsschranke	p. 29

▪ 2.5.3 Voor- en nadelen van de Zinsschranke	p. 30
▪ 2.5.4 Verhouding van de Zinsschranke met de earnings-strippingregeling	p. 31
▪ 2.5.5 Zinsschranke strijdig met de Duitse Grondwet?	p. 32
○ 2.6 Deelconclusie	p. 33
• Hoofdstuk 3 – De renteaftrekbeperving bij winstdrainage	p. 35
○ 3.1 Inleiding	p. 35
○ 3.2 Totstandkoming renteaftrekbeperving bij winstdrainage	p. 36
▪ 3.2.1 Het Plc-arrest	p. 36
▪ 3.2.2 Overige winstdrainage-arresten	p. 37
▪ 3.2.3 Renteaftrekbeperving bij winstdrainage	p. 38
○ 3.3 Doel en strekking van de renteaftrekbeperving bij winstdrainage	p. 39
○ 3.4 Werking van de renteaftrekbeperving bij winstdrainage	p. 41
▪ 3.4.1 De besmette rechtshandelingen	p. 41
• 3.4.1.1 Inleiding	p. 41
• 3.4.1.2 Renten, kosten en valutaresultaten ter zake van schulden	p. 42
• 3.4.1.3 Rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd	p. 43
• 3.4.1.4 Verband tussen de schuld en een van de rechtshandelingen	p. 44
• 3.4.1.5 De rechtshandelingen	p. 45
• 3.4.1.6 Uitbreiding begrip ‘verband’	p. 47
▪ 3.4.2 De tegenbewijsregelingen	p. 48
• 3.4.2.1 De dubbele zakelijkheidstoets	p. 48
• 3.4.2.2 Compenserende heffingstoets	p. 50
▪ 3.4.3 Verbonden lichamen en verbonden natuurlijke personen	p. 52
• 3.4.3.1 Verbonden lichaam	p. 52
• 3.4.3.2 Verbonden natuurlijk persoon	p. 53
• 3.4.3.3 Uitbreiding definitie verbonden lichaam	p. 54
○ 3.5 Deelconclusie	p. 55
• Hoofdstuk 4 – De renteaftrekbeperving bij bovenmatige deelnemingsrente	p. 58

○ 4.1 Inleiding	p. 58
○ 4.2 Totstandkoming renteaftrekbeperving bij bovenmatige deelnemingsrente	p. 59
▪ 4.2.1 Het Bosal-gat	p. 59
▪ 4.2.2 De weg naar art. 13l Wet VpB 1969	p. 59
○ 4.3 Doel en strekking	p. 61
○ 4.4 Werking van de renteaftrekbeperving bij bovenmatige deelnemingsrente	p. 63
▪ 4.4.1 Bovenmatige deelnemingsrente	p. 63
• 4.4.1.1 Renten en kosten	p. 63
• 4.4.1.2 Valutare resultaten	p. 64
• 4.4.1.3 Geldleningen	p. 64
• 4.4.1.4 Deelnemingen	p. 66
• 4.4.1.5 Berekening bovenmatige deelnemingsrente	p. 66
• 4.4.1.6 Verkrijgingsprijs	p. 68
▪ 4.4.2 ‘Goede’ en ‘foute’ uitbreidingen van de operationele activiteiten	p. 70
• 4.4.2.1 Goede uitbreiding van de operationele activiteiten	p. 70
• 4.4.2.2 Foute uitbreiding van de operationele activiteiten	p. 73
▪ 4.4.3 Overige bepalingen	p. 76
○ 4.5 Deelconclusie	p. 77
• Hoofdstuk 5 – De earnings-strippingregeling versus de nationale renteaftrekbepervingen	p. 79
○ 5.1 Inleiding	p. 79
○ 5.2 De earnings-strippingregeling versus de renteaftrekbeperving bij winstdrainage	p. 79
▪ 5.2.1 Noodzaak van de renteaftrekbeperving	p. 79
▪ 5.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperving	p. 81
▪ 5.2.3 Eenvoud en uitvoerbaarheid	p. 83
▪ 5.2.4 Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht	p. 85

▪ 5.2.5 Economische realiteit van de renteaftrekbeperking	p. 86
▪ 5.2.6 Eindoordeel	p. 88
○ 5.3 De earnings-strippingregeling versus de renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente	p. 88
▪ 5.3.1 Noodzaak van de renteaftrekbeperking	p. 88
▪ 5.3.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking	p. 90
▪ 5.3.3 Eenvoud en uitvoerbaarheid	p. 91
▪ 5.3.4 Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht	p. 91
▪ 5.3.5 Economische realiteit van de renteaftrekbeperking	p. 92
▪ 5.3.6 Eindoordeel	p. 93
○ 5.4 Implementatie van de earnings-strippingregeling	p. 93
▪ 5.4.1 Implementatie van de earnings-strippingregeling	p. 93
▪ 5.4.2 De earnings-strippingregeling versus de afgeschafte thincapregeling	p. 97
○ 5.5 Deelconclusie	p. 98
• Hoofdstuk 6 – Samenvatting en conclusie	p. 100
• Literatuurlijst	p. 107

Lijst met afkortingen

AFP	-	Algemene Fiscale Praktijk
Art.	-	Artikel
ATAD	-	Anti-Tax Avoidance Directive
ATAP	-	Anti-Tax Avoidance Package
BEPS	-	Base Erosion and Profit Shifting
BFH	-	Bundesfinanzhof
BNB	-	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BV	-	Besloten vennootschap
BW	-	Burgerlijk Wetboek
C(C)CTB	-	Common (Consolidated) Corporate Tax Base
EBITDA	-	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EStG	-	Einkommensteuergesetz
EU	-	Europese Unie
HR	-	Hoge Raad
HvJ	-	Hof van Justitie
MBB	-	Maandblad Belasting Beschouwingen
mkb	-	Midden- en kleinbedrijf
NDFR	-	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NGO	-	Non-gouvernementele organisatie
NOB	-	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Nr.	-	Nummer
NTFR	-	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OECD	-	Organisation for Economic Cooperation and Development
OESO	-	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	-	Pagina
r.o.	-	Rechtsoverweging
Stb.	-	Staatsblad
TFO	-	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Wet VpB 1969	-	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	-	Weekblad voor Fiscaal Recht
V-N	-	Vakstudie-Nieuws

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Al lange tijd heeft de wetgever te maken met de problematiek ten aanzien van renteaftrek in de vennootschapsbelasting en hoe hier mee om te gaan. Dit wordt veroorzaakt door het verschil in de behandeling tussen het eigen en vreemd vermogen. Dividend, de vergoeding op eigen vermogen, is namelijk niet aftrekbaar, terwijl dat wel het geval is met rente, de vergoeding op vreemd vermogen.¹ Een mogelijk gevolg van dit verschil in behandeling is de grondslaguitholling. De reden hiervoor is dat de financieringsbeslissing wordt beïnvloed, aangezien financieren met vreemd vermogen fiscaal aantrekkelijker is dan financieren met eigen vermogen vanwege de mogelijkheid rente af te trekken. Ook kunnen structuren worden opgezet waarbij door een belastingplichtige fiscaal vreemd vermogen wordt gecreëerd, om zodoende gebruik te kunnen maken van de renteaftrek.²

Om deze problematiek te bestrijden heeft de wetgever gekozen voor het opnemen van renteaftrekbeperkingen in de nationale wetgeving die bewerkstelligen dat ongewenste vormen van grondslaguitholling tegen worden gegaan.³ Rente is weliswaar nog steeds aftrekbaar, maar indien sprake is van een ongewenste vorm van grondslaguitholling, wordt deze renteaftrek beperkt. De wetgever heeft in de nationale wetgeving gekozen voor specifieke renteaftrekbeperkingen.⁴ Specifieke renteaftrekbeperkingen zijn gericht op een specifieke situatie, zoals een renteaftrekbeperking voor bovenmatige deelnemingsrente.⁵

Renteaftrekbeperkingen kunnen ook algemeen zijn.⁶ Algemene renteaftrekbeperkingen hebben een groter bereik dan specifieke renteaftrekbeperkingen en zijn, zoals de naam al zegt, algemeen van aard.

Bij het doornemen van het Belastingplan 2017⁷ ging mijn aandacht met name uit naar hetgeen werd besproken bij de toelichting op de wijzigingen van enkele specifieke renteaftrekbeperkingen. Hier wordt ingegaan op de internetconsultatie in de periode van 20 juni 2016 tot en met 18 juli 2016.⁸ Deze publieke internetconsultatie was bedoeld als een

¹ J.A.G. van der Geld, *'Hoofdzaken vennootschapsbelasting'*, Deventer, 2015, p. 111.

² Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 27.

³ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 27.

⁴ J.A.G. van der Geld, *'Hoofdzaken vennootschapsbelasting'*, Deventer, 2015, p. 111.

⁵ Vormgegeven in art. 131 Wet VpB 1969.

⁶ Een voorbeeld van een algemene renteaftrekbeperking is de thincapregeling van het inmiddels vervallen art. 10d Wet VpB 1969 (oud). Dit artikel regelde dat geen fiscale renteaftrek werd verleend indien een belastingplichtige te veel vreemd vermogen had. Een ander voorbeeld van een algemene renteaftrekbeperking is de in deze scriptie te bespreken earnings-strippingregeling.

⁷ Kamerstukken I, 2016-2017, 34552, nr. A.

⁸ Internetconsultatie 'Enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969' (onderdeel van pakket Belastingplan 2017), 20 juni 2016.

mogelijkheid om te reageren op de voorgenomen wijzigingen en eventuele onjuistheden of aanpassingen op te merken.⁹ Een van de belangrijkste punten die bij deze internetconsultatie naar voren kwam, en waar mijn aandacht door werd getrokken, heeft betrekking op de samenloop van het huidige pakket aan nationale renteaftrekbeperkingen en de renteaftrekbeperking zoals die is opgenomen in de Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD).¹⁰

De ATAD is een onderdeel van het Anti-Tax Avoidance Package (ATAP). Dit pakket is gericht op de strijd tegen internationale belastingontwijking.¹¹ Volgens art. 1 ATAD is de richtlijn van toepassing op alle belastingplichtigen die zijn onderworpen aan een vennootschapsbelasting in een lidstaat van de Europese Unie (EU). Verder stelt art. 1 ATAD dat ook in een of meer lidstaten gelegen vaste inrichtingen die onderdeel zijn van een fiscaal in een derde land gevestigde entiteit, onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. De richtlijn heeft mede als doel het stellen van regels tegen de uitholling van belastinggrondslagen op de interne markt van de EU en tegen het verschuiven van winsten binnen deze interne markt.¹² Om dit doel te bereiken is onder andere een bepaling opgenomen die ziet op de beperking van de aftrekbaarheid van rente. Deze bepaling is te vinden in art. 4 ATAD en wordt ook wel de earnings-strippingregeling genoemd. Deze regeling is een algemene renteaftrekbeperking en bepaalt dat vennootschappen tot een bepaald maximum percentage van de winst voor rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA¹³), rente kunnen aftrekken van de fiscale winst. Volgens het eerste lid van art. 4 ATAD is dit maximum percentage 30% van de EBITDA. Dit betekent echter niet dat alle lidstaten dit percentage moeten hanteren, aangezien het een maximum percentage betreft. Het is lidstaten dus toegestaan hiervan af te wijken en een lager percentage vast te stellen.¹⁴

Uit de internetconsultatie bleek, zoals hierboven aangegeven, dat behoefte bestaat aan een toelichting over hoe de wijzigingen op het gebied van de renteaftrekbeperkingen zich verhouden tot de wijzigingen als gevolg van de ATAD.¹⁵ De lidstaten zijn volgens art. 11, lid 1, ATAD namelijk verplicht om de bepalingen uit de richtlijn uiterlijk op 31 december 2018 te implementeren in de nationale wetgeving. Wel is op basis van art. 11, lid 6, ATAD

⁹ Nieuwsbericht 21-06-2016, 'Internetconsultatie over enkele wijzigingen van de renteaftrekbeperkingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VpB 1969)', <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/06/21/internetconsultatie-over-enkele-wijzigingen-van-de-renteaftrekbeperkingen-in-de-wet-op-de-vennootschapsbelasting-1969-wet-vpb-1969>.

¹⁰ Internetconsultatie 'Enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969' (onderdeel van pakket Belastingplan 2017), 20 juni 2016.

¹¹ Persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, nr. IP/16/159.

¹² Zie het 5^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

¹³ Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization.

¹⁴ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

¹⁵ Internetconsultatie 'Enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969' (onderdeel van pakket Belastingplan 2017), 20 juni 2016.

toegestaan dat de lidstaten specifieke renteaftrekbeperkingen tot uiterlijk 1 januari 2024 in de nationale wetgeving blijven hanteren in plaats van de earnings-strippingregeling. Deze renteaftrekbeperkingen moeten dan wel ten minste even doeltreffend zijn als de earnings-strippingregeling, aldus hetzelfde lid van art. 11 ATAD. Nederland zal echter vanaf 1 januari 2019 de nieuwe wetgeving gaan hanteren.¹⁶

In de Memorie van Toelichting bij het Belastingplan 2017¹⁷ is aangegeven dat bij implementatie van de earnings-strippingregeling ten aanzien van elke specifieke renteaftrekbeperking moet worden beoordeeld hoe noodzakelijk het is dat deze naast de earnings-strippingregeling blijft bestaan. Dit heeft mij geïnspireerd onderzoek te doen naar de noodzaak van het in de huidige vorm blijven bestaan van de nationale renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting naast de earnings-strippingregeling uit de ATAD. Ook wordt onderzocht of de huidige nationale renteaftrekbeperkingen (*waar in het vervolg van deze scriptie wordt gesproken over de nationale renteaftrekbeperkingen, worden art. 10a Wet VpB 1969 en art. 13l Wet VpB 1969 bedoeld*) volledig vervangen kunnen worden door de implementatie van art. 4 ATAD.

Met art. 10a Wet VpB 1969 wordt ten aanzien van leningen van verbonden personen de aftrek van rentekosten uitgesloten indien de leningen verband houden met de in het eerste lid genoemde rechtshandelingen en het niet mogelijk is een beroep te doen op de tegenbewijsregeling van het derde lid.¹⁸ Met art. 13l Wet VpB 1969 wordt de aftrek van rente beperkt in verband met deelnemingen. Op het moment dat sprake is van deelnemingen die met te veel vreemd vermogen zijn gefinancierd en dit bovenmatige deel meer bedraagt dan € 750.000, kan de rente op die leningen niet in aftrek worden gebracht. De rente kan echter wel in aftrek worden gebracht op het moment dat blijkt dat de aankoop van de deelneming als een uitbreidingsinvestering is aan te merken.¹⁹ Op deze regelingen wordt in de volgende hoofdstukken ingegaan.

Uit de literatuur²⁰ blijkt dat art. 10a Wet VpB 1969 kan blijven bestaan in de nationale wetgeving en dat art. 13l Wet VpB 1969 en art. 15ad Wet VpB 1969 zouden kunnen worden afgeschaft. In dit onderzoek worden daarom art. 10a Wet VpB 1969 en art. 13l Wet VpB 1969

¹⁶ Handelingen II, 2015-2016, nr. 98, item 34, p. 12.

¹⁷ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 32.

¹⁸ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 130.

¹⁹ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 147.

²⁰ Zie onder andere P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016/147.1, onderdeel 3.2.h., J.N. Bouwman, 'De vennootschapsbelasting: tien jaren terug- en vooruitkijken', NTFR-B 2017/3, onderdeel 3 en I. de Groot, 'Art. 13l Wet VpB 1969: een regelrechte miskoop', WFR 2016/207, p. 3.

onderzocht in verhouding tot de earnings-strippingregeling. Bezien wordt of sprake is van overlap. De keuze voor art. 13l Wet VpB 1969 in plaats van voor art. 15ad Wet VpB 1969 is ingegeven door de ontwikkelingen omtrent de fiscale eenheid op Europees vlak (met name de per-element benadering), waar in deze scriptie geen aandacht aan wordt besteed. Om te vermijden dat deze ontwikkelingen besproken dienen te worden bij het behandelen van art. 15ad Wet VpB 1969, en daarmee af te wijken van de kern van het onderzoek, is gekozen voor art. 13l Wet VpB 1969.

1.2 Probleemstelling en toetsingskader

Naar aanleiding van de hierboven beschreven ontwikkelingen wordt in deze scriptie onderzocht of, en zo ja, hoe art. 10a Wet VpB 1969 en art. 13l Wet VpB 1969 dienen te worden aangepast om in overeenstemming te zijn met de earnings-strippingregeling. Ook wordt onderzocht of de earnings-strippingregeling volledig kan worden geïmplementeerd in plaats van de huidige nationale renteaftrekbeperkingen. De probleemstelling luidt als volgt:

In hoeverre zijn art. 10a Wet VpB 1969 en art. 13l Wet VpB 1969 in overeenstemming met de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD en - indien dat niet het geval is - in hoeverre zijn dan aanpassingen noodzakelijk om te voldoen aan de earnings-strippingregeling?

Om deze probleemstelling te beantwoorden, wordt gebruik gemaakt van de volgende deelvragen, die in de hierop volgende hoofdstukken worden behandeld:

- *Hoe werkt de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD en hoe is deze tot stand gekomen?*
- *Wat is de achtergrond van art. 10a Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?*
- *Wat is de achtergrond van art. 13l Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?*
- *Hoe verhouden de Nederlandse renteaftrekbeperkingen zich tot de earnings-strippingregeling en in hoeverre dienen deze te worden aangepast om hiermee in overeenstemming te zijn?*

Bij de vergelijking van art. 10a Wet VpB 1969 en art. 13l Wet VpB 1969 met art. 4 ATAD in het vijfde hoofdstuk worden de volgende toetsingscriteria gebruikt:

- *Noodzaak van de renteaftrekbeperking:* Met dit criterium wordt getoetst in hoeverre het noodzakelijk is de betreffende renteaftrekbeperking te hanteren. Gekeken wordt aldus naar het nut en de achtergrond van de renteaftrekbeperking en of deze al dan niet kan vervallen als een earnings-strippingregeling wordt ingevoerd.

- *Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking:* Getoetst wordt aan de doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking. Hiermee wordt bepaald of het doel waarvoor de renteaftrekbeperking is ingevoerd wordt bereikt en zo ja, of dit ook effectief wordt verwezenlijkt.
- *Eenvoud en uitvoerbaarheid:* Met dit toetsingscriterium wordt bepaald of de betreffende renteaftrekbeperking niet gecompliceerder is vormgegeven dan nodig voor het te bereiken doel en of het tevens uitvoerbaar is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de Belastingdienst die moet toezien op de naleving van de regeling, maar ook aan de belastingplichtige die moet voldoen aan bepaalde regels en eventuele bewijslast.
- *Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht:* Met deze toets wordt gekeken of de renteaftrekbeperkingen voldoen aan het internationale belastingrecht, zoals de internationale bekendheid en werking in grensoverschrijdende situaties waarbij het nationale recht van meerdere landen een rol speelt. Ook wordt bekeken of wordt voldaan aan de vrijheden van het EU-recht.
- *Economische realiteit van de renteaftrekbeperking:* Met deze toets wordt gekeken of de renteaftrekbeperking aansluit bij wat daadwerkelijk in de praktijk gebeurt. Het moet met andere woorden de economische werkelijkheid, de feitelijke situatie, benaderen.

1.3 Opzet

In de Wet VpB 1969 is een aantal specifieke renteaftrekbeperkingen opgenomen. Het doel van deze renteaftrekbeperkingen is het tegengaan van ongewenste vormen van grondslaguitholling door middel van renteaftrek. Het doel van deze scriptie is het onderzoeken van de mogelijke gevolgen voor art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 als gevolg van de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD. In het volgende hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de earnings-strippingregeling. Hier wordt besproken hoe de regeling tot stand is gekomen en wat doel en strekking hiervan zijn. Op deze manier ontstaat een beeld van de gedachte achter de regeling en kan beter worden beoordeeld in hoeverre art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 hiermee in overeenstemming zijn. Vervolgens wordt besproken hoe de earnings-strippingregeling uitwerkt, om daarna de vergelijking te maken met de Duitse earnings-strippingregeling. In het derde hoofdstuk wordt de totstandkoming en doel en strekking van art. 10a Wet VpB 1969, dat ziet op de renteaftrekbeperking bij winstdrainage, besproken. Het vierde hoofdstuk gaat in op art. 131 Wet VpB 1969 ten aanzien van de renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente. Met het derde en vierde hoofdstuk wordt aldus een beeld gegeven van de met de earnings-

strippingregeling te vergelijken nationale renteaftrekbeperkingen. Hierdoor kan in het daaropvolgende hoofdstuk dieper worden ingegaan op de verhouding met de earnings-strippingregeling, zonder dat tijdens de vergelijking steeds tussendoor extra toelichting moet worden gegeven. Het vijfde hoofdstuk gaat in op de verhouding tussen de te vergelijken nationale renteaftrekbeperkingen en de earnings-strippingregeling. Besproken wordt in hoeverre art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 in overeenstemming zijn met deze regeling. Zowel de twee genoemde renteaftrekbeperkingen als de earnings-strippingregeling worden getoetst op basis van vijf criteria en worden zo met elkaar vergeleken. Zoals in de vorige paragraaf aangegeven, wordt getoetst aan de noodzaak van de renteaftrekbeperking, de doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking, de eenvoud en uitvoerbaarheid, de inpasbaarheid in het internationale belastingrecht en ten slotte aan de economische realiteit van de renteaftrekbeperking. Met behulp van deze vergelijkingen wordt tevens in het vijfde hoofdstuk ingegaan op de mogelijke aanpassingen van zowel art. 10a Wet VpB 1969 als art. 131 Wet VpB 1969 die nodig zijn voor zover geen overeenstemming bestaat met art. 4 ATAD. Ook wordt de mogelijkheid besproken art. 4 ATAD te implementeren in de Nederlandse wetgeving in plaats van de huidige nationale renteaftrekbeperkingen en wordt de vergelijking gemaakt met het vergelijkbare per 1 januari 2013 vervallen art. 10d Wet VpB 1969 (oud). Het laatste hoofdstuk sluit af met een samenvatting, conclusie en beantwoording van de probleemstelling.

1.4 Afbakening

In dit onderzoek wordt met een aantal zaken geen rekening gehouden of worden bepaalde zaken niet besproken, zodat het mogelijk is dieper in te gaan op de voor dit onderzoek relevante aspecten. Allereerst wordt geen rekening gehouden met de vele jurisprudentie met betrekking tot het fiscaal herkwalficeren van vreemd vermogen naar eigen vermogen, aangezien dit voor het onderzoek van deze scriptie niet relevant is. In deze scriptie wordt, tenzij anders aangegeven, steeds uitgegaan van een daadwerkelijke lening, die als zodanig wordt aangemerkt voor zowel civielrechtelijke als fiscaalrechtelijke doeleinden. Ook de vraag of sprake is van een zakelijke rente²¹ wordt in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Aangenomen wordt dat steeds sprake is van een zakelijke rente, tenzij het tegendeel wordt aangegeven. Verder wordt met de nationale renteaftrekbeperkingen de artikelen 10a Wet VpB 1969 en 131 Wet VpB 1969 bedoeld en blijft art. 15ad Wet VpB 1969 buiten beschouwing.

²¹ Voor zover op basis van art 8b Wet VpB 1969 sprake is van een zakelijke rente, kan deze in aftrek worden gebracht. Pas daarna komen de specifieke renteaftrekbeperkingen in beeld.

Hier is voor gekozen, omdat bij een beschouwing met betrekking tot art. 15ad Wet VpB 1969 ook moet worden ingegaan op het fiscale eenheid regime en alle ontwikkelingen²² daar omheen. Dit gaat het doel van deze scriptie te buiten. Ook blijkt uit de literatuur²³ dat art. 10a Wet VpB 1969 mogelijk kan worden gehandhaafd en dat art. 131 Wet VpB 1969 en art. 15ad Wet VpB 1969 mogelijk komen te vervallen. Om overlap te voorkomen wordt van elke situatie één renteaftrekbepanking besproken; een mogelijk te handhaven renteaftrekbepanking (art. 10a Wet VpB 1969) en een mogelijk af te schaffen renteaftrekbepanking (art. 131 Wet VpB 1969). Ook wordt niet ingegaan op art. 10b Wet VpB 1969 vanwege de ontbrekende relevantie in verhouding met de earnings-strippingregeling. De earnings-strippingregeling ziet niet op de problematiek waar art. 10b Wet VpB 1969 op ziet, namelijk het voorkomen van internationale mismatches. Ten slotte wordt alleen gekeken wat de invloed van de earnings-strippingregeling is op de aangegeven Nederlandse renteaftrekbepanking en wordt, afgezonderd van de vergelijking met de Duitse earnings-strippingregeling, niet ingegaan op buitenlandse renteaftrekbepanking.

²² Bijvoorbeeld de gevolgen voor het fiscale eenheid regime als gevolg van het arrest HvJ 2 september 2015, nr. C-386/14, BNB 2015/223 (*Groupe Steria*).

²³ Zie onder andere P. Kavelaars, *'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen'*, TFO 2016/147.1, onderdeel 3.2.h. en I. de Groot, *'Art. 131 Wet VpB 1969: een regelrechte miskoop'*, WFR 2016/207, p. 3.

Hoofdstuk 2 – De earnings-strippingregeling in de ATAD

2.1 Inleiding

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord luidt:

Hoe werkt de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD en hoe is deze tot stand gekomen?

De earnings-strippingregeling is gebaseerd op de vijftien OESO BEPS-actiepunten waarmee wordt gepoogd de doelstelling - een wereldwijde standaard om de winstverschuiving en de grondslaguitholling door multinationale ondernemingen internationaal gecoördineerd te bestrijden - te bereiken.²⁴ De regeling is gebaseerd op het vierde actiepunt dat ziet op het beperken van grondslaguitholling door middel van renteaftrek en andere financiële betalingen.²⁵ In EU-verband is overeengekomen de BEPS-actiepunten op gecoördineerde wijze in de ATAD te implementeren.²⁶ Waar nodig wordt de link gelegd met de verschillen en overeenkomsten tussen het vierde actiepunt en art. 4 ATAD. In paragraaf 2.2 wordt onderzocht hoe de earnings-strippingregeling tot stand is gekomen. In de daaropvolgende paragraaf wordt vervolgens onderzocht wat doel en strekking zijn van de earnings-strippingregeling. Dit is tevens van belang voor de te bespreken nationale renteaftrekbeperkingen, zodat in het vijfde hoofdstuk kan worden getoetst in hoeverre deze renteaftrekbeperkingen in overeenstemming zijn met de earnings-strippingregeling. In paragraaf 2.4 wordt ingegaan op de werking van de afzonderlijke bepalingen uit art. 4 ATAD en wordt de link gelegd met doel en strekking van de earnings-strippingregeling om te bepalen of de daadwerkelijke werking daarmee overeenkomt. In paragraaf 2.5 wordt ten slotte de earnings-strippingregeling met de Duitse earnings-strippingregeling vergeleken.

2.2 Totstandkoming van de earnings-strippingregeling

2.2.1 Het OESO BEPS-project

Uit het OESO BEPS-rapport van 2013²⁷ blijkt dat grondslaguitholling en het verschuiven van winsten ontstaat door de verschillen tussen de diverse nationale belastingwetgevingen en niet door algemene regels die voor alle landen gelden. Het toont aan dat de internationale fiscale standaarden en belastingregels niet met hetzelfde tempo zijn meegegroeid met de

²⁴ M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', MBB 2016/11, p. 409.

²⁵ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

²⁶ M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', MBB 2016/11, p. 414.

²⁷ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

veranderende markten en economieën en er bleek een tekort aan informatie.²⁸ Op deze ontwikkelingen in combinatie met de hierboven aangekaarte verschillen tussen de nationale wetgevingen wordt met name door multinationals ingespeeld. Dit leidt recent tot veel maatschappelijke onrust.²⁹

In oktober 2015 is het definitieve BEPS-rapport gepubliceerd³⁰ en in november door de G20 leiders aangenomen.³¹ Er wordt gericht op het hervormen van de belangrijkste aspecten van het internationale belastingsysteem om daarmee te verzekeren dat belastingen worden betaald waar de economische activiteit daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.³² De maatregelen zijn in drie categorieën onder te verdelen³³:

1. De meest vergaande categorie betreft minimumstandaarden waarbij landen zich binden om overeenkomstig een minimumstandaard maatregelen te treffen.
2. De tweede categorie, gemeenschappelijke benaderingen, betreft onder andere afspraken over een gezamenlijke aanpak van de earnings-strippingregeling.
3. De laatste categorie betreft 'best practices' om de implementatie voor landen die op gelijke wijze als al bestaande regels maatregelen willen treffen te vergemakkelijken.

2.2.2 De ATAP

De op 28 januari 2016 gepubliceerde ATAP³⁴ is gebaseerd op drie pilaren; effectieve belastingheffing, belastingtransparantie en het aanpakken van het risico op dubbele belasting. Bij de eerste pilaar gaat het om de gedachte dat elk bedrijf belasting betaalt in het land waar de winsten worden gemaakt. De tweede pilaar ziet op het uitgangspunt dat EU-lidstaten de benodigde informatie hebben waarmee eerlijke belastingheffing kan plaatsvinden. De laatste pilaar is van belang voor bedrijven die hun eerlijke belastingbijdrage leveren, zodat deze bedrijven niet worden geconfronteerd met een boete of gelijksoortige straf doordat ze opereren op de interne markt van de EU.³⁵

De ATAP bestaat uit vier initiatieven, te weten een voorstel voor de inmiddels aangenomen ATAD, een aanbeveling ten aanzien van zaken met betrekking tot belastingverdragen, een

²⁸ Europese Commissie, Commission Staff Working Document, COM(2016) 23 final, paragraaf 2.1.

²⁹ M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', MBB 2016/11, p. 409.

³⁰ OECD (2015), *Actions 1-15 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-g20-base-erosion-and-profit-shifting-project_23132612.

³¹ M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', MBB 2016/11, p. 410.

³² Europese Commissie, Commission Staff Working Document COM(2016) 23 final, paragraaf 1.1.

³³ Kamerstukken II, 2015-2016, 25087, nr. 112, p. 3.

³⁴ Persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, nr. IP/16/159.

³⁵ Europese Commissie, The Anti Tax Avoidance Package – Questions and Answers, 28 januari 2016, MEMO/16/160.

voorstel voor een aanpassing van de Administratieve Samenwerkingsrichtlijn³⁶ en een mededeling met betrekking tot externe strategie voor effectieve belastingheffing.³⁷

Het pakket bestaat uit hard-law- en soft-lawmaatregelen. De hard-lawmaatregelen zijn de ATAD en de aanpassing van de Administratieve Samenwerkingsrichtlijn. De andere twee initiatieven zijn soft-lawmaatregelen³⁸ en zijn, in tegenstelling tot hard-lawmaatregelen, juridisch niet bindend.³⁹ In sub-paragraaf 2.2.3 wordt de ATAD behandeld.⁴⁰

2.2.3 De ATAD

Het doel van de ATAD is het verzekeren van een gecoördineerde implementatie van de aanbevelingen van het BEPS-project. Dit omdat behoefte bestaat aan een gemeenschappelijke benadering binnen een sterk geïntegreerde economie. Tevens wordt de werking van de interne markt verbeterd en daarmee het maximale uit de positieve effecten van het BEPS-project gehaald. Ook wordt voorkomen dat de markt versnipperd en wordt zoveel mogelijk een einde gemaakt aan kwalificatieconflicten en verstoringen in de markt. Verder kan een niet-gecoördineerde implementatie ervoor zorgen dat sommige EU-lidstaten langer wachten met het implementeren of afwijken van andere EU-lidstaten om op die manier een concurrentievoordeel te behalen. Dit is niet gewenst. In het kader van de rechtszekerheid is het ten slotte van belang de implementatie gecoördineerd aan te pakken. Indien namelijk alle lidstaten de minimumeisen van de ATAD op eenzelfde wijze implementeren, heeft dit een positieve invloed op belastingplichtigen die daardoor niet te maken krijgen met verschillende implementatie van de minimumregelgeving. De ATAD heeft mede als doel het vaststellen van regels om daarmee het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve fiscale planning die op de interne markt aanwezig is, te verhogen.⁴¹

In de preambule bij de ATAD wordt aangegeven dat, hoewel regels moeten worden vastgesteld ter bestrijding van agressieve fiscale planning om de interne markt te beschermen, dit specifiek door de lidstaten zelf dient te worden ingevuld. Doordat sprake is van 28 verschillende vennootschapsbelastingstelsels, worden de gecoördineerd in te voeren regels beperkt tot minimumregels tegen belastingontwijking en wordt de verdere uitvoering overgelaten aan de lidstaten zelf. Dit is tevens van praktisch belang, omdat de lidstaten zelf

³⁶ Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen.

³⁷ M.P. Weterings en A.E.J. Hijkoop, *Verslag van de 8ste NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht 'EU-Actieplan'*, WFR 2016/148, onderdeel 1.

³⁸ M.F. de Wilde, *'EU BEPS; Anti Tax Avoidance Package Europese Commissie'*, NTFR 2016/574.

³⁹ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees Belastingrecht*, EBR.2.0.0.B.a.

⁴⁰ De overige onderdelen worden, tenzij anders aangegeven, niet behandeld.

⁴¹ Zie het 2^e en 3^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

een beter beeld hebben van hun nationale vennootschapsbelastingstelsel en daardoor beter in staat zijn de regels op een gepaste manier te implementeren.⁴² Dit is naar mijn mening een juiste manier. Zeker met het oog op de fiscale autonomie die de lidstaten willen behouden ten aanzien van directe belastingen, is het mijns inziens van belang enkel minimumeisen vast te stellen en specifieke implementatie over te laten aan de lidstaten zelf.

De ATAD gaat verder dan de BEPS-aanbevelingen, aangezien het twee extra onderwerpen aankaart. Dit betreft regels ten aanzien van exit-heffingen en een algemene anti-misbruik regeling.⁴³ Deze komen voort uit de wens voor een gemeenschappelijke geconsolideerde belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting, de CCCTB.⁴⁴

De Europese Commissie heeft aangegeven dat het doel van de ATAD gelijk is aan het doel van het BEPS-project.⁴⁵ De constatering dat grote ondernemingen hun 'fair share of tax' - betaling ontwijken met agressieve belastingplanning valt samen met het doel van de OESO de winstverschuiving en grondslaguitholling door multinationals te bestrijden. De ATAD beoogt dus bij te dragen aan de wens dat belasting dient te worden geheven in de lidstaat waar ook daadwerkelijk de economische activiteit is verricht waarmee de winst is behaald.⁴⁶

2.2.4 De earnings-strippingregeling in de ATAD

Art. 4, eerste lid, ATAD maximeert de aftrek van de door een belastingplichtige betaalde rente tot 30% van de EBITDA, waarmee de EU het uiterste percentage hanteert van de door de OESO aangegeven bandbreedte. EU-lidstaten mogen een lager percentage hanteren.⁴⁷

Art. 4 ATAD bevat optionele elementen. Zo geeft het eerste lid de mogelijkheid de earnings-strippingregeling toe te passen op het niveau van een fiscale groep. In de tweede alinea van het eerste lid staat namelijk dat lidstaten ook een entiteit als belastingplichtige kunnen behandelen die de regels namens een concern mag of moet toepassen, of een entiteit in een concern dat de resultaten van de leden niet voor belastingdoeleinden consolideert. Indien een lidstaat hiervoor kiest, mogen het financieringskostensurplus en de EBITDA worden berekend op concernniveau. Art. 4 ATAD wordt in paragraaf 2.4 verder per bepaling uitgewerkt.

⁴² Zie het 3^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

⁴³ Tevens was de switch-overbepaling een uitbreiding van het OESO BEPS-project. Deze is niet opgenomen in de definitieve ATAD en wordt verder buiten beschouwing gelaten.

⁴⁴ Kamerstukken II, 2015-2016, 22112, nr. 2071, p. 3-4. Op de CCCTB wordt verder niet ingegaan.

⁴⁵ Persbericht van de Europese Commissie van 21 juni 2016, nr. IP/16/1886.

⁴⁶ M.F. de Wilde, 'De Anti-ontgaansrichtlijn van de Raad van 12 juli 2016', FED 2016/107.

⁴⁷ Zie het 6^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

2.3 Doel en strekking van de earnings-strippingregeling

Zoals beschreven in paragraaf 2.2.3 heeft de ATAD mede als doel het vaststellen van regels om daarmee het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve fiscale planning die op de interne markt aanwezig is, te verhogen. Concerns zijn door middel van buitensporige rentebaten steeds meer aan grondslaguitholling en winstverschuiving gaan doen om zo hun totale belastingschuld te verlagen, waardoor het noodzakelijk is een regel inzake de beperking van renteaftrek op te nemen.⁴⁸ Met art. 4 ATAD worden bedrijven ontmoedigd kunstmatige constructies te creëren met betrekking tot schuldfinanciering om daarmee de te betalen belasting te verminderen.⁴⁹ In lijn met Kavelaars⁵⁰ ben ik van mening dat het opvallend is dat niet wordt ingegaan op het in het eerste hoofdstuk beschreven kernprobleem, te weten het verschil in behandeling tussen eigen en vreemd vermogen, waarbij kosten van eigen vermogen niet en kosten van vreemd vermogen wel aftrekbaar zijn. Door de earnings-strippingregeling wordt weliswaar het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen beperkt⁵¹, doordat de vergoeding voor vreemd vermogen in aftrek wordt beperkt, maar dit neemt naar mijn mening niet weg dat aandacht had moeten worden besteed aan het kernprobleem. Mijns inziens is het aanpakken van het probleem bij de kern effectiever dan het bestrijden van de symptomen.

Art. 4 ATAD bevat minimumeisen en stelt dat de richtlijn geen belemmering vormt voor het toepassen van maatregelen die tot doel hebben een hoger niveau van bescherming te garanderen voor de nationale vennootschapsbelastinggrondslagen.⁵² Lidstaten kunnen bijvoorbeeld kiezen voor een lagere ratio voor aftrekbaarheid dan 30%. Ook is het toegestaan naast de earnings-strippingregeling gebruik te maken van specifieke regels die schuldfinanciering binnen een concern tegengaan.⁵³ Verder wordt in de preambule bij de ATAD aangegeven dat, hoewel regels moeten worden vastgesteld tegen de uitholling van de belastinggrondslagen op de interne markt en de verschuiving van winst uit de interne markt, deze regels ook moeten voorkomen dat andere marktobstakels, waaronder dubbele heffing, ontstaan. Indien sprake is van dubbele heffing, veroorzaakt door in de ATAD voorgeschreven

⁴⁸ Zie het 3^e en 6^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

⁴⁹ Europese Commissie, The Anti Tax Avoidance Package – Questions and Answers, 28 januari 2016, MEMO/16/160.

⁵⁰ P. Kavelaars, 'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016/147.1, onderdeel 3.2.a.

⁵¹ P. Kavelaars, 'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016.147.1, onderdeel 3.2.a.

⁵² O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', NTFR-B 2017/18, onderdeel 3.

⁵³ Zie het 6^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

regels, moet een tegemoetkoming worden verleend aan de belastingplichtige door aftrek van in een andere lidstaat of een derde land betaalde belasting.⁵⁴

Het doel van de earnings-strippingregeling is dus het bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuiving door buitensporige rentebetalingen tussen gelieerde entiteiten. Het is dan ook noodzakelijk dat de mogelijkheid wordt gecreëerd om op zichzelf staande entiteiten van de werkingssfeer van de earnings-strippingregeling uit te sluiten. De reden hiervoor is dat het risico op belastingontwijking door een op zichzelf staande entiteit beperkt is.⁵⁵

2.4 Werking van de earnings-strippingregeling

2.4.1 De hoofdregel van de earnings-strippingregeling

Art. 4 ATAD is ingevolge art. 1 ATAD van toepassing op alle belastingplichtigen die in een of meer lidstaten aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Hieronder vallen mede in een of meer lidstaten gelegen vaste inrichtingen die onderdeel zijn van entiteiten die hun fiscale woonplaats in een derde land hebben. Voor het vervolg wordt ervan uitgegaan dat de belastingplichtige onder de reikwijdte van de ATAD valt.

Art. 4, eerste lid, ATAD bevat de hoofdregel van de earnings-strippingregeling: *‘Een financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, ten belope van maximaal 30 percent van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA) van de belastingplichtige. (onderstreping GK)’*

Het is allereerst opvallend dat in de tekst niet wordt vermeld of al dan niet sprake moet zijn van gelieerde verhoudingen doordat enkel wordt gesproken over de belastingplichtige. Deze is op basis van art. 1 ATAD de in een of meer lidstaten aan vennootschapsbelasting onderworpen entiteit. Dit kan dus ook een enkelvoudige entiteit zijn. Dit is mijns inziens merkwaardig, nu in de preambule bij de ATAD is opgemerkt dat grondslaguitholling en winstverschuiving in principe wordt bewerkstelligd tussen gelieerde entiteiten en het daardoor passend en nodig is een mogelijkheid te creëren op zichzelf staande entiteiten van de earnings-strippingregeling uit te sluiten.⁵⁶ Dit is ook de reden dat in beginsel de earnings-strippingregeling niet van toepassing is op bij derden aangegane leningen. Bij deze leningen bestaat namelijk een kleiner tot geen risico op grondslaguitholling door buitensporige rentebetalingen. Dit risico is met name geconstateerd in gelieerde verhoudingen. Indien echter

⁵⁴ Zie het 5^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

⁵⁵ Zie het 8^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

⁵⁶ Zie het 8^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

blijkt dat wordt geconstateerd dat tevens sprake is van grondslaguitholling door buitensporige rentebetalingen met bij derden aangegane leningen, dan is het naar mijn mening mogelijk dat een lidstaat de earnings-strippingregeling hier ook op van toepassing laat zijn. Het gaat namelijk om minimumeisen, waarbij de regeling van toepassing is op buitensporige rentebetalingen tussen gelieerde partijen. Een lidstaat blijft de ruimte houden deze regeling strenger te maken door ook rentebetalingen aan derden onder de reikwijdte te brengen.

In art. 4, derde lid, onderdeel b, ATAD wordt de op zichzelf staande entiteit uitgesloten van de reikwijdte van de earnings-strippingregeling, door een volledige aftrek van het financieringskostensurplus aan de belastingplichtige toe te kennen. Hoewel de huidige wijze van vormgeving begrijpelijk is, aangezien het gaat om de *mogelijkheid* een op zichzelf staande entiteit uit te sluiten, was het mijns inziens beter geweest indien deze bepaling in de hoofdregel zou zijn verwerkt met een verwijzing dat sprake moet zijn van buitensporige rentebetalingen tussen gelieerde entiteiten. Ook was de volgende formulering mogelijk geweest:

‘Een financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, ten belope van maximaal 30 percent van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA) van de belastingplichtige, niet zijnde een op zichzelf staande entiteit.’

De verduidelijkende toelichting van wat onder een op zichzelf staande entiteit moet worden verstaan in de laatste volzin van art. 4, derde lid, ATAD had dan als toelichting bij het eerste lid van art. 4 ATAD kunnen worden geplaatst.

2.4.2 Het financieringskostensurplus

Het financieringskostensurplus is van belang voor het bepalen van het bedrag aan rente dat in aftrek kan worden gebracht van de winst. Aangezien art. 4 ATAD hier zelf geen definitie van bevat, is art. 2 ATAD van belang, op grond waarvan het financieringskostensurplus *‘het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten van een belastingplichtige de belastbare rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht ontvangt, overschrijden’* is. Wat onder andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten dient te worden verstaan is nergens gedefinieerd of toegelicht in de ATAD.⁵⁷ Wel blijkt dat dit dient te worden uitgelegd naar het

⁵⁷ P. Kavelaars, *‘Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen’*, TFO 2016.147.1, onderdeel 3.2.d.

nationale recht van een lidstaat, wat een lidstaat dus ruimte biedt bij de interpretatie.⁵⁸ Verder blijkt dat het moet gaan om de 'aftrekbare' financieringskosten, wat betekent dat op het moment dat de rentelasten niet aftrekbaar zijn door bijvoorbeeld een specifieke renteaftrekbeperking, deze rentelasten niet worden meegenomen bij het vaststellen van het financieringskostensurplus.⁵⁹ Hiermee wordt de samenloop van de earnings-strippingregeling al geregeld ten opzicht van andere renteaftrekbeperkingen in een nationaal vennootschapsbelastingstelsel. Zodra namelijk de kosten van financiering, rente, niet tot de belastbare grondslag behoren, schrijft de earnings-strippingregeling geen saldering voor. Dit betekent dat indien rente op grond van een, in het geval van Nederland, specifieke renteaftrekbeperking niet in aftrek komt, het buiten de earnings-strippingregeling valt.⁶⁰

Financieringskosten zijn breed gedefinieerd in art. 2, eerste lid, ATAD en bevat een niet-limitatieve opsomming van al hetgeen onder een van de drie hoofdvormen valt. Het betreft rentelasten op alle vormen van schuld, andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen. Deze hoofdvormen dienen blijkens dezelfde volzin te worden uitgelegd overeenkomstig het nationale recht van een lidstaat. Hierdoor is de niet-limitatieve opsomming illustratief.⁶¹

2.4.3 De ratio voor de maximale aftrekkapaciteit

De maximale aftrekkapaciteit is gesteld op 30% van de EBITDA van een belastingplichtige, waarbij een lager percentage is toegestaan. Dit betekent dat lidstaten onderling van elkaar kunnen afwijken.⁶² Dit heeft mijns inziens gevolgen voor de aantrekkelijkheid, losstaand van overige fiscale verschillen, van een lidstaat. Hoe lager het percentage is, hoe minder aantrekkelijk de lidstaat is in vergelijking met een lidstaat die een hoger percentage hanteert. Voordeel van het open laten van de mogelijkheid een lager percentage te hanteren, is dat het op deze manier mogelijk is voor een lidstaat de earnings-strippingregeling beter in te passen in het al bestaande vennootschapsbelastingstelsel. De Redactie Vakstudie Nieuws merkt mijns

⁵⁸ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

⁵⁹ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)', WFR 2016/233, onderdeel 3.

⁶⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', V-N 2016/37.3 en R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

⁶¹ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

⁶² R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

inziens terecht op dat bij verdergaande harmonisatie in de EU deze mogelijkheid waarschijnlijk zal vervallen en een gelijk percentage zal worden ingesteld binnen de EU.⁶³

2.4.4 De EBITDA

De maximale aftrekkcapaciteit wordt bepaald op basis van de EBITDA, de belastbare winst voor rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie. De OESO heeft hiervoor gekozen, omdat dit beter aansluit bij de reële economische activiteiten van een belastingplichtige in vergelijking met een thincapitalisationregel, waarbij een verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen wordt gehanteerd.⁶⁴ Mijns inziens sluit de EBITDA beter aan bij de reële economische activiteiten dan een vaste verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. Dit omdat met het aansluiten bij de EBITDA dispariteiten tussen landen worden verminderd. Hiermee wordt een winstbegrip gehanteerd dat voor alle landen gelijk is. Indien aangesloten zou worden bij een vaste verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen, zal deze verhouding per land verschillen waardoor de dispariteiten blijven bestaan door de verschillende definities van vreemd vermogen en eigen vermogen tussen lidstaten. Hoewel deze methode eenvoudiger toepasbaar is en rechtszekerheid creëert, doordat duidelijk is binnen welke verhouding rente aftrekbaar is, sluit het mijns inziens minder goed aan bij de economische realiteit door het hanteren van een vooraf vastgestelde ratio in plaats van aan te sluiten bij de daadwerkelijke winstcapaciteit (de EBITDA).

Volgens art. 4, tweede lid, ATAD wordt de EBITDA berekend door de voor belastingen gecorrigeerde bedragen van het financieringskostensurplus en de voor belastingen gecorrigeerde bedragen van afschrijvingen en amortisatie op te tellen bij de inkomsten die in de lidstaat van de belastingplichtige aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Belastingvrije inkomsten worden hierbij niet meegenomen. Indien een financieringslast is toe te rekenen aan een vrijgesteld inkomensbestanddeel wordt deze niet geëlimineerd.⁶⁵ Voor de berekening dient te worden aangesloten bij de nationale belastingregels in een lidstaat. De voor de belastingheffing gecorrigeerde bedragen aan afschrijving en amortisatie zien op het verschil tussen de fiscale en commerciële afschrijving en amortisatie. Het tweede lid van art. 4 ATAD stelt dat dit verschil dient te worden opgeteld bij de inkomsten die in de lidstaat van de belastingplichtige aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Door te spreken van

⁶³ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Voorstel 'anti tax avoidance'-richtlijn', V-N 2016/12.5.

⁶⁴ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)', WFR 2016/233, onderdeel 2.1. Zie ook p. 93 van OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

⁶⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', V-N 2016/37.3.

optellen, wordt er impliciet van uit gegaan dat de commerciële afschrijving en amortisatie hoger zijn dan de fiscale afschrijving en amortisatie.⁶⁶ Mijns inziens is mogelijk ook bedoeld negatieve verschillen, waarbij de fiscale waarde hoger is dan de commerciële waarde, op te tellen, waarbij per saldo sprake is van een vermindering. Indien de EBITDA nihil bedraagt, is er geen mogelijkheid om van de aftrekkapaciteit gebruik te maken.⁶⁷

2.4.5 De drempel voor de toegestane aftrek van het financieringskostensurplus

Het derde lid van art. 4 ATAD is een tegemoetkoming voor belastingplichtigen die onder een bepaald bedrag aan financieringskostensurplus hebben en voor op zichzelf staande entiteiten. Deze laatste tegemoetkoming is in paragraaf 2.4.1 uitgewerkt. In art. 4 ATAD, derde lid, onderdeel a is geregeld dat aan de belastingplichtige het recht kan worden toegekend op aftrek van het financieringskostensurplus tot een bedrag van € 3.000.000. Er is dus altijd aftrek mogelijk tot dit bedrag. In de alinea onder de tegemoetkomingen in het derde lid staat dat voor de toepassing van de uitbreiding van wie de lidstaten als belastingplichtigen mogen aanmerken, zoals vormgegeven in de tweede alinea van art. 4, eerste lid, ATAD, het bedrag van € 3.000.000 voor het gehele concern geldt. Hieruit kan worden afgeleid dat in beginsel de drempel van € 3.000.000 per belastingplichtige geldt.⁶⁸ Ook hier gaat het om een optionele regeling aangezien een lidstaat de mogelijkheid heeft voor een lagere drempel te kiezen.⁶⁹

2.4.6 De uitsluitingsmogelijkheden van de earnings-strippingregeling

Art. 4, vierde lid, onderdeel a, ATAD geeft lidstaten de mogelijkheid het financieringskostensurplus uit te sluiten van de earnings-strippingregeling indien dit is ontstaan in verband met leningen die zijn gesloten voor 17 juni 2016; de dag dat politieke overeenstemming door de lidstaten werd bereikt over de ATAD. De uitsluiting strekt zich blijkens dezelfde bepaling niet uit tot wijzingen van de leningen na deze datum. Ook is op basis van art. 4, vierde lid, onderdeel b, ATAD uitsluiting van het financieringskostensurplus mogelijk indien dit is ontstaan in verband met leningen die voor de financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject worden gebruikt waarbij de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich allemaal in de EU bevinden.⁷⁰

⁶⁶ P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016.147.1, onderdeel 3.2.c.

⁶⁷ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

⁶⁸ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 4.

⁶⁹ P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', TFO 2016.147.1, onderdeel 3.2.a.

⁷⁰ Zie voor de definitie van een langlopend openbare-infrastructuurproject art. 4, vierde lid, onderdeel b, ATAD.

Deze uitsluiting geldt vanwege het geringe risico op grondslaguitholling en winstverschuiving.⁷¹

2.4.7 De optionele groepsregelingen

2.4.7.1 De equity escape-regel

Art. 4, vijfde lid, ATAD biedt een lidstaat twee mogelijkheden die kunnen worden gehanteerd in combinatie met de hoofdregel om rekening te houden met de manier waarop een groep is gefinancierd.⁷² Voor beide mogelijkheden geldt blijkens de aanhef van art. 4, vijfde lid, ATAD de eis dat de belastingplichtige lid is van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern. Volgens art. 4, achtste lid, ATAD bestaat het voor de financiële boekhouding geconsolideerde concern uit alle entiteiten die volledig zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening, opgesteld overeenkomstig de internationale standaarden voor financiële verslaglegging of het nationale systeem voor financiële verslaglegging van een lidstaat. De tweede volzin van art. 4, achtste lid, ATAD geeft de mogelijkheid de belastingplichtige het recht toe te kennen om gebruik te maken van geconsolideerde jaarrekeningen die volgens andere boekhoudstandaarden zijn opgesteld.

De eerste keuze is blijkens art. 4, vijfde lid, onderdeel a, ATAD het toekennen van volledige aftrek van het financieringskostensurplus indien wordt aangetoond dat de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal gelijk is aan of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het concern, onder twee voorwaarden.

De eerste voorwaarde is blijkens art. 4, vijfde lid, onderdeel a, onder i, ATAD dat de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal van de belastingplichtige geacht wordt gelijk te zijn aan de overeenkomstige ratio van het concern, wanneer de ratio van de belastingplichtige maximaal twee procentpunten lager is. Dit is de equity escape-regel.⁷³ Indien bijvoorbeeld deze ratio van het concern 20% bedraagt, mag de overeenkomstige ratio van de belastingplichtige niet lager zijn dan 18%. Overeenkomstig het OESO BEPS Rapport dient de equity escape-regel te worden gebaseerd op commerciële cijfers.⁷⁴ De fiscale cijfers zijn dus niet van belang.⁷⁵ De beschrijving die in het OESO BEPS Rapport wordt gegeven van de

⁷¹ Zie het 8^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

⁷² R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 5.1.

⁷³ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 5.1.

⁷⁴ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 219.

⁷⁵ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 5.2.

equity escape-regel is gebaseerd op de regeling die wordt gehanteerd door Duitsland die wordt besproken in paragraaf 2.5.⁷⁶

De tweede voorwaarde is blijkens art. 4, vijfde lid, onderdeel a, onder ii, ATAD dat alle activa en verplichtingen volgens dezelfde methode als de in art. 4, achtste lid, ATAD bedoelde geconsolideerde jaarrekening zijn gewaardeerd. Voor het concern moet dus worden uitgegaan van de gegevens uit de geconsolideerde jaarrekening.⁷⁷ Dit is ook de reden dat moet worden gecorrigeerd op de totale bezittingen en het eigen vermogen van de belastingplichtige, zodat de equity escape op het niveau van de individuele belastingplichtige kan worden bepaald.⁷⁸

2.4.7.2 De groepsratio-regel

De tweede keuze is vormgegeven in art. 4, vijfde lid, onderdeel b, ATAD. Deze bepaling geeft de lidstaat de optie een recht toe te kennen op aftrek van het financieringskostensurplus voor een bedrag dat hoger is dan hetgeen de belastingplichtige zou mogen aftrekken op grond van de hoofdregel. De hogere aftrekmogelijkheid wordt volgens art. 4, vijfde lid, onderdeel b, ATAD in twee stappen berekend. Allereerst dient blijkens deze bepaling de ratio van het concern te worden bepaald door het financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden te delen door de EBITDA van het concern. Vervolgens wordt op basis van het tweede onderdeel van deze bepaling de ratio van het concern met de EBITDA van de belastingplichtige vermenigvuldigd. Een land mag hierbij kiezen dit te doen op basis van belastinggrondslagen of accountinggrondslagen.⁷⁹ Dit is de groepsratio-regel. In tegenstelling tot de eerste mogelijkheid, hoeft deze mogelijkheid niet tot een volledige aftrek van het financieringskostensurplus te leiden.⁸⁰ Door hiervan gebruik te maken wordt er rekening mee gehouden dat een belastingplichtige tot een bepaalde groep kan behoren die met relatief meer vreemd vermogen is gefinancierd. Ook bij de groepsratio-regel spelen fiscale gegevens geen rol en dient de ratio te worden bepaald met behulp van informatie uit de geconsolideerde

⁷⁶ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 216.

⁷⁷ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 5.2.

⁷⁸ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)', WFR 2016/233, onderdeel 2.1.

⁷⁹ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 143.

⁸⁰ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 5.1.

jaarrekening van de groep.⁸¹ De reden hiervoor is dat het gemakkelijker toepasbaar is voor het concern en tevens dat de belastingdiensten de gegevens gemakkelijker kunnen controleren.⁸²

Voor het bepalen van de netto rentelast van derden geeft de OESO drie mogelijkheden:

1. Het gebruiken van ongecorrigeerde cijfers uit de financiële verslaggeving. Het voordeel is dat het relatief eenvoudig toepasbaar is. Het nadeel is een risico op over- of onderwaardering van de netto rentelasten van derden, wat invloed heeft op de hoogte van de renteaftrekbepanking.
2. Het gebruiken van cijfers uit de financiële verslaggeving, maar gecorrigeerd voor nader te bepalen bedragen die bijvoorbeeld zien op betalingen die niet economisch gelijkwaardig zijn aan rente. Deze benadering is complexer, maar neemt door de correcties verschillen tussen verschillende accountingstandaarden mee.
3. Het gebruik van een waardering van bedragen aan rente en daarmee gelijksoortige betalingen uit de financiële verslaggeving. Deze benadering dient naar de mening van de OESO alleen te worden gekozen indien het land genoeg middelen heeft de onderliggende rapportages te controleren.⁸³

De OESO geeft aan dat er bij de groepsratio-regel sprake kan zijn van verlieslatende entiteiten binnen de groep. Hieruit kan zowel de situatie ontstaan waarin sprake is van een positieve EBITDA op groepsniveau, maar waarbij de resultaten van verlieslatende entiteiten is meegenomen, als de situatie waarin sprake is van een negatieve EBITDA op groepsniveau, waarbij positieve resultaten van winstgevende entiteiten zijn meegenomen. In de eerste situatie is sprake van een lagere EBITDA op groepsniveau, waardoor de groepsratio stijgt⁸⁴ en de renteaftrekkcapaciteit van de winstgevende entiteiten binnen de groep wordt uitgebreid. In de tweede situatie is de ratio negatief. De OESO is van mening dat de positieve bijdrage van de winstgevende entiteit in het resultaat van de groep in aanmerking moet worden genomen. Een oplossing voor de eerste situatie kan zijn de verlieslatende entiteiten buiten de berekening van de EBITDA van de groep te laten, waardoor het risico van een grotere aftrekkcapaciteit

⁸¹ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108, onderdeel 5.3.1.

⁸² OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 130. De redenering van de OESO kan worden doorgetrokken naar art. 4 ATAD. Dit blijkt onder andere uit de eerste drie punten in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

⁸³ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 132-137.

⁸⁴ De netto rentelasten van derden gedeeld door de EBITDA van de groep stijgt wanneer de EBITDA van de groep daalt.

wordt voorkomen. Het is over het algemeen echter niet mogelijk specifieke informatie te verkrijgen over de verlieslatende entiteiten uit de geconsolideerde jaarrekeningen.⁸⁵

In het OESO BEPS Rapport wordt aangegeven dat, gezien het feit dat de groepsratio-regel niet door landen werd gehanteerd, nader onderzoek nodig is voor het vormgeven en de werking van de groepsratio-regel.⁸⁶ Op 22 december 2016 heeft de OESO een update gepubliceerd⁸⁷ waarmee geen wijzigingen, maar enkele verduidelijkingen zijn aangebracht.⁸⁸ Zo wordt bijvoorbeeld aangegeven dat dividendinkomen meegenomen dient te worden in de EBITDA van de groep.⁸⁹

Met betrekking tot verlieslatende entiteiten binnen een groep geeft de update voor de eerste situatie een aantal opties. Zo wordt voorgesteld entiteiten met een negatieve EBITDA niet mee te nemen in de berekening van de EBITDA op groepsniveau. Een tweede optie is het beperken van de aftrekkcapaciteit van de entiteiten met een positieve EBITDA. Ten slotte wordt als optie gegeven het beperken van de voortwenteling van ongebruikte rentecapaciteit onder de groepsratio. Voor de tweede situatie wordt voorgesteld de winstgevende entiteit renteaftrek toe te staan tot de laagste van de daadwerkelijke netto rentelasten van de entiteit, de netto rentelasten van derden en een vast percentage van de EBITDA.⁹⁰

2.4.8 Mogelijkheden tot verrekening van het financieringskostensurplus in andere jaren

Art. 4, zesde lid, ATAD geeft drie opties voor verrekening van het financieringskostensurplus dat in enig jaar niet in aanmerking is genomen. De eerste optie, onderdeel a, is het voorzien in regels voor de voorwaartse verrekening, waarbij geen beperking geldt in de tijd, van het financieringskostensurplus. De tweede optie, onderdeel b, is het voorzien in regels voor de voorwaartse verrekening, waarbij geen beperking geldt in de tijd, en voor de achterwaartse verrekening, voor maximaal drie jaar, van het financieringskostensurplus. De laatste optie, onderdeel c, geeft een lidstaat de mogelijkheid te voorzien in regels voor de voorwaartse verrekening, zonder beperking in de tijd, van het financieringskostensurplus en, voor ten

⁸⁵ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 150-153.

⁸⁶ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 117.

⁸⁷ OECD (2017), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

⁸⁸ OECD (2017), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 117.

⁸⁹ OECD (2017), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 365.

⁹⁰ OECD (2017), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 311.

hoogste vijf jaar, van de niet gebruikte rentecapaciteit (de niet gebruikte EBITDA). Het betreffen wederom minimumregels, zodat lidstaten de mogelijkheid hebben om strengere eisen te stellen zoals kortere termijnen.⁹¹ De regeling is een tegemoetkoming indien sprake is van meer rentelasten dan is toegestaan, waarbij dit is ontstaan vanwege timing mismatches waarvoor in de toekomst wordt gecorrigeerd. De OESO geeft hierbij als voorbeeld dat rentelasten ontstaan bij het financieren van een investering die in de toekomst zal leiden tot een stijging van de inkomsten. Om in dit geval een verrekening met andere jaren niet toe te staan, wordt een mate van onzekerheid gecreëerd voor concerns die te maken hebben met lange termijn plannen, wat niet wenselijk is.⁹² Hoewel het niet verplicht is, heeft een lidstaat de mogelijkheid deze onzekerheid weg te nemen door te kiezen voor een van de drie gegeven mogelijkheden.

Op basis van de tekst is het onduidelijk in welke volgorde het financieringskostensurplus vooruit of achteruit moet worden gewenteld. In lijn met Snoeij en Van Helvoirt⁹³ ben ik van mening dat bij implementatie in Nederland aangesloten moet worden bij de bestaande methodiek van art. 20, zevende lid, Wet VpB 1969, zodat eerst het oudste nog openstaande jaar in aanmerking wordt genomen.

2.4.9 Financiële ondernemingen

Art. 4, zevende lid, ATAD bepaalt dat lidstaten financiële ondernemingen kunnen uitsluiten van de earnings-strippingregeling, ook wanneer die ondernemingen deel uitmaken van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern. Een financiële onderneming is gedefinieerd in art. 2, vijfde lid, ATAD. Vanwege de bijzondere kenmerken van deze ondernemingen, kunnen specifieke eisen gelden die beter aansluiten bij de sector.⁹⁴

2.5 Vergelijking met de Duitse earnings-strippingregeling

2.5.1 Ontstaan van de Zinsschranke

De earnings-strippingregeling is deels gebaseerd op de in 2008, als onderdeel van een hervorming, de *'Unternehmenssteuerreform'*,⁹⁵ ingevoerde Duitse earnings-strippingregeling,

⁹¹ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108, onderdeel 6.

⁹² OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 159.

⁹³ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108, onderdeel 6.

⁹⁴ Zie het 8^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016. Hierop wordt in deze scriptie, tenzij anders vermeldt, niet nader ingegaan.

⁹⁵ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, *'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)'*, WFR 2016/238, onderdeel 2.2.

de 'Zinsschranke'.⁹⁶ Tot 2008 hanteerde Duitsland een thincapregel waarmee excessieve rentebetalingen op langlopende leningen werden geherkwalificeerd tot een niet-afrekbaar dividend.⁹⁷ Wanneer het vreemd vermogen meer dan 1,5 keer zo veel was als het eigen vermogen werden de rentebetalingen op langlopende leningen aan verbonden lichamen boven een grens van € 250.000 geherkwalificeerd tot een niet-afrekbaar dividend. Onder de thincapregel werd alleen een renteaftrekbeperking opgelegd voor de rentebetaling aan een verbonden lichaam en niet voor een rentebetaling aan een derde.⁹⁸

De reden voor het wijzigen van de thincapregel in de Zinsschranke was dat de Zinsschranke beter in staat is om het enkel om fiscale redenen financieren met vreemd vermogen aan te kunnen pakken. Gevolg hiervan zou zijn dat de grondslaguitholling beter kan worden voorkomen. De Zinsschranke bepaalt dat niet-afrekbare rente wordt aangemerkt als niet-afrekbare bedrijfskosten. Rente die is betaald aan derden, welke onder de thincapregel afrekbaar was, kan onder de Zinsschranke worden uitgesloten van aftrek.⁹⁹

Bij invoering van de Zinsschranke bedroeg de drempel € 1.000.000. Dit is in 2010 aangepast naar € 3.000.000 vanwege de financiële en economische crisis. Evenals art. 4 ATAD geldt dat indien de netto rentelast minder is dan de drempel, alle rentelasten afrekbaar zijn. De hoogte van de EBITDA is hierbij niet relevant. Sinds 2010 is bepaald dat niet gebruikte EBITDA vijf jaren kan worden voortgewenteld, wat betekent dat als in enig jaar blijkt dat de rentelast minder bedraagt dan 30% van de EBITDA, het verschil tussen deze 30% en de daadwerkelijke rentelast kan worden doorgeschoven. In dat jaar is de rentelast dan tot 30% van de EBITDA, waarbij het nog niet gebruikte deel van de EBITDA van de vijf voorafgaande jaren wordt opgeteld, afrekbaar.¹⁰⁰

2.5.2 Werking van de Zinsschranke

De Zinsschranke bepaalt dat het saldo van de verschuldigde en ontvangen rente van geldleningen op het niveau van de onderneming niet afrekbaar is indien het saldo meer dan 30% van de fiscale EBITDA bedraagt. Er geldt, net zoals bij art. 4 ATAD, een grens van € 3.000.000. Ook geldt er een uitzondering voor een onderneming die niet tot een groep behoort of indien de ratio tussen het eigen vermogen en het totale vermogen van de onderneming

⁹⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten', V-N 2015/56.2.

⁹⁷ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)', WFR 2016/238, onderdeel 2.2.

⁹⁸ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 3.2.

⁹⁹ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 3.2.

¹⁰⁰ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 3.3.2.

hetzelfde of beter is dan dezelfde ratio van het concern.¹⁰¹ In beide situaties geldt dat geen sprake mag zijn van schadelijke aandeelhoudersfinanciering. Dit is het geval bij een rentebetaling van een onderneming aan een aandeelhouder met een direct of indirect belang van minimaal 25% in de betalende onderneming en deze rentebetaling meer dan 10% van de netto rentelasten van de onderneming bedraagt.¹⁰²

Net zoals art. 4 ATAD wordt de Zinsschranke per onderneming toegepast. De Zinsschranke bepaalt tevens dat rente dat in een bepaald jaar niet in aftrek is gekomen, onbeperkt in de tijd kan worden voortgewenteld, waar het, behoudens enkele uitzonderingen, als verschuldigde rente wordt aangemerkt.¹⁰³ Zo mag er geen uitzondering zijn in de renteaftrekbeperkingsregels en dient de eventuele voortwenteling van EBITDA onvoldoende ruimte te bieden om alle aanwezige rente in aftrek te kunnen brengen. Tot 2010 mocht geen sprake zijn van een schadelijke aandeelhoudersoverdracht. Sinds 2010 wordt de door te schuiven rente enkel behouden voor zover de stille reserve van de belastingplichtige meer bedraagt dan de verrekenbare verliezen.¹⁰⁴

2.5.3 Voor- en nadelen van de Zinsschranke

Voordelen van de Zinsschranke zijn de mogelijkheid de niet gebruikte EBITDA vijf jaren vooruit te wentelen, waardoor het procyclische effect wordt beperkt. Ook is de Zinsschranke eenvoudig, omdat geen andere renteaftrekbeperking van toepassing is indien de rentelast minder is dan € 3.000.000. Tevens kan niet-aftrekbare rente onbeperkt in de tijd worden voortgewenteld.¹⁰⁵ Het voordeel van het niet aanwezig zijn van andere renteaftrekbeperkingsregels, kan naar mijn mening niet zonder meer worden doorgetrokken naar art. 4 ATAD, aangezien dit per lidstaat verschillend is. Indien een lidstaat, bijvoorbeeld Nederland, wel andere renteaftrekbeperkingsregels hanteert naast de earnings-strippingregeling, is van dit voordeel geen, of in mindere mate, sprake.¹⁰⁶ Art. 4 ATAD kent ook de mogelijkheid de niet gebruikte EBITDA door te schuiven, geboden in het zesde lid, onderdeel c. De voortwentelingsperiode bedraagt net zoals bij de Zinsschranke vijf jaren. Dit voordelige onderdeel van de Zinsschranke is, mijns inziens terecht, overgenomen in art. 4 ATAD. Een lidstaat kan zelf bepalen gebruik te maken van deze mogelijkheid en daarmee van het

¹⁰¹ A.C. Breuer en A.J.A. Stevens, 'Fiscale ontwikkelingen in Duitsland', WFR 2016/3, onderdeel 6.

¹⁰² H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)', WFR 2016/238, onderdeel 2.2.

¹⁰³ A.C. Breuer en A.J.A. Stevens, 'Fiscale ontwikkelingen in Duitsland', WFR 2016/3, onderdeel 6.

¹⁰⁴ F.J. Elsweier, 'Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen', MBB 2010/3, onderdeel 5.4.

¹⁰⁵ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 4.1.

¹⁰⁶ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 5.1.

voordeel dat ziet op een beperking van het procyclische effect van de EBITDA. Ten slotte bevat art. 4 ATAD de mogelijkheid niet-aftrekbare rente door te schuiven naar toekomstige jaren, met de in paragraaf 2.4.8 besproken opties voor verrekening.

Er is echter ook kritiek op de Zinsschranke, zoals het feit dat het ook gewone bankleningen raakt, waarbij geen aanleiding bestaat voor het veronderstellen van misbruik. Een ander belangrijk kritiekpunt gaat over de mogelijke inbreuk op de grondbeginselen van het Duitse belastingrecht.¹⁰⁷ Dit wordt hieronder nader toegelicht in paragraaf 2.5.5.

2.5.4 Verhouding van de Zinsschranke met de earnings-strippingregeling

De earnings-strippingregeling is mijns inziens redelijker dan de Zinsschranke ten aanzien van de werking van de drempel van € 3.000.000. In Duitsland werkt deze namelijk zo uit, dat wanneer een belastingplichtige boven de drempel uitkomt, alle netto rente onder de regeling valt.¹⁰⁸ Mijns inziens is dit een onevenredige uitwerking, omdat het voor elke onderneming mogelijk moet zijn gebruik te maken van de drempel, ook al is de netto rentelast hoger dan deze drempel. Art. 4, derde lid, onderdeel a, ATAD biedt de mogelijkheid het recht toe te kennen op aftrek van het financieringskostensurplus tot € 3.000.000, ook indien deze drempel wordt overschreden. Hoewel art. 4, derde lid, onderdeel a, ATAD een minimumregel betreft, biedt deze bepaling een lidstaat toch de mogelijkheid hier voor te kiezen. Een lidstaat is uiteraard vrij een gelijksoortige werking te creëren zoals in Duitsland, wat mijns inziens niet wenselijk is. Hieronder volgt een cijfervoorbeeld ter verduidelijking:

	Scenario 1	Scenario 2
EBITDA	€ 1.000.000	€ 1.000.000
Saldo rente	€ 2.999.999	€ 3.000.001
Aftrekbaar Duitsland	€ 2.999.999	€ 300.000
Aftrekbaar ATAD	€ 2.999.999	€ 3.000.000

Veronderstel een EBITDA van € 1.000.000 in beide scenario's. De rij 'Saldo rente' geeft aan met welk bedrag de rentelasten de rentebaten overstijgen, het financieringskostensurplus. In scenario 1 is het financieringskostensurplus € 2.999.999, wat onder de Zinsschranke betekent dat onder de drempel van € 3.000.000 wordt gebleven en daarmee de hoofdregel in het geheel

niet van toepassing is. Het financieringskostensurplus is dus volledig aftrekbaar. Op het moment dat het financieringskostensurplus de drempel overschrijdt, is volgens paragraaf 4h,

¹⁰⁷ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 4.2.1-4.2.2.

¹⁰⁸ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 4.2.3.

tweede lid, onderdeel a, EStG het eerste lid op het volledige bedrag van toepassing, wat betekent dat enkel 30% van € 1.000.000, zijnde € 300.000, aftrekbaar is. Onder art. 4 ATAD is, ervan uitgaande dat een lidstaat de drempel van € 3.000.000 implementeert, de volledige drempel aftrekbaar, ook indien het financieringskostensurplus deze drempel overstijgt. Hoewel de hoofdregel dus een maximale renteaftrek van € 300.000 ($30\% * 1.000.000$) toestaat, kent art. 4, derde lid, onderdeel a, ATAD het recht toe op aftrek tot € 3.000.000. Door de verschillende werking van de drempel is in het hierboven staande voorbeeld onder de ATAD € 2.700.000 meer aftrekbaar dan onder de Zinsschranke. Pas vanaf een EBITDA van € 10.000.000 ($300.000 / 30\%$) is de uitkomst van beide bepalingen hetzelfde. Onder een EBITDA van € 10.000.000 is de werking van de ATAD gunstiger dan de werking van de Zinsschranke. In deze laatste gevallen dient wel sprake te zijn van een financieringskostensurplus van minimaal € 3.000.000.

Bij implementatie in Nederland dient ook de hoogte van het drempelbedrag te worden meegenomen. Het verlagen van het drempelbedrag heeft een positief budgettair effect. Nadeel van het verlagen van de drempel is echter dat meer ondernemingen te maken krijgen met de earnings-strippingregeling, waardoor de Nederlandse Belastingdienst, alsmede het bedrijfsleven in Nederland, te maken kunnen krijgen met hogere uitvoeringslasten.¹⁰⁹

2.5.5 Zinsschranke strijdig met de Duitse Grondwet?

Er lopen enkele procedures over de centrale vragen of de Zinsschranke strijdig is met de Duitse Grondwet en of de Zinsschranke strijdig is met het objectieve netto-principe.¹¹⁰ Dit principe is een centraal beginsel en is gebaseerd op art. 3 van de Duitse Grondwet, waarin het gelijkheidsbeginsel is vormgegeven. Het Bundesverfassungsgericht heeft geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel in het fiscale recht op een zodanige manier moet worden uitgelegd, dat een belastingplichtige gelijk wordt behandeld, waarbij de draagkracht van de belastingplichtige in acht moet worden genomen.¹¹¹ Het draagkrachtbeginsel stelt dat de kosten die een belastingplichtige maakt die zien op een inkomstenbron, in aftrek moeten worden toegestaan.¹¹² Mocht worden geoordeeld dat de Zinsschranke strijdig is met de Duitse Grondwet, dan is het de vraag wat voor invloed dit heeft. Nu Duitsland art. 4 ATAD moet implementeren, of handhaven indien blijkt dat de huidige vorm voldoet aan de minimumeisen

¹⁰⁹ F.J. Elsweier en J. van Strien, *'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?'*, WFR 2012/182, onderdeel 5.1.

¹¹⁰ A.C. Breuer en A.J.A. Stevens, *'Fiscale ontwikkelingen in Duitsland'*, WFR 2016/3, onderdeel 6.

¹¹¹ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, *'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)'*, WFR 2016/238, onderdeel 2.1.

¹¹² A.C. Breuer en A.J.A. Stevens, *'Fiscale ontwikkelingen in Duitsland'*, WFR 2016/3, onderdeel 6.

van art. 4 ATAD, is het misschien noodzakelijk de Duitse Grondwet aan te passen. Duitsland kan namelijk niet de Zinsschranke simpelweg uit haar belastingwetgeving verwijderen, aangezien dit strijdig zou zijn met de ATAD. Het gaat het bestek van deze scriptie te buiten hier dieper op in te gaan, gezien de focus op Nederland.

2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzoek gedaan naar een antwoord op de volgende deelvraag:

Hoe werkt de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD en hoe is deze tot stand gekomen?

De earnings-strippingregeling komt voort uit het OESO BEPS-project, die als doelstelling heeft een nieuwe wereldwijde standaard te creëren waarmee winstverschuiving en grondslaguitholling door multinationale ondernemingen wordt bestreden op een internationaal gecoördineerde manier.¹¹³ Eind 2015 is het vierde actiepunt gepubliceerd dat specifiek ingaat op de beperking van de aftrek van rente en andere financiële betalingen om daarmee grondslaguitholling tegen te gaan.¹¹⁴ De ATAD is een onderdeel van de ATAP en heeft als doel het verzekeren van een gecoördineerde implementatie van de aanbevelingen van het BEPS-project. De reden hiervoor is de behoefte aan een gemeenschappelijke benadering binnen een sterk geïntegreerde economie en dat met een gecoördineerde implementatie de werking van de interne markt wordt verbeterd en daarmee het maximale uit de positieve effecten van het BEPS-project wordt gehaald. Ook is het van belang om te voorkomen dat de markt versnipperd en om zoveel mogelijk een einde te maken aan kwalificatieconflicten en verstoringen in de markt en kan een niet-gecoördineerde implementatie ervoor zorgen dat EU-lidstaten langer wachten met het implementeren of afwijken van andere EU-lidstaten om op die manier een concurrentievoordeel te behalen. Ten slotte is een gecoördineerde implementatie in het kader van de rechtszekerheid van belang.¹¹⁵

De hoofdregel van art. 4, eerste lid, ATAD is dat een financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, ten belope van maximaal 30 percent van de EBITDA van de belastingplichtige. Het financieringskostensurplus is op basis van art. 2, tweede lid, ATAD het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten van de belastbare rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht ontvangt, overschrijden. De OESO

¹¹³ M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', MBB 2016/11, p. 409.

¹¹⁴ OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

¹¹⁵ Zie het 2^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

heeft gekozen voor de EBITDA, omdat dit beter aansluit bij de reële economische activiteiten van een belastingplichtige in vergelijking met een vaste vreemd vermogen / eigen vermogen-ratio.¹¹⁶ De earnings-strippingregeling bestaat uit minimumeisen.

Belangrijk onderdeel van art. 4 ATAD zijn de optionele groepsregelingen. Dit zijn de equity escape-regel en de groepsratio-regel en gelden als aanvulling op de hoofdregel. De equity escape-regel van art. 4, vijfde lid, onderdeel a, ATAD biedt de mogelijkheid voor het toekennen van volledige aftrek van het financieringskostensurplus van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern indien kan worden aangetoond dat de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal gelijk is aan of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het concern. De groepsratio-regel biedt de mogelijkheid een recht toe te kennen op aftrek van het financieringskostensurplus voor een hoger bedrag dan de belastingplichtige zou mogen aftrekken op grond van de hoofdregel. Hiermee wordt er rekening mee gehouden dat een belastingplichtige tot een bepaalde groep behoort die met relatief veel vreemd vermogen is gefinancierd.¹¹⁷

De earnings-strippingregeling biedt in art. 4, zesde lid, ATAD de mogelijkheid het niet in aanmerking genomen financieringskostensurplus te verrekenen in andere jaren, ingegeven door de onzekerheid die anders ontstaat voor concerns die te maken hebben met lange termijn plannen.¹¹⁸

Een vergelijking is gemaakt met de Zinsschranke. Een voordeel van de Zinsschranke dat niet zonder meer kan worden doorgetrokken naar de earnings-strippingregeling is de afwezigheid van andere renteaftrekbepalingen indien onder de drempel van € 3.000.000 wordt gebleven. Dit is namelijk per lidstaat geregeld. Het voordeel van de voortwenteling van niet gebruikte EBITDA en niet-aftrekbare rente wordt ook geboden in art. 4 ATAD. Art. 4 ATAD is mijns inziens soepeler ten aanzien van de werking van de drempel. Bij de Zinsschranke geldt namelijk dat boven deze drempel, alle netto rente onder de regeling valt. Bij de earnings-strippingregeling wordt de mogelijkheid geboden het recht toe te kennen op aftrek van het financieringskostensurplus tot € 3.000.000, ook indien de drempel wordt overschreden.

¹¹⁶ H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, *'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)'*, WFR 2016/233, onderdeel 2.1

¹¹⁷ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uitzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108, onderdeel 5.1.

¹¹⁸ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, paragraaf 159.

Hoofdstuk 3 – De renteaftrekbeperking bij winstdrainage

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal:

Wat is de achtergrond van art. 10a Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?

Met dit hoofdstuk wordt de basis gelegd voor de vergelijking van art. 10a Wet VpB 1969 met de earnings-strippingregeling. In het vorige hoofdstuk is onderzocht hoe de earnings-strippingregeling uitwerkt en is ingegaan op doel en strekking hiervan. In dit hoofdstuk wordt art. 10a Wet VpB 1969 op gelijksoortige wijze onderzocht waarmee een gelijk uitgangspunt wordt gecreëerd voor de uiteindelijke vergelijking met de earnings-strippingregeling.

Naar aanleiding van met name het arrest van de HR van 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5 (hierna: Plc-arrest), dat in de volgende paragraaf wordt behandeld, zijn twee renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 ingevoerd. Beide maatregelen zijn gericht op het bestrijden van de uitholling van de grondslag van de vennootschapsbelasting in bepaalde, in de ogen van de wetgever, ongewenste situaties.¹¹⁹ Een van deze renteaftrekbeperkingen betreft art. 10a Wet VpB 1969, ook wel aangeduid als de renteaftrek bij winstdrainage, waarmee de uitholling van de belastinggrondslag van de Wet VpB 1969 wordt bedoeld. Dit ontstond doordat binnen concerns schuldfinancieringen werden gecreëerd, met als doel de winst van normaal belaste lichamen in Nederland te verplaatsen naar laag belaste, vrijgestelde of verlieslijdende onderdelen van het concern.¹²⁰ In paragraaf 3.2 wordt de aanleiding tot invoering van art. 10a Wet VpB 1969 besproken. In de daaropvolgende paragraaf wordt beoordeeld wat doel en strekking zijn van art. 10a Wet VpB 1969, wat tevens van belang is voor de vergelijking met de earnings-strippingregeling in het vijfde hoofdstuk. In paragraaf 3.4 staat vervolgens de werking van de renteaftrekbeperking centraal en wordt de koppeling gemaakt met doel en strekking zoals behandeld in paragraaf 3.3. In paragraaf 3.5 wordt afgerond met een samenvatting en conclusie.

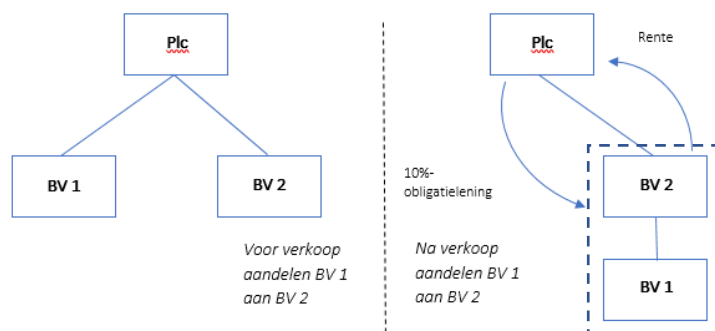
¹¹⁹ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, 2015, p. 115.

¹²⁰ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.1. De tweede ingevoerde renteaftrekbeperking betrof de renteaftrek bij het gebruik van overnameholdings in het toenmalige art. 15, vierde lid, Wet VpB 1969 (oud).

3.2 Totstandkoming renteaftrekbeperving bij winstdrainage

3.2.1 Het Plc-arrest

Voor 1997 vond winstdrainage plaats binnen concerns door het creëren van schuldverhoudingen tussen verschillende onderdelen van het concern met als doel de rentebaten te verplaatsen naar onderdelen van het concern die waren vrijgesteld van belastingheffing, nog te verrekenen verliezen hadden of waren gevestigd in een land met een laag belastingtarief. De rentelasten werden tegen een hoog belastingtarief afgetrokken bij het in Nederland gevestigde onderdeel van het concern.¹²¹ Deze in de ogen van de wetgever ongewenste situatie werd voor de invoering van art. 10a Wet VpB 1969 bestreden met frauduleuze legis.¹²² De wetgever achtte dit middel echter niet voldoende om de winstdrainage te bestrijden, met name na de winstdrainage-arresten¹²³. Het belangrijkste winstdrainage-arrest dat aanleiding gaf tot de invoering van art. 10a Wet VpB 1969 betrof het Plc-arrest.¹²⁴ In het Plc-arrest was sprake van de hieronder schematisch weergegeven situatie.



Een Engelse Plc was in het bezit van alle aandelen van een in Nederland gevestigde BV 1 en een in Nederland gevestigde BV 2. De Plc besloot de aandelen in BV 1 te verkopen aan BV 2, waarbij BV 2

de aankoop financierde vanuit een door de Plc verstrekte obligatielening tegen een rente van 10%. In het direct daaropvolgende jaar kwam tussen BV 1 en BV 2 een fiscale eenheid tot stand. De aftrek van rente bij BV 2 werd geweigerd doordat de rentebaten bij de Plc effectief niet in de belastingheffing werden betrokken vanwege het recht op voorkoming van dubbele belasting en op het verrekenen van 'Advance Corporation Tax'. Dit laatste was een heffing over de uitbetaling van dividenden die plaatsvond voordat uiteindelijk de vennootschapsbelasting werd geheven (r.o. 3.1.1-3.4). De HR oordeelde in r.o. 3.5 dat geen sprake was van strijdigheid met doel en strekking van de Wet VpB 1969 mits een belasting werd geheven over de rentebaten die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Ook al kan worden aangenomen dat het verijdelen van vennootschapsbelasting de voornaamste reden was voor een dergelijke structuur, is niet enkel op basis van die aanname voldaan aan de eis dat

¹²¹ J.N. Bouwman en M.J. Boer, 'Wegwijs in de Vennootschapsbelasting', Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.1.

¹²² R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-aftrekbare rente, paragraaf 1.

¹²³ Het betreft met name HR BNB 1996/3-6, maar tevens de eerder gewezen arresten HR BNB 1993/194-197.

¹²⁴ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 115.

strijdigheid bestaat met doel en strekking van de wet, zoals wordt gesteld bij toepassing van *fraus legis*. Het gaat er dus om dat sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing over de rentebaten in het andere land, ongeacht of effectief geen belasting wordt geheven door de aanwezigheid van verliesverrekeningsmogelijkheden.¹²⁵

Volgens Van Weeghel in zijn noot bij dit arrest in FED 1996/216 betekent het oordeel van de HR een aanpassing in de toepassing van het element ‘compenserende Nederlandse heffing’. Voor het Plc-arrest werd namelijk verondersteld dat enkel een *compenserende* Nederlandse heffing met betrekking tot rente de strijdigheid met doel en strekking zou kunnen voorkomen. Met het Plc-arrest is volgens Van Weeghel echter duidelijk geworden dat strijd met doel en strekking ook niet aanwezig is op het moment dat sprake is van een naar Nederlandse maatstaven *redelijke* heffing.¹²⁶ Mijns inziens is het gevolg hiervan dat sneller renteaftrek kan worden verkregen dan voor het Plc-arrest. Naar mijn mening is namelijk eerder sprake van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing dan dat sprake is van een compenserende Nederlandse heffing. Een compensatie van de Nederlandse heffing betekent vaak dat sprake moet zijn van een hogere belastingheffing in het andere land voordat de Nederlandse heffing wordt gecompenseerd. Een redelijke heffing hoeft de Nederlandse heffing niet volledig te compenseren, waardoor dus sneller sprake zal zijn van een redelijke heffing. Er is dus bij toepassing van een redelijke heffing sprake van een tariefverschil, wat bij een compenserende heffing niet het geval is.

3.2.2 Overige winstdrainage-arresten

Uit de overige winstdrainage-arresten zijn enkele belangrijke conclusies af te leiden die hierna worden benoemd.¹²⁷

Uit HR 10 maart 1993, nr. 28139, BNB 1993/196 blijkt dat geen strijd met doel en strekking van de wet aanwezig kan zijn, indien beide partijen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting zijn onderworpen (in casu vanwege het feit dat beide partijen binnenlands belastingplichtig waren). Dat het in casu mogelijk was gebruik te maken van verliesverrekening waardoor uiteindelijk geen vennootschapsbelasting was verschuldigd over de rente, was volgens de HR niet van belang (r.o. 3.4.2). Uit dit arrest blijkt dus dat in binnenlandse structureren waarbij sprake is van verliescompensatie, geen sprake kan zijn van

¹²⁵ J.A.G. van der Geld, *‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’*, Deventer, 2015, p. 128.

¹²⁶ S. van Weeghel, annotatie bij HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, FED 1996/216.

¹²⁷ Voor de bespreking van alle winstdrainage-arresten wordt verwezen naar J.A.G. van der Geld, *‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’*, Deventer 2015, p. 117-130.

winstdrainage, aangezien te allen tijde sprake is van een compenserende heffing (namelijk de Nederlandse heffing zelf). De verliezen dienen echter, blijkens r.o. 3.3 in HR 10 maart 1993, nr. 28484, BNB 1993/197 wel in eigen concern te zijn geleden. Is dit niet het geval, dan kan wel sprake zijn van fraus legis.

Uit HR 23 augustus 1995, nr. 29521, BNB 1996/3 blijkt dat geen sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de wet indien rente is verschuldigd aan een fiscale beleggingsinstelling. De rentebaten die terecht komen bij de fiscale beleggingsinstelling worden niet belast met vennootschapsbelasting, maar dienen wel via de winstuitdelingsverplichting te worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. Volgens de HR vindt hiermee, via de geheven inkomstenbelasting bij de aandeelhouders, compenserende heffing plaats waardoor geen sprake is van fraus legis (r.o. 3.5.1-3.5.5).

In HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4 werd in r.o. 3.2.4 geoordeeld dat, ook al strekt een samenstel van rechtshandelingen tezamen bezien ter verwezenlijking van een zakelijk doel, dit niet uitsluit dat daarin sprake is van een rechtshandeling die voor het bereiken van dat zakelijke doel niet noodzakelijk is en die tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van de vennootschapsbelasting zou leiden indien deze rechtshandeling zou worden aanvaard.

3.2.3 Renteaftrekbepijking bij winstdrainage

Zoals uit de besproken winstdrainage-arresten blijkt, werd het voor concernmaatschappijen mogelijk zodanig te plannen dat rente in aftrek werd toegelaten in Nederland, indien werd aangetoond dat sprake was van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing over de rente. Dit gold ook als zakelijke motieven ontbraken. Naar aanleiding van de oordelen in de winstdrainage-arresten ontstonden planningsmogelijkheden die ongewenste uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag tot gevolg hadden. Deze planningsmogelijkheden waren gericht op het aangaan van rentedragende leningen binnen het concern aan Nederlandse concernmaatschappijen waarmee bij deze Nederlandse concernmaatschappijen de belastbare winst met de renteaftrek werd verlaagd.¹²⁸ De rentebaten kwamen vervolgens terecht bij de concernmaatschappijen die buiten Nederland effectief niet werden belast doordat deze waren vrijgesteld van belastingheffing, nog te verrekennen verliezen hadden of waren gevestigd in een land met een laag belastingtarief.¹²⁹ Ter bestrijding van deze mogelijkheden tot

¹²⁸ R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-aftrekbare rente, paragraaf 1.

¹²⁹ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.1.

winstdrainage en internationale verliesverrekening tussen concernmaatschappijen is art. 10a Wet VpB 1969 bij Wet van 13 december 1996 ingevoerd.¹³⁰

In essentie was het oorspronkelijke art. 10a Wet VpB 1969 een codificatie van de fraus jurisprudentie en was het gericht tegen de renteaftrek bij kasrondjes, schuldigeringen en verhangingen binnen concernverband.¹³¹ Lier¹³² merkt over de invoering van art. 10a Wet VpB 1969 op dat het lijkt te zijn gebaseerd op geruchten over hoe de praktijk zal inspelen op een uitleg van met name het Plc-arrest. Uit de parlementaire behandeling blijkt namelijk dat wordt aangenomen dat *‘in het Verenigd Koninkrijk gevestigde concerns over enkele miljarden ponden aan onverrekenende ACT beschikken, en aanzienlijke aantasting van de Nederlandse belastinggrondslag dreigt’*.¹³³ In lijn met Lier¹³⁴ ben ik van mening dat het betreuwenswaardig is dat een dergelijke ingreep in de Wet VpB 1969 is gebaseerd op oppervlakkige inschattingen zoals hierboven geciteerd. Ook al is daadwerkelijk sprake van miljarden ponden aan onverrekenende ACT, dan nog is het namelijk de vraag of het merendeel van deze in het Verenigd Koninkrijk gevestigde concerns tevens over in Nederland gevestigde dochterondernemingen beschikken die dermate winstgevend zijn om de onverrekenende ACT mee te verrekenen.¹³⁵ In het vervolg van het hoofdstuk wordt uitgegaan van de huidige versie van art. 10a Wet VpB 1969.

3.3 Doel en strekking van de renteaftrekbeperking bij winstdrainage

Zoals uit de vorige paragraaf blijkt, is het voornaamste doel van de renteaftrekbeperking bij winstdrainage het bestrijden van in de ogen van de wetgever ongewenst en oneigenlijk gebruik van het Nederlandse belastingstelsel en daarmee tevens het voorkomen dat de grondslag voor de vennootschapsbelasting wordt uitgehold.¹³⁶ De situaties die de wetgever met name ongewenst acht betreffen de al dan niet kunstmatige constructies die belastingbesparing als doel hebben.¹³⁷ Deze situaties zijn opgesomd in art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 en worden in de volgende paragraaf uitgewerkt.

Met de renteaftrekbeperking bij winstdrainage is de jurisprudentie gecodificeerd ten aanzien van fraus legis, zodat dit in het kader van de rechtszekerheid voor elke belastingplichtige

¹³⁰ Stb. 1996, 651.

¹³¹ G.M.M. Michielse, *‘Wetsvoorstel uitholling belastinggrondslag. Een gemiste kans’*, FED 1996/433, onderdeel 2 en 3.3.

¹³² A.P. Lier, *‘Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag?’*, WFR 1996/1449, onderdeel 2.

¹³³ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 16.

¹³⁴ A.P. Lier, *‘Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag?’*, WFR 1996/1449, onderdeel 2.

¹³⁵ J. van Strien, *‘Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting’*, Fiscale Monografieën, nr. 119, Kluwer, Deventer 2007, p. 264-265.

¹³⁶ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 1.4.

¹³⁷ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 2.

duidelijk werd.¹³⁸ De vraag die hierbij opkomt is of deze jurisprudentie haar belang heeft verloren, nu deze is gecodificeerd in de wet. Naar mijn mening is dit niet het geval. Ik sluit mij hierbij aan bij wat Meussen stelt in zijn annotatie bij BNB 2004/142, waar hij aangeeft dat het voor de inspecteur nog steeds mogelijk is *fraus legis* toe te passen, maar dat dit minder snel zal voorkomen door de specifieke antimisbruikregeling van art. 10a Wet VpB 1969 die een aantal situaties bestrijdt waardoor toepassing van *fraus legis* niet meer aan de orde komt. Dit betekent dat de inspecteur weliswaar nog de mogelijkheid heeft *fraus legis* toe te passen, maar dat dit in de praktijk bijna niet meer zal voorkomen door de reikwijdte van art. 10a Wet VpB 1969. Het toepassen van *fraus legis* is blijkens HR 19 maart 2010, nr. 09/02250, NTFR 2010/778 nog mogelijk als blijkt dat het doorslaggevende motief is gelegen in het verijdelen van de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969.

De invoering van art. 10a Wet VpB 1969 gebeurde door middel van de wet ‘Wijzigingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur’. Deze wijzigingen waren mede gestoeld op de constatering dat andere landen aantrekkelijke fiscale regelingen hanteerden, waardoor veel in Nederland gevestigde concerns de financieringsactiviteiten vanuit het buitenland gingen inrichten.¹³⁹ Doordat met kunstmatige constructies de grondslag voor de vennootschapsbelasting wordt uitgehold, zonder dat deze constructies bijdragen aan investeringen en werkgelegenheid in Nederland, kan sprake zijn van een negatief effect op de Nederlandse economie. Door het tegengaan van kunstmatige constructies die de grondslag voor de vennootschapsbelasting uithollen, is het mogelijk de belastingmiddelen die daardoor niet verloren gaan in te zetten om de ontwikkeling en werkgelegenheid in Nederland te stimuleren, wat bijdraagt aan het Nederlandse vestigingsklimaat.¹⁴⁰

De strekking van art. 10a Wet VpB 1969 is het weigeren van aftrek van rentebetalingen die verband houden met het schuldig erkennen van dividend, de teruggaaf van gestort kapitaal, een kapitaalstorting binnen het concern of een acquisitie waarbij het lichaam waarin het belang is verkregen na de acquisitie een verbonden lichaam is. Hierbij moet allereerst vaststaan dat sprake is van een lening of kapitaal, anders komt toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 niet aan de orde.¹⁴¹ De reden die werd gegeven voor de renteaftrekbeperking in de genoemde situaties, is dat in die gevallen sprake is van een zogenoemde papieren transactie.

¹³⁸ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 1.4.

¹³⁹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 2-4.

¹⁴⁰ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5, p. 4.

¹⁴¹ J.A.G. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’, Deventer, 2015, p. 114. Zoals blijkt uit paragraaf 1.4 wordt hieraan in deze scriptie geen aandacht besteed.

Hiermee wordt aangegeven dat een dergelijke transactie slechts op papier zodanig wordt vormgegeven om aanspraak te kunnen maken op renteaftrek zonder een daar tegenover staande normale belastingheffing. De strekking van art. 10a Wet VpB 1969 is dus dat in een groot aantal situaties sprake is van onzakelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan de transactie waarbij renteaftrek niet aan de orde dient te zijn. In een aantal gevallen kan echter sprake zijn van in overwegende mate zakelijke overwegingen. Dit is dan ook de reden dat de mogelijkheid wordt geboden tegenbewijs te leveren. Indien de belastingplichtige hierin slaagt, wordt renteaftrek toegestaan.¹⁴²

Bij de invoering van art. 10a Wet VpB 1969 is door leden van de fracties van de PvdA en D66 de vraag gesteld of een thincapitalisationregel, waarbij de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen de mate van renteaftrek bepaalt, geen betere optie dan een specifieke renteaftrekbeperking bij winstdrainage zou zijn. De staatssecretaris heeft hierop als antwoord gegeven dat door niet te kiezen voor een algemene renteaftrekbeperking zoals de thincapitalisationregel, maar voor een specifieke renteaftrekbeperking, het uitgangspunt dat het de ondernemer in beginsel vrij staat zelf de keuze van financiering van de onderneming te maken, gehandhaafd blijft. Gevolg hiervan is dat een negatieve invloed op het Nederlandse vestigingsklimaat wordt voorkomen.¹⁴³ Mijns inziens is de redenering van de staatssecretaris juist. Bij een thincapitalisationregel wordt namelijk boven een bepaalde verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen alle rente in aftrek beperkt, zonder acht te slaan op specifieke gevallen. Art. 10a Wet VpB 1969 is juist gericht op het bestrijden van bepaalde ongewenste specifieke situaties. Hiermee wordt het uitgangspunt dat de ondernemer in beginsel vrij is in de keuze voor de financiering van zijn onderneming naar mijn mening beter gehandhaafd dan bij een algemene renteaftrekbeperking zoals een thincapitalisationregel.

3.4 Werking van de renteaftrekbeperking bij winstdrainage

3.4.1 De besmette rechtshandelingen

3.4.1.1 Inleiding

De hierboven al genoemde in de ogen van de wetgever ongewenste situaties die worden bestreden door art. 10a Wet VpB 1969 staan vermeld in het eerste lid. In de aanhef van deze bepaling staan enkele elementen die op elke ongewenste situatie van toepassing zijn.¹⁴⁴ Deze

¹⁴² Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 6, p. 4.

¹⁴³ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5, p. 7.

¹⁴⁴ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Venmoetschapsbelasting*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.2.1.

elementen worden allereerst behandeld. De aanhef luidt: *‘Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een van de volgende rechtshandelingen.’*

Allereerst is van belang te vermelden dat tussen de opgesomde rechtshandelingen in art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 geen sprake is van een rangorde.¹⁴⁵ Mijns inziens is dit ook terecht, aangezien geen sprake is van een rechtshandeling die zwaarder weegt of relevanter is dan een andere. De rechtshandelingen dienen daarom ook op gelijke voet te worden behandeld. Gevolg is wel dat een aantal rechtshandelingen op dezelfde situatie van toepassing kunnen zijn. Voor het leveren van tegenbewijs heeft dit tot gevolg dat voor elke rechtshandeling apart tegenbewijs moet worden geleverd.¹⁴⁶ Hoewel dit een zware taak is voor de belastingplichtige, is het mijns inziens logisch dat voor elke rechtshandeling afzonderlijk tegenbewijs moet worden geleverd. Was dit namelijk niet het geval geweest, dan had de belastingplichtige de naar mijn mening ongewenste mogelijkheid gehad enkel voor de rechtshandeling waarvan de zakelijkheid het gemakkelijkst aantoonbaar is, tegenbewijs te leveren.

3.4.1.2 Renten, kosten en valutaresultaten ter zake van schulden

Uit de aanhef van art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 blijkt dat het om een ruim begrip gaat met betrekking tot hetgeen onder de aftrekbeperking valt. Het gaat niet alleen om rente, maar ook kosten en valutaresultaten ter zake van schulden kunnen van aftrek worden uitgesloten. In de Wet VpB 1969 wordt geen definitie gegeven van het begrip rente. In het vervolg wordt met rente bedoeld op de vergoeding op een lening.¹⁴⁷

Met kosten worden ook zaken als afsluitkosten voor het opstellen van de leningsovereenkomst en kosten met betrekking tot de afdekking van valutarisico's onder de renteaftrekbeperking gebracht.¹⁴⁸

Het meest opmerkelijk is dat onder rente ook valutaresultaten worden begrepen. Het opmerkelijke hieraan is dat wordt gesproken over *resultaten* en niet enkel over *valutaverliezen*. In samenhang met de termen rente en kosten is dit op het eerste gezicht niet

¹⁴⁵ Kamerstukken I, 2006-2007, 30572, nr. F, p. 4.

¹⁴⁶ J. Vleggeert, Cursus Belastingrecht, deel Vennootschapsbelasting, Vpb.2.2.3.B.f.

¹⁴⁷ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *‘Wegwijs in de Vennootschapsbelasting’*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.2.2.

¹⁴⁸ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *‘Wegwijs in de Vennootschapsbelasting’*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.2.2.

logisch. De vraag die namelijk ontstaat is hoe om te gaan met valutawinsten. Het was volgens de staatssecretaris niet logisch dat een renteaftrekbeperking, die ziet op het voorkomen van grondslaguitholling in bepaalde gevallen van mogelijke misbruik, winsten vrijstelt.¹⁴⁹ De HR heeft echter in zijn arrest van 24 februari 2012, nr. 10/03465, NTFR 2012/540 geoordeeld dat valutawinsten ter zake van schulden waar de renteaftrekbeperking op van toepassing is, worden vrijgesteld van vennootschapsbelasting indien na saldering met valutaverliezen een positief bedrag resteert. In lijn met Douma in zijn noot bij BNB 2012/229 ben ik van mening dat dit een logisch oordeel is ten aanzien van de term valutaresultaten. Indien het de bedoeling was geweest enkel valutaverliezen onder de reikwijdte van de renteaftrekbeperking te brengen, dan had de wetgever dit naar mijn mening ook op die manier moeten verwoorden. Tevens ontstaat hiermee naar mijn mening een coherent systeem, aangezien verliezen niet aftrekbaar zijn, maar winsten ook niet zijn belast.

3.4.1.3 Rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd

Blijkens de aanhef van art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 dient het te gaan om schulden die rechtens dan wel in feite direct of indirect zijn verschuldigd. Uit deze zinsnede kan worden afgeleid dat, naast de formele, tevens de materiële vormgeving van belang is. Met de term ‘rechtens’ wordt de formele situatie aangegeven. Het gaat daarbij om een civielrechtelijke schuld, oftewel er is een daadwerkelijke leningsovereenkomst aanwezig tussen partijen.¹⁵⁰

Met ‘in feite direct’ wordt de materiële situatie aangegeven. Wat met in feite direct wordt bedoeld, wordt niet duidelijk op basis van de parlementaire geschiedenis. Bouwman en Boer¹⁵¹ stellen dat kan worden gedacht aan een dochtermaatschappij die onderdeel uitmaakt van een fiscale eenheid en een schuld aangaat bij een houdstermaatschappij die geen onderdeel uitmaakt van de fiscale eenheid. Vanwege het feit dat bij een fiscale eenheid de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij, waaronder de schuld, aan de moedermaatschappij worden toegerekend op basis van art. 15, eerste lid, Wet VpB 1969, wordt in feite direct door de moedermaatschappij een schuld aangegaan bij de houdstermaatschappij.

‘In feite indirect’ duidt volgens de staatssecretaris op de situatie waarin bijvoorbeeld wordt gekozen voor het financieren van een dividenduitkering aan de moedermaatschappij van de belastingplichtige, waarbij de belastingplichtige ter financiering van de dividenduitkering een

¹⁴⁹ Kamerstukken II, 2003-2004, 29210, nr. 34, p. 5.

¹⁵⁰ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.2.3.

¹⁵¹ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.2.3.

lening afsluit bij een andere partij. Indien echter de moedermaatschappij het mogelijk heeft gemaakt voor de belastingplichtige om het geld bij de andere partij te lenen, is indirect sprake van het verschuldigd zijn van rente door de belastingplichtige aan de moedermaatschappij. Het maakt hierbij niet uit of de tussengeschoven partij een verbonden lichaam is of niet.¹⁵²

3.4.1.4 Verband tussen de schuld en een van de rechtshandelingen

De rente komt alleen dan niet in aftrek *voor zover de schuld* rechtens dan wel in feite direct of indirect *verband houdt met een van de rechtshandelingen* zoals genoemd in de onderdelen a tot en met c van art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969. Voor de uitleg van de zinsnede ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ wordt verwezen naar paragraaf 3.4.1.3. Deze tweede zinsnede is echter pas per 1 januari 2007 ingevoerd naar aanleiding van een in de ogen van de wetgever ongewenste uitspraak van de HR van 17 juni 2005, nr. 40819, BNB 2005/304.¹⁵³ De HR oordeelde in r.o. 3.4 dat sprake was van onvoldoende verband tussen de rechtshandeling en de lening, omdat ten tijde van de rechtshandeling de reden voor de lening, zijnde het aankopen van een deelneming, nog niet aanwezig was. Met Daniëls in zijn noot bij BNB 2005/304 ben ik van mening dat de HR een subjectief element toevoegt aan de beoordeling of sprake is van een verband tussen de lening en een rechtshandeling, aangezien blijkens het arrest van belang is wat de belastingplichtige heeft beoogd met de lening. Zoals gezegd heeft de wetgever naar aanleiding van dit arrest de bepaling gewijzigd. Met de wijziging is het huidige tweede lid aan art. 10a Wet VpB 1969 toegevoegd en is in het eerste lid de zinsnede ‘*voor zover de geldlening verband houdt met een van de volgende rechtshandelingen*’ gewijzigd in ‘*voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een van de volgende rechtshandelingen*’.¹⁵⁴

Of sprake is van een verband wordt beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. Het is hierbij niet noodzakelijk dat tegelijkertijd met de lening of nadat de lening is aangegaan de rechtshandeling wordt verricht. De lening kan ook zijn aangegaan nadat de rechtshandeling al is verricht.¹⁵⁵ Er is niet aangegeven binnen welke termijn tussen het aangaan van de lening en de rechtshandeling sprake is van een beperking van de renteaftrek. De staatssecretaris heeft als reden gegeven dat vaak de termijn en de omstandigheden in samenhang van belang zijn. Het past niet hierbij een bepaalde termijn te hanteren, aangezien niet is aan te geven na welke

¹⁵² Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5, p. 29.

¹⁵³ J.A.G. van der Geld, ‘*Hoofdzaken vennootschapsbelasting*’, Deventer, 2015, p. 132.

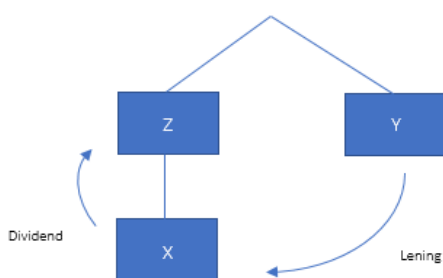
¹⁵⁴ Kamerstukken II, 2005-2006, 30572, nr. 2, p. 6.

¹⁵⁵ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 18. Zie voor een nadere beschouwing paragraaf 3.4.1.6.

termijn geen sprake meer is van een verband.¹⁵⁶ Een verband is wel minder aannemelijk indien de termijn langer is.¹⁵⁷ Hoewel dit tot rechtsonzekerheid leidt, ben ik van mening dat het in dit geval een juiste methode is, aangezien een vaststaande termijn planningsmogelijkheden in de hand werkt. Mijns inziens gaat het er juist om dat een verband is te leggen tussen de rechtshandeling en de schuld, ongeacht de termijn daartussen. Naarmate de tijd verstrijkt, is het voor de belastingplichtige eenvoudiger aannemelijk te maken dat een dergelijk verband ontbreekt, waarmee een beroep kan worden gedaan op de tegenbewijsmogelijkheden. Het niet stellen van een termijn is mijns inziens dus geen disproportionele methode.

3.4.1.5 De rechtshandelingen

De eerste rechtshandeling is volgens art. 10a, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 *‘een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon’*. Onder winstuitdeling valt naast een dividenduitkering ook het uitdelen van vermomd dividend.¹⁵⁸ Onder een vermomde winstuitdeling valt bijvoorbeeld de aankoop van goederen door de dochtermaatschappij van de moedermaatschappij tegen een hogere prijs dan normaal zou worden betaald. Hierdoor kan het surplus worden gezien als een vermomde winstuitdeling.¹⁵⁹ Het begrip ‘gestort kapitaal’ ziet niet enkel op het nominaal gestorte kapitaal, maar ook op informele kapitaalstortingen en agio.¹⁶⁰ De volgende figuur geeft een mogelijke situatie zoals beschreven door deze bepaling.



De rente die X ter zake van de schuld die rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd aan een verbonden lichaam (Y), is, behoudens tegenbewijs¹⁶¹, niet aftrekbaar voor zover die schuld rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houdt met de winstuitdeling door X aan een met hem verbonden

lichaam (Z).

¹⁵⁶ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5, p. 43.

¹⁵⁷ R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-aftrekbare rente, paragraaf 9.

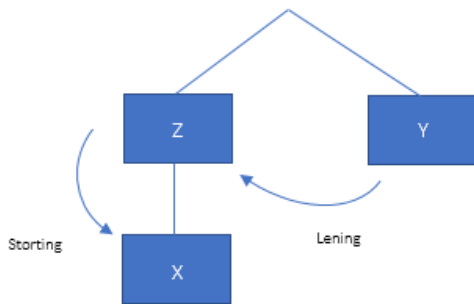
¹⁵⁸ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 7.1.1.

¹⁵⁹ Kamerstukken II, 1996-1997, 24696, nr. 8, p. 16.

¹⁶⁰ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5, p. 30.

¹⁶¹ Zie paragraaf 3.4.2.

De tweede rechtshandeling, onderdeel b, is *'een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam'*. De kapitaalstorting kan zowel bestaan uit formeel als informeel kapitaal. Onder de eerste vorm vallen het nominaal gestorte kapitaal en het agio en onder de tweede vorm valt een voordeel dat wordt verkregen bovenop de storting op de aandelen dat onder zakelijke omstandigheden niet zou zijn verkregen.¹⁶² De volgende figuur geeft een mogelijke situatie zoals beschreven door deze bepaling.



De rente die Z ter zake van de schuld die rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd aan een verbonden lichaam (Y), is, behoudens tegenbewijs, niet aftrekbaar voor zover die schuld rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houdt met de kapitaalstorting door Z in een met hem verbonden

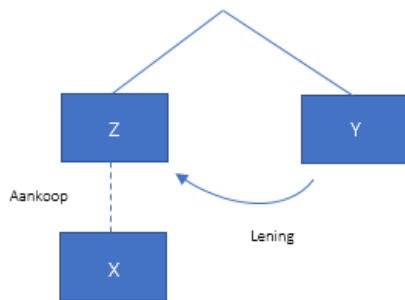
lichaam (X). Ook indien Z kapitaal stort in X en X vervolgens hetzelfde bedrag leent aan Z, is sprake van een rechtshandeling van art. 10a, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

Onderdeel c benoemt de derde rechtshandeling, zijnde *'de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is'*. Een vaak voorkomende situatie die onder deze bepaling valt, is de verhangings van een lichaam binnen het concern waarbij de vennootschap die de aandelen verkrijgt de koopprijs schuldig blijft. Meestal verandert er niets aan zeggenschap of belangen en wordt ook wel de interne acquisitie genoemd. Sinds 1 januari 2007 valt ook de externe acquisitie onder de reikwijdte van deze bepaling. In deze situatie is wel sprake van een wijziging in de zeggenschap en belang, maar door ook de externe acquisitie op te nemen in de renteaftrekbeperking wordt een gelijke behandeling gecreëerd voor rentelasten ten opzichte van interne acquisities. Een mogelijke situatie die zich kan voordoen, is het verwerven van een belang in een aantal stappen, waarbij in de eerste paar stappen nog niet wordt voldaan aan het verbondenheidsvereiste en daarmee de renteaftrekbeperking niet van toepassing is.¹⁶³ In onderdeel 2.4 van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013,

¹⁶² Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 9.2.

¹⁶³ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 10.1-10.2.1.

BLKB2013/110M, wordt ten aanzien van deze situatie aangegeven dat indien sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, art. 10a, eerste lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 in beginsel van toepassing is op elke verwerving of uitbreiding. Hierbij treedt de renteaftrekbepanking pas in werking op het moment dat sprake is van verbondenheid, maar is dan ook op eerste verwerving van toepassing. De volgende figuur geeft een mogelijke situatie zoals beschreven door deze bepaling.



De rente die Z ter zake van de schuld die rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd aan een verbonden lichaam (Y), is, behoudens tegenbewijs, niet aftrekbaar voor zover die schuld rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houdt met de verwerving van een belang door Z in een lichaam dat na deze verwerving een met hem verbonden lichaam is (X).

3.4.1.6 Uitbreiding begrip ‘verband’

Art. 10a, tweede lid, Wet VpB 1969 is een uitbreiding van het eerste lid en bewerkstelligt dat ook sprake is van een verband tussen de schuld en de rechtshandeling, zoals genoemd in het eerste lid, indien de schuld pas wordt aangegaan na het verrichten van de rechtshandeling. Hiermee wordt voorkomen dat belastingplichtigen aan het eerste lid proberen te ontkomen door de schuld later aan te gaan dan de rechtshandeling. Mijns inziens is echter op basis van de tekst van het eerste lid al te stellen dat de situatie zoals beschreven in het tweede lid is ondervangen. Blijkens art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 moet namelijk sprake zijn van een verband tussen de schuld en een rechtshandeling. Hier wordt naar mijn mening niet enkel de situatie mee bedoeld dat eerst de schuld moet zijn aangegaan en vervolgens de rechtshandeling moet worden verricht. Er wordt namelijk niet gesproken over een bepaalde volgorde van stappen. In de parlementaire behandeling wordt ook aangegeven dat het tweede lid vooral voor de duidelijkheid is opgenomen.¹⁶⁴ Ook is aangegeven dat de geldlening niet noodzakelijk tegelijk met of voor een rechtshandeling moet zijn aangegaan.¹⁶⁵ Hieruit valt mijns inziens ook al af te leiden dat de volgorde van stappen niet relevant is.

¹⁶⁴ Kamerstukken I, 2006-2007, 30572, nr. C, p. 48.

¹⁶⁵ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 18.

3.4.2 De tegenbewijsregelingen

3.4.2.1 De dubbele zakelijkheidstoets

Een belastingplichtige heeft twee mogelijkheden om tegenbewijs te leveren op het moment dat een besmette rechtshandeling is geconstateerd. De eerste mogelijkheid betreft de dubbele zakelijkheidstoets. De dubbele zakelijkheidstoets houdt in dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken dat zowel aan de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969). Bij het beoordelen of sprake is van in overwegende mate zakelijke motieven, worden de motieven die zijn gericht op het (gedeeltelijk) onmogelijk maken belasting te heffen, niet meegenomen. Indien echter een bepaalde structuur wordt gehanteerd die is gebaseerd op fiscale overwegingen, is dit niet direct doorslaggevend voor het stellen dat van overwegende mate zakelijke overwegingen geen sprake is.¹⁶⁶ Bij de beoordeling wordt, naast de motivatie van de belastingplichtige zelf, ook de motivatie van alle betrokkenen¹⁶⁷ meegenomen. Verder wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse fiscale motieven¹⁶⁸, wat mijns inziens de belastingplichtige terecht meer mogelijkheden biedt de zakelijkheid aannemelijk te maken. Het enkel in ogenschouw nemen van binnenlandse motieven is naar mijn mening namelijk te beperkt indien de belastingplichtige grensoverschrijdende activiteiten verricht die van invloed kunnen zijn op de besluitvorming van bepaalde transacties. Zie ook paragraaf 5.2.2.

In HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, BNB 2015/165 is in r.o. 3.1.3 geoordeeld dat in beginsel de belastingplichtige de vrijheid heeft de financieringsvorm te kiezen en mag hierbij de fiscaal meest optimale route kiezen. Er mag echter geen sprake zijn van een onzakelijke omleiding. Een onzakelijke omleiding is niet gedefinieerd en enkel toegelicht met voorbeelden. Zo wordt in het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, BLKB2013/110M, onderdeel 4.2.3 een crediteur van een geldlening genoemd die is gevestigd in een taxhaven en het geld heeft verkregen van een groepsmaatschappij.

Een belastingplichtige heeft voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets op het moment dat hij kan aantonen dat de lening uiteindelijk extern is gefinancierd, mits sprake is van een zogenoemde paralleliteit tussen de lening van het verbonden lichaam en de externe

¹⁶⁶ R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-aftrekbare rente, paragraaf 14.

¹⁶⁷ Denk hierbij bijvoorbeeld aan de met de belastingplichtige gelieerde lichamen of personen die betrokken zijn bij de betreffende schuld of rechtshandeling. Voordeel hiervan is dat alle overwegingen worden meegenomen waardoor een compleet beeld ontstaat van de situatie.

¹⁶⁸ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 16.2-16.2.1.

financiering. Hierbij worden vooral de aflossingen en de looptijd van de leningen vergeleken. Mocht sprake zijn van een verschil in rentevergoeding, dan is dit blijkens onderdeel 4.2.2 van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, BLKB2013/110M, mogelijk indien het verschil is gebaseerd op het ‘at arms length-beginsel’. Dit betekent op basis van art. 8b, eerste lid, Wet VpB 1969 dat de rentevergoeding ook door onafhankelijke partijen zou moeten zijn overeengekomen. Volgens hetzelfde onderdeel van hierboven genoemd Besluit is alleen sprake van parallelliteit als zowel civiel- als fiscaalrechtelijk sprake is van een parallelle lening. Civielrechtelijke parallelliteit ontbreekt wanneer bij een van de tussenschakels het geleende bedrag niet is uitgeleend, maar is aangewend voor een ander doel, zoals een kapitaalstorting. Van fiscaalrechtelijke parallelliteit is geen sprake op het moment dat een betrokken land de betreffende lening niet als vreemd vermogen kwalificeert.¹⁶⁹

Onlangs is in het arrest van de HR van 21 april 2017, nr. 16/03669, V-N 2017/22.11 een belangrijk oordeel gegeven over de toepassing van parallelliteit onder art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969. De eerste vraag die in dit arrest aan de orde is, is of art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 wel kan worden toegepast als blijkt dat sprake is van een externe financiering ook al is de lening rechtens verschuldigd aan een verbonden partij. Bij het beantwoorden geeft de HR direct duidelijkheid over de aannames die werden gemaakt naar aanleiding van zijn arrest van 8 juli 2016, nr. 15/00194, BNB 2016/197, over de mogelijkheid dat bij uiteindelijke externe financiering met voldoende parallelliteit niet meer aan art. 10a Wet VpB 1969 wordt toegekomen.¹⁷⁰ De HR oordeelt namelijk in r.o. 2.4.3 dat *‘in de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 10a van de Wet de vraag of de lening feitelijk is aangegaan met een derde is geplaatst in het kader van de toepassing van het derde lid van artikel 10a van de Wet, en dat dus ervan wordt uitgegaan dat een dergelijke situatie binnen het bereik van het eerste lid van dat artikel valt’*. Mijns inziens is dit oordeel van de HR juist, omdat dit voortvloeit uit een logische volgorde van de bepaling. Er wordt pas toegekomen aan toepassing van het derde lid, de mogelijkheid tot tegenbewijs, zodra een besmette rechtshandeling is geconstateerd. De tweede vraag die in het arrest wordt beantwoord ziet op de toepassing van de dubbele zakelijkheidstoets indien sprake is van parallelliteit. De HR oordeelt in r.o. 2.4.5.3 dat *‘indien de belastingplichtige de feiten stelt, en bij betwisting aannemelijk maakt, die de conclusie rechtvaardigen dat een schuld die rechtens is verschuldigd aan een verbonden lichaam in feite is verschuldigd aan een derde, heeft die*

¹⁶⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, BLKB2013/110M, onderdeel 4.2.2.

¹⁷⁰ Redactionele aantekening bij V-N 2017/22.11.

belastingplichtige voldaan aan de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, letter a, van de Wet. Dat geldt dan ten aanzien van zowel de schuld als de daarmee verband houdende rechtshandeling, zoals bedoeld in die bepaling'. Uit deze laatste zin kan worden afgeleid dat, indien sprake is van een aannemelijk gemaakte uiteindelijke externe lening met voldoende parallelliteit, dit voldoende is voor toepassing van de tegenbewijsmogelijkheid van art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969. Er hoeft dus niet tevens aannemelijk te worden gemaakt dat aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Daarmee wordt de dubbele zakelijkheidstoets dus in een dergelijk geval gereduceerd tot een enkelvoudige zakelijkheidstoets.¹⁷¹ Deze uitspraak is gunstig voor de belastingplichtige, aangezien de tegenbewijsmogelijkheid eenvoudiger wordt. Mijns inziens is het terecht dat indien extern wordt ingeleend en met behulp van parallelliteit de schuld zakelijk kan worden gepleit, de belastingplichtige voldoet aan het aantonen van in overwegende mate zakelijk handelen en het daarom niet noodzakelijk is tevens de zakelijkheid van de rechtshandeling aan te moeten tonen.

3.4.2.2 Compenserende heffingstoets

De tweede mogelijkheid om tegenbewijs te leveren is de zogenoemde compenserende heffingstoets. Dit is een losstaande mogelijkheid van de hiervoor besproken dubbele zakelijkheidstoets en er kan dan ook afzonderlijk een beroep op worden gedaan. De compenserende heffingstoets houdt kort gezegd in dat de belastingplichtige aannemelijk dient te maken dat over *'de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is*'. Er mag hierbij geen sprake zijn van enige mogelijkheid tot verrekening van verliezen of andersoortige aanspraken waardoor per saldo geen heffing naar redelijke maatstaven is verschuldigd (art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969). Dit laatste is een reparatie van het in paragraaf 3.2.1 besproken Plc-arrest.

Sinds 1 januari 2007 is invulling gegeven aan de zinssnede 'een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing', door aan art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 toe te voegen dat het dient te gaan om een heffing naar een tarief van minstens 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Het gaat hierbij enkel over de heffing over de rente.¹⁷² Indien hieraan wordt voldaan, wordt de renteaftrek in Nederland niet beperkt door art. 10a

¹⁷¹ Redactionele aantekening bij V-N 2017/22.11.

¹⁷² J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 143-144.

Wet VpB 1969.¹⁷³ Mijns inziens is dit een zeer welkome en sterke verbetering van de renteaftrekbeperking bij winstdrainage geweest. Met het codificeren van een te hanteren percentage wordt duidelijkheid en rechtszekerheid gecreëerd, doordat belastingplichtigen weten met welk percentage de vergelijking wordt gemaakt bij het bepalen of sprake is van een beperking van de renteaftrek. Een naar mijn mening terechte kanttekening die hierbij wordt gemaakt is de mogelijkheid van het opzetten van constructies met als doel slechts belast te worden tegen een belastingtarief van 10% in een ander land, waarmee wordt voldaan aan de eis van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Hoewel, met het oog op het fiscale vestigingsklimaat en de rechtszekerheid voor belastingplichtigen, naar mijn mening het codificeren van een te hanteren percentage prefereert, kan ik mij desondanks vinden in de beperking die de wetgever hierbij vervolgens heeft ingevoerd. Om constructies met als doel slechts aan een heffing van 10% te zijn onderworpen te voorkomen, is namelijk aan de tegenbewijsregel toegevoegd dat de inspecteur, in het geval dat sprake is van een heffing van minimaal 10% over de renteopbrengst, de mogelijkheid heeft om aannemelijk te maken dat niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling.¹⁷⁴ In lijn met de NOB ben ik wel van mening dat hiermee verder wordt gegaan dan nodig, aangezien de inspecteur altijd de mogelijkheid heeft de discussie aan te gaan met de belastingplichtige, ook al wordt de renteopbrengst belast tegen een tarief dat een stuk hoger ligt dan 10%.¹⁷⁵

Bij het beoordelen van de compenserende heffing dient zowel rekening te worden gehouden met het tarief, de grondslag als eventuele andere elementen die van invloed kunnen zijn op de heffing. De effectieve belastingheffing is derhalve leidend. De beoordeling vindt blijkens art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 plaats bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite is verschuldigd, waardoor wordt voorkomen dat een zogenoemd doorgeefluik-constructie wordt gehanteerd waarbij het doorgeefluik in een hoog belast land is gevestigd.¹⁷⁶ Hiermee kan de situatie worden gecreëerd waarin ten onrechte wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets.

Art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 legt de bewijslast bij de belastingplichtige. Op het moment dat de belastingplichtige succesvol aannemelijk maakt dat sprake is van een

¹⁷³ Kamerstukken II, 2005-2006, 31206, nr. 3, p. 21.

¹⁷⁴ Kamerstukken II, 2007-2008, 31206, nr. 7, p. 8-12.

¹⁷⁵ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel om art. 10a Wet VpB 1969 te wijzigen, zoals opgenomen in de nota van wijziging van 1 november 2007 bij het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2008 (31206), p. 2.

¹⁷⁶ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 17-17.1.2.

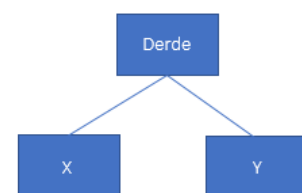
compenserende heffing, heeft de inspecteur desalniettemin de mogelijkheid aannemelijk te maken dat geen sprake is van in overwegende mate zakelijke overwegingen. Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat wel sprake is van een gedeeltelijke compenserende heffing over de rente, dan keurt de staatssecretaris in zijn Besluit van 25 maart 2013, BLKB2013/110M, onderdeel 4.3.1 goed dat de betaalde rente voor zover sprake is van een compenserende heffing in aftrek mag worden gebracht. De voorwaarden voor deze goedkeuring zijn blijkens hetzelfde onderdeel dat jaarlijks moet worden aangetoond dat de belasting daadwerkelijk is betaald en dat tevens geen afbreuk wordt gedaan aan de heffing door belastingverdragen of andere regelingen ter voorkoming van dubbele belasting.

3.4.3 Verbonden lichamen en verbonden natuurlijke persoon

3.4.3.1 Verbonden lichaam

Art. 10a, vierde lid geeft aan wanneer sprake is van een verbonden lichaam. De reden dat de renteaftrekbeperking bij winstdrainage is beperkt tot verbonden partijen is dat over het algemeen tussen partijen die niet met elkaar zijn verbonden niet onzakelijk wordt gehandeld.¹⁷⁷ Een lichaam is op basis van art. 10a, vierde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 met de belastingplichtige verbonden indien de belastingplichtige in dat lichaam voor minimaal een derde gedeelte een belang heeft. De tweede situatie, onderdeel b, is het spiegelbeeld van de eerste situatie en geeft aan dat een lichaam met de belastingplichtige is verbonden indien dat lichaam voor minimaal een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige.

Ook is een lichaam (Y) met de belastingplichtige (X) verbonden als een derde partij voor minimaal een derde gedeelte een belang heeft in dat lichaam (Y) en tevens voor minimaal een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige zelf (X) (onderdeel c). Er is dus sprake van een gemeenschappelijke aandeelhouder. Zie de figuur hiernaast.



In deze eerste drie situaties dient steeds sprake te zijn van ten minste een derde belang. De reden is dat de renteaftrekbeperking ziet op geldleningen aan grootaandeelhouders, die worden gekenmerkt door een belang van minstens een derde, aangezien bij aandeelhouders met een klein belang vaak zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.¹⁷⁸ Door de term

¹⁷⁷ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 19.

¹⁷⁸ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 18.

‘belang’ te hanteren, bereikt de wetgever dat de renteaftrekbepanking niet alleen van toepassing is op vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal.¹⁷⁹

De laatste situatie waarin sprake is van verbondenheid is blijkens art. 10a, vierde lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 wanneer een lichaam met de belastingplichtige deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid. Deze laatste situatie is mijns inziens ook heel logisch. Beide partijen behoren namelijk tot dezelfde groep en zijn daarmee naar mijn mening per definitie verbonden lichamen.

De HR heeft op 8 april 2011, nr. 10/00651, BNB 2011/156, in r.o. 3.3.1 geoordeeld dat een financieel belang van voldoende omvang genoeg is om te spreken over verbondenheid. Er is dus niet tevens een derde van de zeggenschap vereist. Op basis van onderdeel 5.1 van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, BLKB2013/110M is in eerste instantie het aandeel in het gestorte kapitaal doorslaggevend bij het bepalen van een derde gedeelte belang. Daarna is het aandeel in het geplaatste kapitaal van belang, oftewel het zeggenschapsbelang. Dit geldt ook voor de hierna te bespreken verbonden natuurlijke persoon. Naar mijn mening is het opmerkelijk dat geen reden wordt gegeven voor deze rangorde. Blijkbaar is de staatssecretaris van mening dat sneller sprake is van verbondenheid op basis van financieel belang dan op basis van zeggenschap, wat mijns inziens echter niet valt af te leiden uit hierboven genoemd arrest. De HR stelt enkel dat om te spreken over verbondenheid een derde gedeelte financieel belang voldoende is en oordeelt niet over de vraag of een eventueel derde zeggenschapsbelang voldoende is. Ten slotte moet zowel met een direct als een indirect belang rekening worden gehouden.¹⁸⁰

3.4.3.2 Verbonden natuurlijk persoon

Art. 10a, vijfde lid, Wet VpB 1969 geeft zowel een normale als een ruimere definitie van een verbonden natuurlijk persoon. Deze ruimere definitie geldt voor toepassing van artikel 13b en 13ba Wet VpB 1969 en wordt in deze scriptie niet nader besproken. De definitie voor toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 is dat een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon wordt aangemerkt, een natuurlijk persoon die minstens voor een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden lichaam (art.

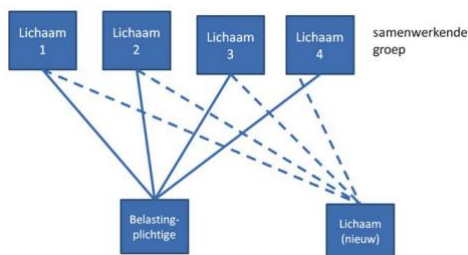
¹⁷⁹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5, p. 35.

¹⁸⁰ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 19.2.3.

10a, vijfde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969). Voor het bepalen van het belang wordt verwezen naar de vorige sub-paragraaf.

3.4.3.3 Uitbreiding definitie verbonden lichaam

Met het Belastingplan 2017¹⁸¹ is de samenwerkende groep geïntroduceerd waarmee de definitie van een verbonden lichaam is verruimd. Art. 10a, zesde lid, Wet VpB 1969 merkt als een met de belastingplichtige verbonden lichaam aan *‘een lichaam dat een belang heeft in de belastingplichtige en dat samen met een of meer andere lichamen die met dat lichaam een samenwerkende groep vormen voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige’*. Het zesde lid vervolgt met *‘Als een met een belastingplichtige verbonden lichaam wordt (...) mede aangemerkt een lichaam waarin de lichamen die deel uitmaken van de samenwerkende groep, bedoeld in de eerste volzin, gezamenlijk voor ten minste een derde gedeelte belang hebben’*.



In de figuur links¹⁸² wordt het tweede gedeelte van het zesde lid weergegeven. Lichaam (nieuw) wordt als een met de belastingplichtige verbonden lichaam gezien indien de vier lichamen worden aangemerkt als samenwerkende groep en minstens een derde gedeelte

belang hebben in zowel de belastingplichtige als in lichaam (nieuw).

De renteaftrekbepanking bij winstdrainage is uitgebreid met de ‘samenwerkende groep’ doordat op die manier wettelijk is vastgelegd dat daarmee ook wordt voldaan aan het verbondenheidsvereiste en daarmee grondslaguitholling die wordt veroorzaakt door dergelijke structuren beter kan worden bestreden. Het begrip ‘samenwerkende groep’ is een kernelement van deze bepaling. Het is dan ook opmerkelijk dat dit begrip niet wordt gedefinieerd in de wet. Wel zijn enkele voorbeelden gegeven van een samenwerkende groep, zoals een gecoördineerde investering die ertoe leidt dat in totaal minstens een derde belang ontstaat, maar waarbij tussen de investerende partijen geen sprake is van formele verbondenheid. Uit de internetconsultatie die is gehouden met betrekking tot de wijzigingen in art. 10a en art. 15ad Wet VpB 1969 is naar voren gekomen dat er meer behoefte bestaat aan een invulling van een ‘samenwerkende groep’. De staatssecretaris geeft als reactie hierop dat de definitie afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het individuele geval.¹⁸³ In lijn met

¹⁸¹ Stb. 2016, 544.

¹⁸² Ontleend aan Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 58.

¹⁸³ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 29-30.

Brandsma¹⁸⁴ ben ik van mening dat dit een onbevredigend antwoord is en creëert de staatssecretaris hiermee een te ruime invullingsmogelijkheid. Zeker nu het begrip duidelijkheid moet geven over hoe het begrip ‘belang’ moet worden ingevuld van art. 10a, vierde lid, Wet VpB 1969¹⁸⁵, is deze wijze van implementatie onlogisch. De reden hiervoor is volgens de staatssecretaris dat een specifiekere invulling van het begrip de mogelijkheid creëert dat belastingplichtigen om de criteria heen gaan structureren. In zijn ogen is rechtsonzekerheid daaraan ondergeschikt.¹⁸⁶ De staatssecretaris geeft mijns inziens vervolgens terecht bepaalde criteria die van belang zijn bij de vaststelling of sprake is van een samenwerkende groep. Zo dient per investering te worden beoordeeld of hiervan sprake is. Dit is mijns inziens ook terecht gezien het eerste lid waar de beoordeling ook per schuld plaatsvindt. Een ander criterium is dat de materiële zeggenschap over de investering en het belang dat gezamenlijk wordt gehouden in de overgenomen vennootschap bij een coördinerende partij ligt, waarbij alle aandeelhouders in ongeveer gelijke mate eigen vermogen en leningen verschaffen onder gelijke voorwaarden.¹⁸⁷

Ten slotte wordt in art. 10a, zevende lid, Wet VpB 1969 gesteld dat indien een lichaam volgens het vierde of zesde lid als verbonden wordt aangemerkt met de belastingplichtige en de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid, het lichaam ook met de overige lichamen van de fiscale eenheid als verbonden wordt aangemerkt.

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzoek gedaan naar een antwoord op de volgende deelvraag:

Wat is de achtergrond van art. 10a Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?

Voor 1997 vond winstdrainage plaats binnen concerns door het creëren van schuldverhoudingen tussen verschillende concernonderdelen met als doel de rentebaten te verplaatsen naar onderdelen die waren vrijgesteld van belastingheffing, nog te verrekenen verliezen hadden staan of waren gevestigd in een land met een laag belastingtarief. De rentelasten werden tegen een hoog belastingtarief afgetrokken bij het in Nederland gevestigde concernonderdeel.¹⁸⁸ Deze in de ogen van de wetgever ongewenste situatie werd voor de invoering van art. 10a Wet VpB 1969 bestreden met *fraus legis*.¹⁸⁹ De wetgever achtte dit

¹⁸⁴ R. Brandsma, ‘Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt’, WFR 2017/28.

¹⁸⁵ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 55.

¹⁸⁶ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 30.

¹⁸⁷ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 56-57.

¹⁸⁸ J.N. Bouwman en M.J. Boer, ‘Wegwijs in de Vennootschapsbelasting’, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.1.

¹⁸⁹ R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-afrekbare rente, paragraaf 1.

middel niet voldoende om de winstdrainage te bestrijden, met name na het Plc-arrest.¹⁹⁰ Met het Plc-arrest is duidelijk geworden dat tevens een buitenlandse heffing als redelijk kan worden beschouwd, ook indien deze niet tot een daadwerkelijke betaling van de belasting leidt doordat bijvoorbeeld sprake is van de mogelijkheid tot verrekening van de belasting. Om constructies die hierop inspelen te voorkomen is art. 10a Wet VpB 1969 ingevoerd.¹⁹¹

De strekking van art. 10a Wet VpB 1969 is het weigeren van aftrek van rentebetalingen die verband houden met het schuldig erkennen van dividend, de teruggaaf van gestort kapitaal, een kapitaalstorting binnen het concern of een acquisitie waarbij het lichaam waarin het belang is verkregen na de acquisitie een verbonden lichaam is. De reden die bij de invoering werd gegeven, is dat in die gevallen sprake is van een papieren transactie waarmee wordt aangegeven dat dit slechts op papier zodanig wordt vormgegeven om aanspraak te kunnen maken op renteaftrek zonder een daar tegenover staande normale belastingheffing.

Uit de aanhef van art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 blijkt dat het niet alleen gaat om rente, maar ook kosten en valutaresultaten ter zake van schulden kunnen van aftrek worden uitgesloten. Het dient te gaan om schulden die rechtens dan wel in feite direct of indirect zijn verschuldigd, waaruit kan worden afgeleid dat naast de formele vormgeving tevens de materiële vormgeving van belang is. Ook moet sprake zijn van verschuldigdheid van de rente, kosten of valutaresultaten aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon.

De rente komt alleen dan niet in aftrek *voor zover de schuld* rechtens dan wel in feite direct of indirect *verband houdt met een van de rechtshandelingen* zoals genoemd in de onderdelen a tot en met c van art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969. Of sprake is van een verband wordt beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. De lening kan ook zijn aangegaan nadat de rechtshandeling al is verricht.¹⁹²

Een belastingplichtige heeft twee tegenbewijsmogelijkheden als een besmette rechtshandeling is geconstateerd. De dubbele zakelijkheidstoets houdt in dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken dat zowel aan de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969). Bij de beoordeling wordt de motivatie van alle betrokkenen meegenomen.¹⁹³ Een belastingplichtige heeft voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets als hij

¹⁹⁰ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 115.

¹⁹¹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 15.

¹⁹² Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3, p. 18.

¹⁹³ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 16.2.

kan aantonen dat de lening uiteindelijk extern is gefinancierd, mits sprake is van paralleliteit tussen de lening van het verbonden lichaam en de externe financiering. De compenserende heffingstoets houdt in dat de belastingplichtige aannemelijk dient te maken dat over *'de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is'*. Er mag geen sprake zijn van enige mogelijkheid tot verrekening van verliezen of andersoortige aanspraken waardoor per saldo geen heffing naar redelijke maatstaven is verschuldigd (art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969). Het dient te gaan om een heffing naar een tarief van minstens 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Het gaat enkel over de heffing over de rente.¹⁹⁴ Bij het beoordelen van de compenserende heffing dient zowel rekening te worden gehouden met het tarief, de grondslag als met eventuele andere elementen die van invloed kunnen zijn op de heffing. De effectieve belastingheffing is derhalve leidend.¹⁹⁵

¹⁹⁴ J.A.G. van der Geld, *'Hoofdzaken vennootschapsbelasting'*, Deventer, 2015, p. 143-144.

¹⁹⁵ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 17.

Hoofdstuk 4 – De renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente

4.1 Inleiding

De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat luidt:

Wat is de achtergrond van art. 131 Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?

In het vorige hoofdstuk is de eerste met de earnings-strippingregeling te vergelijken nationale renteaftrekbeperking, art. 10a Wet VpB 1969, besproken. Naast art. 10a Wet VpB 1969 wordt in het vijfde hoofdstuk de vergelijking gemaakt met art. 131 Wet VpB 1969. In dit hoofdstuk staat deze regeling centraal en wordt de basis gelegd voor de uiteindelijke vergelijking.

Art. 131 Wet VpB 1969 bevat een renteaftrekbeperking die ziet op de situatie dat een deelneming met te veel vreemd vermogen is gefinancierd. De hoogte van de renteaftrekbeperking wordt bepaald aan de hand van de mathematische methode. Door deze methode wordt niet aangesloten bij de daadwerkelijk verschuldigde rente en kosten ter zake van de geldleningen die zijn gebruikt voor het financieren van de deelneming.¹⁹⁶ De renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente is een reactie van de wetgever op het zogenoemde Bosal-gat dat ontstond naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ in het arrest van 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344 (hierna: Bosal-arrest). In het Bosal-arrest werd namelijk geoordeeld dat het Nederland niet was toegestaan enkel de aftrek van kosten met betrekking tot buitenlandse deelnemingen te beperken, terwijl een dergelijke beperking voor binnenlandse deelnemingen niet bestond. Door deze uitspraak ontstond de situatie waarin Nederland alle kosten in aftrek moest toestaan ten aanzien van zowel binnen- als buitenlandse deelnemingen. De reparatiewetgeving naar aanleiding van dit arrest door middel van art. 10d Wet VpB 1969 (oud) en art. 20, vierde tot en met zesde lid, Wet VpB 1969 bleek echter niet voldoende. Als gevolg daarvan is op 1 januari 2013 art. 10d Wet VpB 1969 (oud) vervangen door art. 131 Wet VpB 1969.¹⁹⁷ In de volgende paragraaf wordt hier nader op ingegaan. In paragraaf 4.3 worden doel en strekking van deze bepaling behandeld, waarna in de daaropvolgende paragraaf wordt beoordeeld hoe art. 131 Wet VpB 1969 werkt en of deze werking in overeenstemming is met doel en strekking van deze bepaling.

¹⁹⁶ H.P.A.M. van Arendonk, *Wegwijs in de belastingheffing van ondernemingen*, Den Haag, 2015, paragraaf 7.5.7.1.

¹⁹⁷ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, 2015, p. 146-147.

4.2 Totstandkoming renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente

4.2.1 Het Bosal-gat

Het Bosal-arrest was de aanleiding voor de uiteindelijke invoering van art. 13l Wet VpB 1969. In dit arrest gaat het, kort gezegd, om een in Nederland gevestigde belanghebbende die is aan te merken als een houdster- en financieringsmaatschappij. Belanghebbende heeft in enig jaar kosten gemaakt die verband houden met het financieren van haar deelnemingen die waren gevestigd in andere EU-lidstaten (r.o. 9). Het op dat moment geldende art. 13l Wet VpB 1969 bepaalde dat de door belanghebbende gemaakte kosten ten aanzien van de door haar gehouden deelnemingen, niet aftrekbaar waren doordat deze kosten niet middellijk dienstbaar waren aan het behalen van winst die belastbaar was in Nederland (r.o. 8). De Nederlandse regering bracht blijkens r.o. 20 onder andere als rechtvaardiging aan dat deze aftrekbeperking als doel had de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag te voorkomen die verder gaat dan enkel een vermindering van de belastinginkomsten. Het HvJ achtte deze rechtvaardiging onjuist. Het HvJ oordeelde namelijk in r.o. 42 dat de aangedragen rechtvaardiging in wezen niet verschilt van de rechtvaardiging met betrekking tot het gevaar van de vermindering van belastinginkomsten. Deze rechtvaardiging is geen dwingende reden van algemeen belang en kan derhalve niet als rechtvaardigingsgrond worden ingeroepen van een beperking van de vrijheid van vestiging. Nederland mocht niet alleen de aftrek van kosten voor buitenlandse deelnemingen beperken. Nederland moest dus ook voor deze buitenlandse deelnemingen kosten in aftrek toestaan. De voordelen werden echter onbelast genoten vanwege de deelnemingsvrijstelling. Hierdoor ontstond het Bosal-gat. Ter reparatie van dit Bosal-gat werd zowel art. 10d Wet VpB 1969 (oud) als art. 20, vierde tot en met het zesde lid, Wet VpB 1969 ingevoerd.¹⁹⁸ Doordat deze reparatie echter niet voldoende bleek, doordat art. 10d Wet VpB 1969 relatief eenvoudig kon worden omzeild door niet tot dezelfde groep te behoren of door het aangaan van een fiscale eenheid waarmee niet meer van een groep wordt gesproken, is de regering uiteindelijk door middel van de motie Bashir/Van Vliet verzocht met het Belastingplan 2012 maatregelen te nemen om het Bosal-gat te dichten.¹⁹⁹

4.2.2 De weg naar art. 13l Wet VpB 1969

Voordat de regering werd verzocht het Bosal-gat te dichten was al in juni 2009 sprake van een consultatiedocument met daarin een conceptversie van een bepaling inzake renteaftrek en de

¹⁹⁸ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 146.

¹⁹⁹ Kamerstukken II, 2010-2011, 32800, nr. 17.

deelnemingsvrijstelling. In dit consultatiedocument werd tevens een earnings-strippingregeling als variant opgenomen. Ten aanzien van de eerste variant, de specifieke renteaftrekbeperking vergelijkbaar met het huidige art. 131 Wet VpB 1969, is gekozen voor een rekenregel waarmee toerekening plaatsvindt van de geldleningen aan de deelnemingen. De reden dat is gekozen voor een rekenregel is dat het niet gemakkelijk is te constateren waar een lening voor is gebruikt. Bij deze variant wordt ervan uitgegaan dat deelnemingen voornamelijk met eigen vermogen worden gefinancierd. Als tweede variant wordt een earnings-strippingregeling voorgesteld die is gebaseerd op de earnings-strippingregeling in Duitsland (zie paragraaf 2.5). Hierbij wordt aangegeven dat, vanwege het feit dat de renteaftrek is gekoppeld aan de fiscale winst, wordt bereikt dat alleen als de kosten samenhangen met opbrengsten die geen deel uitmaken van de belastinggrondslag, grondslaguitholling kan plaatsvinden.²⁰⁰ Hiermee wordt naar mijn mening het Bosal-gat sterk verminderd. De staatssecretaris geeft in zijn brief van 5 december 2009 aan om helemaal geen aftrekbeperking inzake deelnemingsrente of earnings-strippingregeling voor te stellen. De reden hiervoor is de mogelijke negatieve invloed van het EU-recht. De staatssecretaris had de voorkeur hiermee te wachten in verband met het verzoek aan de Studiecommissie Belastingstelsel om een fundamentele aanpassing te onderzoeken met als doel een betere vennootschapsbelastingdrukverdeling te creëren.²⁰¹

Uiteindelijk is op 17 juni 2011 een rapport verschenen van het Topteam Hoofdkantoren waarin een algemene renteaftrek voor deelnemingsrente werd aanbevolen. Hiermee zou een stabiel en aantrekkelijk vestigingsklimaat behouden blijven. Wel werd aanbevolen dat het mogelijk is de aftrek te beperken in gevallen van onbedoeld gebruik, waarbij de renteaftrek de vorm van misbruik heeft gekregen.²⁰²

Na de genoemde motie van Bashir/Van Vliet is met het voorstel van Wet uitwerking fiscale maatregelen begrotingsakkoord 2013 op 4 juni 2012 voorgesteld per 1 januari 2013 art. 131 Wet VpB 1969 in te voeren. Het voorstel is vervolgens op 10 juli 2012 door de Eerste Kamer akkoord bevonden. In lijn met Wolvers²⁰³ ben ik van mening dat het tempo waarmee de Wet uitwerking fiscale maatregelen begrotingsakkoord 2013 is aangenomen merkwaardig is, zeker nu art. 131 Wet VpB 1969 pas per 1 januari 2013 toepassing vond. De staatssecretaris geeft als redenen voor de snelle invoering dat de renteaftrekbeperking enkel een kleine groep

²⁰⁰ Kamerstukken II, 2008-2009, 31369, nr. 6, p. 2-7.

²⁰¹ Kamerstukken II, 2009-2010, 31369, nr. 9, p. 2-3. De eventuele strijdigheid met het EU-recht zag vooral op de combinatie tussen de renteaftrekbeperking en de fiscale eenheid. Hier wordt verder geen aandacht aan besteed.

²⁰² Kamerstukken II, 2010-2011, 32637, nr. 14, p. 2.

²⁰³ S. Wolvers, 'Art. 131 Wet VpB 1969; onnodig haastwerk', NTFR 2012/1867.

belastingplichtigen raakt, de problematiek al een lange historie heeft en het geven van spoedige rechtszekerheid.²⁰⁴ Mijns inziens is de reden dat de problematiek al een lange historie heeft een zwak argument, aangezien dit niet rechtvaardigt de regeling binnen vijf weken in te voeren. Het zou naar mijn mening juist een langere tijd nodig moeten hebben als blijkt dat de problematiek al lange tijd speelt. Er moet dan juist goed over worden nagedacht en de consequenties moeten helder zijn. Dit is naar mijn mening niet binnen vijf weken te realiseren.²⁰⁵ Ook het feit dat de regeling maar een kleine groep belastingplichtigen zal raken is naar mijn mening geen rechtvaardiging voor het tempo waarmee art. 131 Wet VpB 1969 is doorgevoerd. Het gaat mijns inziens namelijk om de mate van ingewikkeldheid van een bepaling die bepaalt in welke mate hieraan aandacht moet worden besteed en niet de hoeveelheid belastingplichtigen die uiteindelijk te maken kunnen krijgen met de regeling. De rechtszekerheid ten slotte kan wel als een rechtvaardiging gelden voor het sneller invoeren van een regeling.

4.3 Doel en strekking

De renteaftrekbepanking bij bovenmatige deelnemingsrente is gebaseerd op de gedachte dat het niet gewenst is renteaftrek toe te staan indien deze rente samenhangt met onbelaste voordelen uit de deelneming. Het doel van art. 131 Wet VpB 1969 is het dichten van het Bosal-gat door de aftrek te beperken indien sprake is van bovenmatige en onwenselijke financiering van deelnemingen.²⁰⁶ In lijn met Marres²⁰⁷ ben ik van mening dat dit doel niet volledig is behaald. Art. 131 Wet VpB 1969 beperkt namelijk niet alle deelnemingsrente in aftrek, zoals wordt voorgesteld in de motie Bashir/Van Vliet. Dit wordt veroorzaakt door de uitzonderingen op de hoofdregel, zoals een, mijns inziens terechte, drempel van € 750.000 om het MKB te ontzien en een regeling voor de uitbreiding van operationele activiteiten. Met deze uitzonderingen wordt het dus mogelijk deelnemingsrente in aftrek te brengen, waardoor het Bosal-gat niet volledig wordt gedicht.²⁰⁸ Het is naar mijn mening echter wenselijk om enkele uitzonderingen zoals opgenomen in art. 131 Wet VpB 1969 te hanteren, vanwege het hierboven genoemde ontzien van het MKB en met het oog op het vestigingsklimaat.²⁰⁹ Voor het niet volgen van de motie Bashir/Van Vliet in de zin van het beperken van de renteaftrek als sprake is van een deelneming in een buitenlandse dochtermaatschappij, wordt als reden

²⁰⁴ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 4, p. 13-14 en Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7, p. 2.

²⁰⁵ Zie in gelijke zin J. Vleggeert, 'Bovenmatige deelnemingsrente', NTFR 2012/1416.

²⁰⁶ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

²⁰⁷ O.C.R. Marres, 'Deelnemingsrente', WFR 2012/1426, onderdeel 2.

²⁰⁸ J. Vleggeert, 'Bovenmatige deelnemingsrente', NTFR 2012/1416.

²⁰⁹ Voor een bespreking van de specifieke uitzonderingen wordt verwezen naar paragraaf 4.4.

gegeven dat dit niet mogelijk is vanwege de strijdigheid met het Bosal-arrest. Dit is ook de reden dat in art. 131 Wet VpB 1969 geen onderscheid wordt gemaakt tussen deelnemingen in binnenlandse en buitenlandse dochtermaatschappijen.²¹⁰

Naast het tegemoet komen aan de motie Bashir/Van Vliet is het doel van art. 131 Wet VpB 1969 het weer gezond maken van de overheidsfinanciën. De beoogde opbrengst op het moment van invoeren werd geschat op € 150 miljoen. Ook wordt rekening gehouden met het ondernemings- en vestigingsklimaat. Hierbij wordt aangesloten bij het al eerder genoemde uitgangspunt dat de ondernemer in beginsel vrij is in de keuze van financiering van de onderneming. Enkel indien dit op een zodanige wijze plaatsvindt dat op een onbedoelde manier gebruik wordt gemaakt in de vorm van misbruik, wordt de rente in aftrek beperkt. Met betrekking tot het Nederlandse vestigingsklimaat is het van belang het internationaal actieve bedrijfsleven fiscaal niet te veel te beperken met het uitbreiden op buitenlandse markten. Er wordt daarbij terecht opgemerkt dat een onbeperkte deelnemingsrenteaftrek niet kan blijven voortbestaan gezien het bovenmatige gebruik daarvan.²¹¹

Om te bereiken dat het ondernemings- en vestigingsklimaat zo min mogelijk nadelig wordt beïnvloed, is het vijfde lid toegevoegd aan art. 131 Wet VpB 1969. Hierin wordt bepaald dat de verkrijgingsprijs bij uitbreidingsinvesteringen niet wordt meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de deelnemingsschuld. Gevolg hiervan is dat de financieringslasten die hiermee samenhangen aftrekbaar zijn. Op deze bepaling geldt wel weer een uitzondering indien sprake is van een foute uitbreiding van de operationele activiteiten zoals bepaald in art. 131, zesde lid, Wet VpB 1969. Voor een nadere beschouwing wordt verwezen naar paragraaf 4.4.2. Om ten slotte te bereiken dat de regeling eenvoudig en uitvoerbaar blijft, is gekozen voor een mathematische toerekening van de schulden aan deelnemingen en voor een drempel van thans € 750.000 waarmee bedrijven met een excessieve deelnemingsrente onder deze drempel niet onder de regeling vallen en er een kleine groep belastingplichtigen resteert.²¹²

Vooraf bij het doel de regeling zo eenvoudig en uitvoerbaar mogelijk te maken, heb ik mijn bedenkingen. Ik kan mij vinden in de drempel en de gekozen mathematische toerekening, aangezien deze bepalingen mijns inziens zeker bijdragen aan de uitvoerbaarheid van de regeling. Dit wordt echter deels weer teniet gedaan door vervolgens een uitzondering op te nemen voor uitbreidingsinvesteringen. Deze uitzondering is naar mijn mening nog te

²¹⁰ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

²¹¹ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

²¹² O.C.R. Marres, 'Deelnemingsrente', WFR 2012/1426, onderdeel 3.

begrijpen en terecht met het oog op het Nederlandse vestigingsklimaat. Door echter op deze uitzondering wederom een uitzondering te maken met art. 13l, zesde lid, Wet VpB 1969 wordt de regeling complex en onoverzichtelijk.²¹³ Ook bij deze uitzondering ben ik, in lijn met Wolvers²¹⁴ en Redactie Vakstudie Nieuws²¹⁵, van mening dat dit noodzakelijk kan zijn om misbruikgevallen tegen te gaan. Door deze vormgeving, waarbij de overige leden uit de regeling nog niet eens zijn genoemd, wordt mijns inziens echter wel een inbreuk gemaakt op de beoogde eenvoud en uitvoerbaarheid van de regeling.

4.4 Werking van de renteaftrekbepanking bij bovenmatige deelnemingsrente

4.4.1 Bovenmatige deelnemingsrente

4.4.1.1 Renten en kosten

Blijkens art. 13l, eerste lid, Wet VpB 1969 komt het *'bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen dat geacht wordt verband te houden met de financiering van deelnemingen (bovenmatige deelnemingsrente), voor zover het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente € 750.000 te boven gaat'* niet in aftrek van de winst die in dat jaar is genoten. Uit de bewoordingen van deze bepaling is op te maken dat geen sprake hoeft te zijn van een aantoonbaar verband tussen het bedrag aan renten en kosten en de financiering van deelnemingen, maar dat al voldoende is dat een verband wordt geacht aanwezig te zijn. Aan de hand van de mathematische methode wordt bepaald wanneer dit verband wordt geacht aanwezig te zijn, zoals wordt beschreven in art. 13l, tweede lid, Wet VpB 1969. Bij de renteaftrekbepanking bij winstdrainage, zoals besproken in het vorige hoofdstuk, wordt daarentegen de historische methode gehanteerd.²¹⁶ Bij de historische methode wordt mijns inziens meer recht gedaan aan de specifieke omstandigheden van het geval. Hier staat wel tegenover dat moet worden onderzocht waarvoor de leningen zijn aangewend, waarmee de historische methode in dat opzicht ingewikkelder is dan de mathematische methode.²¹⁷ In paragraaf 4.3 is reeds aangegeven dat de drempel van € 750.000 is ingevoerd ter verlichting van de administratieve lasten doordat daardoor een kleine groep belastingplichtigen onder de regeling valt en het mkb wordt ontzien.²¹⁸ Art. 10a Wet VpB 1969 bevat een dergelijke drempel niet.

²¹³ J. Vleggeert, 'Bovenmatige deelnemingsrente', NTFR 2012/1416.

²¹⁴ S. Wolvers, 'Art. 13l Wet VPB 1969; onnodig haastwerk', NTFR 2012/1867.

²¹⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Memorie van toelichting Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013', V-N 2012/30.3.

²¹⁶ Q.W.J.C.H. Kok, 'Renteaftrek bij acquisities', Ondernemingsrecht 2014/48, onderdeel 4.2.

²¹⁷ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Memorie van toelichting Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013', V-N 2012/30.3.

²¹⁸ O.C.R. Marres, 'Deelnemingsrente', WFR 2012/1426, onderdeel 3.

Wat onder renten en kosten moet worden verstaan wordt niet duidelijk op basis van art. 131 Wet VpB 1969. Het achtste lid van deze bepaling geeft mijns inziens valse hoop door te spreken over *definities* en vervolgens in onderdeel c enkel te spreken over *'worden onder renten en kosten (...) mede begrepen'*. Er wordt dus geen definitie, maar enkel een uitbreiding gegeven van wat mede onder renten en kosten dient te worden verstaan. Desalniettemin blijkt uit de parlementaire behandeling dat met name onder renten en kosten de rente op de geldlening wordt verstaan, waarbij tevens afsluitkosten, juridische kosten en dergelijke ten aanzien van de geldlening van belang zijn.²¹⁹ Geconcludeerd kan worden dat hiermee wordt aangesloten bij het civielrechtelijke begrip. Dit is in lijn met de fiscale benadering die in beginsel de civiele benadering volgt.²²⁰

4.4.1.2 Valutaresultaten

Een verschil met art. 10a Wet VpB 1969 is het al dan niet meenemen van het valutaresultaat dat wordt behaald met de hoofdsom. Dit wordt namelijk volgens art. 131, achtste lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 enkel meegenomen indien het valutaresultaat niet is behaald op de hoofdsom, maar op de rente. In lijn met Marres²²¹ ben ik van mening dat het vanuit een wetssystematische interpretatie logisch is dat een valutaresultaat dat is behaald op de hoofdsom niet onder art. 131 Wet VpB 1969 valt. In beginsel vormen valutakoerswijzigingen namelijk mutaties in de waarde van de hoofdsom die niet worden aangemerkt als een vergoeding, zoals rente, op de hoofdsom. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken door, zoals in art. 10a Wet VpB 1969, expliciet op te nemen in de wettekst dat onder rente ook valutaresultaten worden begrepen en dus ook valutaresultaten op de hoofdsom. Er is namelijk sprake van een wisselwerking tussen de hoogte van de rente en kracht van de valuta.²²² Met Bruijsten²²³ ben ik van mening dat een dergelijke wisselwerking niet is terug te zien in de behandeling van valutaresultaten onder art. 131 Wet VpB 1969.

4.4.1.3 Geldleningen

Blijkens art. 131, achtste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 dient onder geldlening te worden verstaan *'een schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of uit een daarmee vergelijkbare overeenkomst, waarbij zonder toepassing van dit artikel rente in aanmerking*

²¹⁹ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 39.

²²⁰ S.I. Hoogenberg, *'Fiscale herkwalificatie van leningen en kapitaal'*, Vennootschap & Onderneming, aflevering 9, 2012.

²²¹ O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente'*, WFR 2012/1426, onderdeel 5.2.1.

²²² O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente'*, WFR 2012/1426, onderdeel 5.2.1 en in gelijke zin J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, *'Bovenmatige deelnemingsrente'*, MBB 2012/12, onderdeel 2.1.4.

²²³ C. Bruijsten, *'Valutaresultaten in de winstsfeer'*, TFO 2016/145.1, onderdeel 8.5.

wordt genomen bij het bepalen van de winst'. Het dient met andere woorden te gaan om civielrechtelijke leningen en in economische zin gelijke vormen. Blijkens de parlementaire toelichting kan hierbij worden gedacht aan financial lease. Verder wordt aangegeven dat zowel geldleningen van verbonden lichamen als van derden onder de reikwijdte van het begrip geldleningen vallen voor toepassing van art. 131 Wet VpB 1969. De reikwijdte van deze regeling is daarmee tevens ruimer in vergelijking met art. 10a Wet VpB 1969, dat enkel ziet op schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan verbonden partijen (art. 10a, aanhef eerste lid, Wet VpB 1969). Mijns inziens is dit niet geheel juist. Derden worden namelijk als onafhankelijke partij gezien, waar geen sprake zal zijn van onzakelijk handelen. Het zou naar mijn mening beter zijn indien de reikwijdte van art. 131 Wet VpB 1969 beperkt is tot geldleningen tussen verbonden lichamen. Met het oog op het doel van de bepaling, het bestrijden van bovenmatige deelnemingsrente, is deze benadering echter wel juist. Het zou daarbij namelijk niet moeten uitmaken of de geldlening intern of extern is ingeleend voor de financiering van de deelneming, aangezien met beide geldleningen bovenmatige financiering met vreemd vermogen kan plaatsvinden. Art. 131, achtste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 regelt tevens de samenloop met andere renteaftrekbepalingen in de Wet VpB 1969, doordat het stelt dat de rente zonder toepassing van art. 131 Wet VpB 1969 in aanmerking zou worden genomen. Indien de rente onder bijvoorbeeld de renteaftrekbepaling bij winstdrainage valt, is art. 131 Wet VpB 1969 niet van toepassing.²²⁴ Door dit laatste kan de merkwaardige situatie ontstaan waarin een belastingplichtige, nadat een besmette rechtshandeling ingevolge art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 is vastgesteld, ervoor kiest geen gebruik te maken van de tegenbewijsmogelijkheden. Dit kan namelijk gunstig zijn indien de rente die in aftrek wordt beperkt door art. 131 Wet VpB 1969 meer bedraagt dan de rente die in aftrek zou worden beperkt door art. 10a Wet VpB 1969. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de rentevoet op een schuld die kwalificeert onder art. 10a Wet VpB 1969 lager is dan de gemiddelde rentevoet op de overige geldleningen. Door geen gebruik te maken van de tegenbewijsmogelijkheden valt de rente onder art. 10a Wet VpB 1969 en wordt de renteaftrekbepaling op grond van art. 131 Wet VpB 1969 vermindert tegen de gemiddeld hogere rentevoet.²²⁵ Naar mijn mening is dit ook mogelijk voor een belastingplichtige, aangezien het niet verplicht is een beroep te doen op de tegenbewijsmogelijkheden indien sprake is van een besmette rechtshandeling.

²²⁴ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 38-39. De rente komt dan zonder toepassing van art. 131 Wet VpB 1969 geheel niet in aftrek. Indien de rente voor een deel wel in aftrek komt, kwalificeert de gehele geldlening voor toepassing van art. 131 Wet VpB 1969 (zie J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, onderdeel 2.1.2).

²²⁵ J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, onderdeel 2.1.2.

4.4.1.4 Deelnemingen

Art. 13l, achtste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 definieert een deelneming als een bezit waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is. Hiermee wordt niet alleen bedoeld op aandelenbelangen, maar bijvoorbeeld ook op opties en winstbewijzen.²²⁶ Ook een aflopende deelneming, zoals bepaald in art. 13, zestiende lid, Wet VpB 1969, en earn-out vorderingen op basis van art. 13, zesde lid, Wet VpB 1969 vallen onder art. 13l Wet VpB 1969. In lijn met Faber en Van Geilswijk²²⁷ ben ik van mening dat dit betekent dat een belastingplichtige na de verkoop van een deelneming nog te maken kan krijgen met art. 13l Wet VpB 1969. Het gaat mijns inziens verder dan nodig dat een belastingplichtige na de verkoop van een deelneming nog jaren onder de renteaftrekbeperking van art. 13l Wet VpB 1969 kan vallen.

4.4.1.5 Berekening bovenmatige deelnemingsrente

In art. 13l, tweede lid, Wet VpB 1969 wordt bepaald hoe de bovenmatige deelnemingsrente moet worden berekend. Om te bepalen wat de bovenmatige deelnemingsrente is, is de volgende formule van belang:

$$\text{Totale bedrag aan renten en kosten} \times \frac{\text{Gemiddelde deelnemingsschuld}}{\text{Gemiddelde bedrag aan geldleningen}}$$

Art. 13l, tweede lid, Wet VpB 1969 bepaalt verder dat de gemiddelde deelnemingsschuld wordt bepaald door de deelnemingsschuld aan het begin en aan het eind van het betreffende jaar te middelen. Hetzelfde geldt voor de bepaling van het bedrag aan geldleningen. Hierbij wordt nog opgemerkt dat tijdelijke mutaties rondom het begin, dan wel het eind van het jaar niet worden meegenomen indien deze met het oog op de toepassing van art. 13l Wet VpB 1969 hebben plaatsgevonden. De term ‘tijdelijke mutaties’ is mijns inziens terecht niet gedefinieerd, aangezien ik, in lijn met Keijzer²²⁸, van mening ben dat de tijdelijkheid afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval. Zo zijn grotere bedrijven beter in staat voor de peildatum de financiering naar andere onderdelen van het concern te schuiven dan kleinere bedrijven. Hiermee moet dan ook rekening worden gehouden. Een nadeel dat kleeft aan het niet invullen van het begrip zorgt wel voor rechtsonzekerheid, doordat niet duidelijk is met welke periode rekening moet worden gehouden.

Voordat de deelnemingsschuld aan het begin en aan het eind van het betreffende jaar kunnen worden gemiddeld, dient de hoogte hiervan te worden vastgesteld. Hiervoor zijn het derde,

²²⁶ J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, ‘Bovenmatige deelnemingsrente’, MBB 2012/12, onderdeel 2.2.2.

²²⁷ S.E. Faber en R.P. van Geilswijk, ‘De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente’, TFO 2013/128.1, onderdeel 2.3.2.

²²⁸ T.A. Keijzer, ‘Art. 13l Wet VPB 1969: nieuwe troef overheid in strijd tegen excessieve renteaftrek?’, Forfaitair 2013/236, onderdeel 5.

vierde en negende lid van art. 131 Wet VpB 1969 van belang. Het derde lid sluit aan bij de verkrijgingsprijs voor het bepalen van de hoogte van de deelnemingsschuld. Er is namelijk sprake van een deelnemingsschuld blijkens art. 131, derde lid, Wet VpB 1969 *‘voor zover het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen uitgaat boven het eigen vermogen’*. In beginsel is dit een simpele berekening. Hierna zal echter blijken dat een inbreuk wordt gemaakt op deze eenvoud. Allereerst gelden er nog twee maxima, namelijk het gezamenlijke bedrag van de geldleningen en het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen. De ratio van het eerste maximum is dat enkel de geldleningen besmet kunnen zijn. Hiermee wordt voorkomen dat de overige passiva ook als besmet worden aangemerkt. De ratio achter het tweede maximum is dat indien wel een hoger bedrag in aanmerking zou worden genomen dan de verkrijgingsprijs van de deelnemingen, hetgeen boven de verkrijgingsprijs uitkomt per definitie iets anders financiert dan de deelnemingen. Hierdoor wordt bij de berekening van de deelnemingsschuld het eigen vermogen op minimaal nihil gesteld.²²⁹ Nadat de deelnemingsschuld is vastgesteld, wordt dit verminderd met het bedrag aan schulden waarop art. 10a, eerste lid, of art. 10b Wet VpB 1969 van toepassing is tot ten hoogste nihil. Deze vermindering vindt enkel plaats voor zover de rechtshandelingen waarmee die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden de berekende deelnemingsschuld vergroten (art. 131, derde lid, Wet VpB 1969). Voor de zinssnede *‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’* wordt verwezen naar het vorige hoofdstuk.

Art. 131, vierde lid, Wet VpB 1969 is een corrigerende bepaling binnen de renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente en is noodzakelijk vanwege het gebruikte begrip *‘verkrijgingsprijs’* in het derde lid.²³⁰ De verkrijgingsprijs wordt in de volgende sub-paragraaf nader onderzocht. De correctie door middel van art. 131, vierde lid, Wet VpB 1969 is noodzakelijk indien de verkrijgingsprijs van de deelneming niet overeenkomt met de waarderingsmethode die de belastingplichtige hanteert ten aanzien van de deelnemingen. Op basis van het vierde lid wordt het verschil tussen de boekwaarde van de deelneming en de verkrijgingsprijs daarvan van het eigen vermogen van de belastingplichtige afgehaald voor de toepassing van art. 131 Wet VpB 1969.²³¹ Indien bijvoorbeeld de boekwaarde van de deelneming 50 is en de verkrijgingsprijs daarvan bedroeg 100, dan vindt een verhoging van het eigen vermogen plaats met 50 ($50 - 100 = -50$; eigen vermogen - (-50)

²²⁹ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 25. Zie ook O.C.R. Marres, *‘Deelnemingsrente’*, WFR 2012/1426, onderdeel 5.3.1.

²³⁰ Redactie Vakstudie Nieuws, *‘Memorie van toelichting Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013’*, V-N 2012/30.3.

²³¹ S.E. Faber en R.P. van Geilswijk, *‘De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente’*, TFO 2013/128.1, onderdeel 2.3.3.

= eigen vermogen + 50). Art. 13l, vierde lid, Wet VpB 1969 bepaalt verder dat wanneer een deelneming wordt gehouden in een tussenmaatschappij van een fiscale eenheid waar de belastingplichtige onderdeel van uitmaakt, dat bij het bepalen van de deelnemingsschuld de boekwaarde van het eigen vermogen wordt verminderd met de laagste van de bedragen vastgesteld volgens onderdeel a en b. Deze tweede volzin van art. 13l, vierde lid, Wet VpB 1969 wordt in deze scriptie verder niet besproken.²³²

4.4.1.6 Verkrijgingsprijs

Het begrip ‘verkrijgingsprijs’ speelt een belangrijke rol in de berekening van de bovenmatige deelnemingsrente. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de verkrijgingsprijs in ieder geval de tegenprestatie bij het verwerven of het uitbreiden van de deelneming betreft. Dit wordt vervolgens vermeerderd met de kosten die ten laste van de verkrijger van de deelneming zijn gekomen. Hierbij valt te denken aan na de verwerving gedane kapitaalstortingen en daarmee samenhangende te activeren kosten. Verder wordt opgemerkt dat de verkrijgingsprijs een dynamisch begrip is, wat betekent dat transacties in de kapitaalsfeer invloed hebben op de verkrijgingsprijs van de deelneming.²³³

Vanwege het belang van het begrip vind ik het, in lijn met de redactie van Vakstudie Nieuws²³⁴, opvallend dat dit begrip niet wettelijk wordt gedefinieerd in art. 13l Wet VpB 1969 en dat niet is aangesloten bij het begrip ‘opgeofferd bedrag’ zoals wordt gehanteerd in art. 13d Wet VpB 1969. De staatssecretaris geeft hiervoor als reden dat dit niet is gedaan om onduidelijkheid te voorkomen. Hoewel namelijk het opgeofferd bedrag en de verkrijgingsprijs niet veel van elkaar zullen verschillen, is het opgeofferd bedrag alleen relevant voor het bepalen van het liquidatieverlies voor toepassing van art. 13d Wet VpB 1969 en zijn enkele vermeerderingen en verminderingen op basis van die bepaling niet relevant voor het bepalen van de verkrijgingsprijs.²³⁵ Ik kan mij aansluiten bij deze verklaring van de staatssecretaris en ben ook van mening dat het voorkomen van verwarring en onterechte overlap een terechte rechtvaardiging is voor het hanteren van een ander begrip dan ‘opgeofferd bedrag’. Ook het begrip ‘boekwaarde’ had kunnen worden gebruikt. Door aansluiting te zoeken bij de boekwaarde van de deelneming was het toenmalige art. 13l, vierde lid, Wet VpB 1969 overbodig geweest, aangezien een af- of opwaardering van de deelneming zou worden

²³² Zie voor meer informatie B. Suvaal, ‘Art. 13l en de Wet aanpassing fiscale eenheid – over samenloop, dubbelstellingen, volzinnen en limieten’, WFR 2016/13.

²³³ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 24.

²³⁴ Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Memorie van toelichting Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013’, V-N 2012/30.3.

²³⁵ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7, p. 26.

gecorrigeerd door een even grote verlaging of verhoging van het eigen vermogen.²³⁶ De reden dat niet voor de boekwaarde is gekozen, is volgens de staatssecretaris de ongewenste situatie dat in dat geval het waarderingsstelsel van een belastingplichtige de omvang van de deelnemingsschuld kan beïnvloeden.²³⁷ Zoals hierboven blijkt, lijkt dit in eerste instantie niet het geval te zijn, aangezien een af- of opwaardering van de deelneming wordt gecorrigeerd door een even grote verlaging of verhoging van het eigen vermogen.

Voor een mogelijke verklaring voor aansluiting bij de verkrijgingsprijs moet worden gekeken naar de leden vijf en tien van art. 131 Wet VpB 1969. Art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 zondert de verkrijgingsprijs van een deelneming uit bij het bepalen van de deelnemingsschuld indien die deelneming verband houdt met de uitbreiding van operationele activiteiten. In de volgende paragraaf wordt art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 nader onderzocht. Hier wordt volstaan met de belangrijkste opmerkingen voor zover relevant voor de relatie met de keuze voor de verkrijgingsprijs. Voor het tiende lid wordt verwezen naar paragraaf 4.4.3.

Doordat de wetgever met art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 tegemoet heeft willen komen aan reële uitbreidingsinvesteringen, wordt de verkrijgingsprijs van de deelnemingen die een uitbreiding van de operationele activiteiten zijn niet meegenomen bij de bepaling van de deelnemingsschuld.²³⁸ Om dit te bewerkstelligen is het noodzakelijk kennis te hebben van de verkrijgingsprijs van de deelneming. Zou echter zijn gekozen voor het aansluiten bij de boekwaarde van de deelneming, dan is, indien de deelneming wordt aangemerkt als een uitbreiding van de operationele activiteiten en daarmee dus buiten de bepaling van de deelnemingsschuld valt, een correctie nodig. Er is in dat geval namelijk wel een effect op de deelnemingsschuld doordat het eigen vermogen bij een af- of opwaardering wijzigt, maar de boekwaarde van de deelneming, die dus buiten aanmerking wordt gelaten, niet verandert.²³⁹ Mijns inziens is dit, hoewel de regeling wel een stuk complexer wordt, een terechte redenering om te kiezen voor de verkrijgingsprijs in plaats van voor de boekwaarde van een deelneming. Wel had het begrip naar mijn mening wettelijk moeten worden gedefinieerd in art. 131 Wet VpB 1969, bijvoorbeeld bij de overige definities in het achtste lid, om daarmee meer duidelijkheid te creëren.

Ten slotte speelt de verkrijgingsprijs nog een rol bij de toepassing van het Besluit aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente van 16 januari 2013, Stb. 2013, 22. Art. 3 van

²³⁶ O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente'*, WFR 2012/1426, onderdeel 5.3.1.

²³⁷ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7, p. 26.

²³⁸ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 11.

²³⁹ O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)'*, WFR 2017/34, onderdeel 3.

dit Besluit legt namelijk de link tussen het kwalificerende deel van de verkrijgingsprijs van de aandelen dat van belang is voor de toepassing van art. 13l, vijfde lid, Wet VpB 1969. Art. 4 van het genoemde Besluit gaat in op de bepaling van de verkrijgingsprijs van de aandelen. Dit artikel is echter enkel van toepassing indien sprake is van een reorganisatie. Hetzelfde geldt voor art. 5 van het Besluit, waarbij sprake dient te zijn van een inbreng van vermogensbestanddelen tegen uitreiking van aandelen in het kader van een reorganisatie. Art. 6 van het Besluit ziet tenslotte op de vaststelling van de verkrijgingsprijs op het moment dat een fiscale eenheid wordt aangegaan.²⁴⁰ Het Besluit wordt in deze scriptie niet besproken vanwege de ontbrekende relevantie voor het beantwoorden van de probleemstelling.²⁴¹

4.4.2 'Goede' en 'foute' uitbreiding van de operationele activiteiten

4.4.2.1 Goede uitbreiding van de operationele activiteiten

Een uitzondering op de hoofdregel wordt gemaakt door art. 13l, vijfde lid, Wet VpB 1969. Dit lid bepaalt dat voor zover de verkrijgingsprijs van een deelneming ziet op de uitbreiding van operationele activiteiten van de groep, deze verkrijgingsprijs buiten aanmerking blijft. Voor toepassing van deze bepaling is wel vereist dat de investering op het moment van de uitbreiding zelf, dan wel in de daaraan voorafgaande of daaropvolgende periode van twaalf maanden, is verricht. Tevens moet deze investering zijn toe te rekenen aan de uitbreiding van de operationele activiteiten.²⁴² Zoals reeds aangegeven in paragraaf 4.3 is deze uitzondering gericht op het aantrekkelijk houden van het ondernemings- en het vestigingsklimaat ten aanzien van uitbreidingsinvesteringen.

De eerste curiositeit bij het bestuderen van deze bepaling, is het ontbreken van de definitie van 'operationele activiteiten', het kernelement van deze bepaling. Dit blijkt echter een bewuste keuze te zijn geweest, vanwege de diversiteit van in de praktijk voorkomende situaties. Door namelijk geen vaste definitie te hanteren wordt ruimte geboden in de diverse situaties te bepalen wanneer sprake is van operationele activiteiten.²⁴³ Hoewel dit mijns inziens recht doet aan de diverse praktijk, waarbij het bijvoorbeeld afhankelijk is van de specifieke sector of al dan niet sprake is van operationele activiteiten²⁴⁴, zorgt dit wel voor rechtsonzekerheid. Zeker vanwege het grote belang van de uitzondering bij de uitbreiding van

²⁴⁰ O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel II)'*, WFR 2017/39, onderdeel 2.

²⁴¹ Zie voor een bespreking van de verkrijgingsprijs in het genoemde Besluit O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel II)'*, WFR 2017/39.

²⁴² O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)'*, WFR 2017/34, onderdeel 5.1.

²⁴³ O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente'*, WFR 2012/1426, onderdeel 6.2.

²⁴⁴ Denk hierbij bijvoorbeeld aan de verzekeringssector, waarbij het houden van liquide middelen ter belegging noodzakelijk kan zijn in het kader van de ondernemingsactiviteiten, terwijl dit in een andere sector niet het geval is.

operationele activiteiten, kan het ontbreken van een definitie naar mijn mening een negatieve invloed hebben op de investeringsbeslissing van een belastingplichtige. Deze negatieve invloed wordt mijns inziens deels teniet gedaan door de mogelijkheid tot het verkrijgen van zekerheid vooraf of sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten. Deze mogelijkheid is echter van beperkte waarde, aangezien de zekerheid enkel ziet op de verkrijgingsprijs voor zover deze betrekking heeft op de uitbreiding van de operationele activiteiten. De zekerheid strekt zich dus niet uit tot het bedrag waarvoor sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten. De reden die hiervoor wordt gegeven is de continue toets die ten grondslag ligt aan het hierna te bespreken art. 13l, zesde lid, Wet VpB 1969 en het feit dat het bedrag jaarlijks kan wijzigen door bijvoorbeeld een wijziging van de verkrijgingsprijs.²⁴⁵ Uit het bovenstaande kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat per saldo nog steeds sprake kan zijn van een negatieve invloed op de investeringsbeslissing van een belastingplichtige door het ontbreken van een definitie van operationele activiteiten.

Tijdens de parlementaire behandeling is wel getracht met behulp van voorbeelden invulling te geven aan het begrip operationele activiteiten. Zo worden productie- en verkoopactiviteiten genoemd. Ook wordt aangegeven dat beleggen geen kwalificerende activiteit is.²⁴⁶ Voor het onderscheid tussen operationele en niet operationele activiteiten wordt niet aangesloten bij het onderscheid tussen ondernemen en beleggen, dan wel tussen passieve en actieve activiteiten.²⁴⁷ Door niet bij een reeds bekend onderscheid aan te sluiten, wordt wederom rechtsonzekerheid gecreëerd, wat mijns inziens eenvoudig had kunnen worden ondervangen door wel bij een bekend onderscheid aan te sluiten. Hierbij kan wel de kanttekening worden gemaakt dat over de uitleg van de begrippen beleggen en ondernemen ook vaak discussie is, zodat de keuze voor een niet reeds bekend onderscheid niet tot veel meer rechtsonzekerheid zal leiden. Daarbovenop wordt extra rechtsonzekerheid gecreëerd doordat beleggen *in beginsel* geen operationele activiteit is, maar dit in bepaalde gevallen dus wel kan zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de beleggingen als redelijkerwijs noodzakelijk in het kader van de ondernemingsactiviteiten worden gezien.²⁴⁸ In lijn met Van Helvoirt en Kam²⁴⁹ ben ik van mening dat deze nuancering wel relevant is voor ondernemingen die veel liquide middelen ter belegging aanhouden, zoals verzekeraars. Voor verzekeraars zijn beleggingen over het algemeen namelijk redelijkerwijs noodzakelijk in het kader van de ondernemingsactiviteiten

²⁴⁵ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7, p. 21.

²⁴⁶ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 30.

²⁴⁷ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7, p. 39 en Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 4, p. 17.

²⁴⁸ O.C.R. Marres, 'Deelnemingsrente', WFR 2012/1426, onderdeel 6.2.

²⁴⁹ J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, onderdeel 4.1.1.

en kunnen door de genoemde nuancering dus toch kwalificeren voor toepassing van art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969.

Ten tweede is de periode van twaalf maanden voorafgaand of volgend op de investering in de deelneming die verband houdt met de uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep merkwaardig. In tegenstelling tot de vormgeving van art. 10a Wet VpB 1969 waarbij geen termijn is verbonden aan de toets of sprake is van een verband tussen de schuld en de besmette rechtshandeling, is hier dus, hoewel in een uitzondering op de hoofdregel, wel sprake van. Hiermee wordt rechtsonzekerheid voorkomen. De vraag is echter wel waarom bij deze specifieke periode is aangesloten. Nadelig gevolg hiervan kan zijn dat sprake is van overkill op het moment dat daadwerkelijk sprake is van een uitbreiding van de operationele activiteiten, maar waarbij de investering niet binnen de vastgestelde periode valt.²⁵⁰ Dit doet mijns inziens wederom af aan het doel van de bepaling, namelijk het aantrekkelijk houden van het Nederlandse ondernemings- en vestigingsklimaat ten aanzien van uitbreidingen. Indien namelijk daadwerkelijk sprake is van een investering die verband houdt met de operationele activiteiten, maar desondanks buiten de gestelde termijn valt, kan geen beroep meer worden gedaan op de uitzondering op de hoofdregel. Dit is mijns inziens, hoewel begrijpelijk met het oog op de mathematische benadering, een nadelig gevolg van het stellen van een termijn in deze regeling. De achterliggende reden voor het invoeren van de termijn is het overleg met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven. Uit dit overleg bleek dat er voorkeur was voor een duidelijke en zekere termijn ten opzichte van een open norm.²⁵¹ Hieruit blijkt dat een groot belang wordt gehecht aan de rechtszekerheid.

De uitzondering is enkel van toepassing *‘voor zover het belang in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden is verworven of uitgebreid of daarin eigen vermogen is ingebracht in verband met een uitbreiding (...) van de operationele activiteiten van de groep (...) en de verkrijgingsprijs is toe te rekenen aan de hiervoor bedoelde uitbreiding van operationele activiteiten’* (art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969). Door de woorden ‘voor zover’ moet per deelneming worden beoordeeld in hoeverre de verkrijgingsprijs van die deelneming verband houdt met de operationele activiteiten. Deze beoordeling vindt plaats op basis van de bezittingen van de deelnemingen (de activazijde van de balans).²⁵² Hierbij is de gedeconsolideerde benadering, dus op basis van de gedeconsolideerde balansen, van belang

²⁵⁰ O.C.R. Marres, *‘Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)’*, WFR 2017/34, onderdeel 5.5.5.

²⁵¹ Kamerstukken I, 2011-2012, 33287, nr. D, p. 27.

²⁵² S.E. Faber en R.P. van Geilswijk, *‘De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente’*, TFO 2013/128.1, onderdeel 4.1.

op het moment dat een verworven deelneming zelf belangen houdt in vennootschappen.²⁵³ Dit houdt in dat allereerst per vennootschap de werkelijke waarde wordt bepaald en vervolgens aan de hand van de werkelijke waarde van de activa het deel wat toerekenbaar is aan de operationele activiteiten wordt bepaald.²⁵⁴ In lijn met Strik²⁵⁵ en de Redactie Vakstudie Nieuws²⁵⁶ ben ik van mening dat het de eenvoud en de uitvoerbaarheid ten goede was gekomen indien, vergelijkbaar met art. 13, elfde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969, was gekozen voor een zogenoemde ‘rotte-appelbenadering’. Op basis van deze benadering zou namelijk de gehele verkrijgingsprijs buiten aanmerking kunnen worden gelaten indien een deelneming maximaal een vooraf vastgesteld percentage aan niet operationele activiteiten heeft. Zo zou bijvoorbeeld, indien een deelneming maximaal 30% aan niet operationele activiteiten zou hebben, de verkrijgingsprijs van de deelneming volledig kunnen worden uitgezonderd van de hoofdregel van art. 131 Wet VpB 1969. De staatssecretaris wilde echter een dergelijke benadering niet hanteren vanwege de benodigde budgettaire opbrengst die diende te worden behaald met art. 131 Wet VpB 1969.²⁵⁷ Gevolg hiervan is dat per activum moet worden bepaald of al dan niet sprake is van een operationeel activum, wat ten koste gaat van de uitvoerbaarheid van de regeling.²⁵⁸

Zoals reeds opgemerkt, dient sprake te zijn van een uitbreiding van de operationele activiteiten van *de groep*. Blijkens art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 bestaat de groep uit de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen. Hiervoor wordt aangesloten bij de definitie die wordt gehanteerd in art. 10a Wet VpB 1969. Voor een nadere bespreking wordt derhalve verwezen naar paragraaf 3.4.3.1.

4.4.2.2 Foute uitbreiding van de operationele activiteiten

Op de uitzondering van art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 gelden drie uitzonderingen. Door deze systematiek van uitzondering op uitzondering is de hoofdregel van art. 131 Wet VpB 1969 weer van toepassing. Dit is het geval indien sprake is van een zogenoemde ‘foute’ uitbreiding, zoals genoemd in art. 131, zesde lid, Wet VpB 1969. Voor deze foute uitbreidingen geldt een continue toets. Elk jaar dient derhalve te worden bepaald of een van de genoemde situaties zich voordoet.²⁵⁹

²⁵³ Kamerstukken II, 2011/12, 33287, nr. 3, p. 32.

²⁵⁴ O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)*, WFR 2017/34, onderdeel 5.5.2.

²⁵⁵ S. Strik, *Gelukkig, de renteaftrekproblemen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld...*, WFR 2012/1178.

²⁵⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, *Memorie van toelichting Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013*, V-N 2012/30.3.

²⁵⁷ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7, p. 27.

²⁵⁸ O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente*, WFR 2012/1426, onderdeel 6.4.

²⁵⁹ O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente*, WFR 2012/1426, onderdeel 7.1.

Van de eerste foute uitbreiding van de operationele activiteiten is sprake op het moment dat in een bepaald jaar de renten of kosten (in het vervolg van deze sub-paragraaf: rente) die verband houden met de financiering van de deelneming feitelijk twee keer wordt afgetrokken. Dit is het geval indien de rente zowel bij de belastingplichtige zelf als bij een met hem verbonden lichaam rechtens dan wel in feite in aftrek kan worden gebracht. In de parlementaire behandeling²⁶⁰ wordt hierbij de volgende situatie als voorbeeld gegeven:

Een fiscale eenheid, bestaande uit een coöperatie als moedermaatschappij en een BV als dochtermaatschappij, wordt door een buitenlandse tophoudster gehouden. Ter financiering van een overname gaat de coöperatie een banklening aan. Doordat de coöperatie door het buitenland als fiscaal transparant wordt aangemerkt, terwijl deze in Nederland fiscaal niet transparant is, is sprake van dubbele renteaftrek. Eenmaal bij de buitenlandse tophoudster en eenmaal bij de fiscale eenheid in Nederland.

Indien een met de belastingplichtige verbonden lichaam afziet van de renteaftrek, terwijl normaliter deze rentelast een kostenpost is van het verbonden lichaam, dan is art. 13l, zesde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 ook van toepassing. De rente wordt dan niet feitelijk twee keer in aftrek gebracht, maar *kan* wel twee keer in aftrek worden gebracht.²⁶¹ Door het hanteren van het woord ‘kunnen’ in de bepaling, wordt voorkomen dat in dergelijke situaties onder de toepassing van de bepaling wordt uitgekomen. Dit is volgens de staatssecretaris slechts anders indien de buitenlandse wetgeving, waar het met de belastingplichtige verbonden lichaam onder valt, voorziet in een mogelijkheid van renteaftrek af te zien.²⁶² Mijns inziens is dit een ongerechtvaardigd onderscheid. Indien namelijk op basis van de mogelijkheid die wordt geboden in het buitenland wordt gekozen geen rente in aftrek te brengen, is er niets aan de hand. Op het moment dat echter zonder geboden mogelijkheid wordt gekozen de rente niet in aftrek te brengen, is direct sprake van een foute uitbreiding van de operationele activiteiten. Het zou naar mijn mening juist meer moeten gaan om het bereiken van het doel van de bepaling, zijnde het voorkomen van dubbele aftrek, ongeacht de aanwezigheid van een buitenlandse mogelijkheid van renteaftrek af te zien. Een consistentere wetgeving is mijns inziens hier gewenst, waarbij zowel bij de aanwezigheid als de afwezigheid van een buitenlandse mogelijkheid van renteaftrek af te zien, dezelfde aanpak wordt gehanteerd.

²⁶⁰ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 33-34.

²⁶¹ J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, ‘*Bovenmatige deelnemingsrente*’, MBB 2012/12, onderdeel 5.1.

²⁶² Kamerstukken I, 2011-2012, 33287, nr. D, p. 21.

Van een tweede foute uitbreiding van de operationele activiteiten is sprake wanneer binnen de financieringsketen sprake is van aftrek zonder een daar tegenover staande naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing naar de winst. Voor wat onder een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing naar de winst wordt verstaan, wordt verwezen naar paragraaf 3.4.2.2. Het vermogen dient te zijn verstrekt aan de deelneming of aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een kapitaalstorting of een lening.²⁶³ Aan het slot van art. 131, zesde lid, Wet VpB 1969 staat aangegeven dat de foute uitbreiding niet van toepassing is indien aannemelijk wordt gemaakt dat over de vergoeding een belasting naar de winst wordt geheven (het hoeft hier dus niet te gaan om een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing naar de winst). Als extra eis geldt hierbij dat de wijze waarop de financiering is vormgegeven in overwegende mate moet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen.²⁶⁴

Van de derde foute uitbreiding van de operationele activiteiten is sprake op het moment dat een investering wordt gedaan met het oog op de renteaftrek door een Nederlandse belastingplichtige, de zogenoemde oogmerktoets. Het gaat er bij deze bepaling om dat de deelneming door een Nederlandse entiteit wordt gehouden om de fiscale reden van renteaftrek en dat op basis van bedrijfseconomische redenen niet zou zijn gekozen voor het houden van de deelneming via deze Nederlandse entiteit.²⁶⁵ Blijkens de parlementaire toelichting moet bij de toepassing van art. 131, zesde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 worden beoordeeld of er voldoende redenen bestaan, naast de renteaftrek, om de deelneming via de belastingplichtige te houden, zoals een hoofdkantoorfunctie of een beslissende rol die de belastingplichtige heeft gespeeld bij het verkrijgen van de deelneming.²⁶⁶ In lijn met Vis²⁶⁷ ben ik van mening dat het op basis van de tekst van art. 131, zesde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 niet duidelijk wordt wanneer de belastingplichtig voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het zwaartepunt van de beslissing ligt bij de overige redenen, niet zijnde de renteaftrek. Vis merkt daarbij terecht op dat hierdoor rechtsonzekerheid ontstaat. De bepaling lijkt verder vooral gericht op Nederlandse tussenhoudsters van buitenlandse multinationals. Nederlandse tussenhoudsters van Nederlandse multinationals voldoen namelijk al snel aan de volgens de parlementaire behandeling genoemde doorslaggevende reden van het vervullen van een

²⁶³ J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, onderdeel 5.2.

²⁶⁴ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 131 Wet VpB 1969, aantekening 7.4.3.

²⁶⁵ J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, onderdeel 5.3.

²⁶⁶ Kamerstukken I, 2011-2012, 33287, nr. D, p. 23.

²⁶⁷ N.E. Vis, 'De oogmerktoets bij de aftrekbeperking deelnemingsrente', WFR 2013/279, onderdeel 3.

hoofdkantoorfunctie.²⁶⁸ Uit de parlementaire behandeling kan worden afgeleid dat de Nederlandse tussenhoudster van een buitenlandse multinational niet wordt geraakt door de bepaling indien deze tussenhoudster bijvoorbeeld de strategie en het beleid bepaalt voor een gedeelte van de activiteiten van de internationale groep.²⁶⁹

4.4.3 Overige bepalingen

Art. 13l, zevende lid, Wet VpB 1969 bevat wederom een uitzondering op de hoofdregel. Dit lid bepaalt namelijk dat de renteaftrekbepanking bij bovenmatige deelnemingsrente slechts aan de orde komt ten aanzien van winstbestanddelen die geen onderdeel uitmaken van de winst uit een andere staat, zoals bedoeld in art. 15e Wet VpB 1969. Art. 15e Wet VpB 1969 bevat kort gezegd de objectvrijstelling ten aanzien van buitenlandse vaste inrichtingen. Dit betekent dus dat art. 13l, zevende lid, Wet VpB 1969 bepaalt dat de renteaftrekbepanking enkel van toepassing is op het hoofdhuis in Nederland en niet tevens op de vaste inrichting in het buitenland.²⁷⁰ De reden hiervoor is dat bij het toepassen van art. 13l Wet VpB 1969 de balansposten deelneming, eigen vermogen en geldlening van belang zijn. Zonder het zevende lid zouden deze balansposten de renteaftrekbepanking van art. 13l Wet VpB 1969 kunnen beïnvloeden bij het hoofdhuis, ook al zijn deze aan de vaste inrichting gealloceerd.²⁷¹

Bij het bepalen of sprake is van een uitbreidingsinvestering in de zin van art. 13l, vijfde lid, Wet VpB 1969, is het niet altijd mogelijk te achterhalen of de volledige verkrijgingsprijs van een deelneming die enige tijd terug is verworven als zodanig is aan te merken. Derhalve bepaalt art. 13l, tiende lid, Wet VpB 1969 dat de verkrijgingsprijs voor 90% in aanmerking kan worden genomen voor toepassing van het vijfde lid. Dit is alleen mogelijk indien de deelneming is verworven, uitgebreid of in die deelneming eigen vermogen is ingebracht in een voor of op 1 januari 2006 aangevangen boekjaar.²⁷² Dit lid wordt verder niet besproken vanwege de ontbrekende relevantie voor het beantwoorden van de probleemstelling. Dit geldt tevens voor art. 13l, elfde lid, Wet VpB 1969 waarin een delegatiebepaling is opgenomen waar gebruik van is gemaakt met het Besluit aftrekbepanking bovenmatige deelnemingsrente.

²⁶⁸ N.E. Vis, 'De oogmerktoets bij de aftrekbepanking deelnemingsrente', WFR 2013/279, onderdeel 4. Op de eventuele strijdigheid van de oogmerktoets met het EU-recht wordt in deze scriptie niet ingegaan. Verwezen wordt naar J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, onderdeel 5.3.

²⁶⁹ Kamerstukken I, 2011-2012, 33287, nr. H, p. 2.

²⁷⁰ I.M. de Groot, 'EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta', WFR 2013/1318, onderdeel 2.

²⁷¹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 13l Wet VPB 1969, aantekening 8.

²⁷² Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 13l Wet VPB 1969, aantekening 11.2.

4.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag onderzocht:

Wat is de achtergrond van art. 131 Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?

Het Bosal-arrest was de aanleiding voor de uiteindelijke invoering van art. 131 Wet VpB 1969. Nederland mocht niet alleen de aftrek van kosten voor buitenlandse deelnemingen beperken. De voordelen waren echter onbelast vanwege de deelnemingsvrijstelling. Hierdoor ontstond het Bosal-gat. Doordat de oorspronkelijke reparatie echter niet voldoende bleek is de regering uiteindelijk door middel van de motie Bashir/Van Vliet verzocht met het Belastingplan 2012 maatregelen te nemen om het Bosal-gat te dichten.²⁷³

De renteaftrekbeperving bij bovenmatige deelnemingsrente is gebaseerd op de gedachte dat het niet gewenst is renteaftrek toe te staan indien deze rente samenhangt met onbelaste voordelen uit de deelneming. Het doel van art. 131 Wet VpB 1969 is het dichten van het Bosal-gat door de aftrek te beperken indien sprake is van bovenmatige en onwenselijke financiering van deelnemingen. Naast het tegemoet komen aan de motie Bashir/Van Vliet is het doel van art. 131 Wet VpB 1969 het weer gezond maken van de overheidsfinanciën. Ook wordt rekening gehouden met het ondernemings- en vestigingsklimaat. Hierbij wordt aangesloten bij het uitgangspunt dat de ondernemer in beginsel vrij is in de keuze van financiering van de onderneming. Enkel indien dit op een zodanige wijze plaatsvindt dat sprake is van misbruik, wordt de rente in aftrek beperkt. Met betrekking tot het Nederlandse vestigingsklimaat is het van belang het internationaal actieve bedrijfsleven fiscaal niet te beperken in het investeren in Nederland.²⁷⁴

Blijkens art. 131, eerste lid, Wet VpB 1969 komt het *'bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen dat geacht wordt verband te houden met de financiering van deelnemingen (bovenmatige deelnemingsrente), voor zover het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente € 750.000 te boven gaat'* niet in aftrek van de winst die in dat jaar is genoten. Aan de hand van de mathematische methode wordt bepaald wanneer dit verband wordt geacht aanwezig te zijn. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat met name onder renten en kosten de rente op de geldlening wordt verstaan, waarbij tevens afsluitkosten, juridische kosten en dergelijke ten

²⁷³ Kamerstukken II, 2010-2011, 32800, nr. 17.

²⁷⁴ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

aanzien van de geldlening van belang zijn.²⁷⁵ Onder geldleningen worden civielrechtelijke leningen en in economische zin gelijke vormen verstaan.

Voor zover de verkrijgingsprijs van een deelneming ziet op de uitbreiding van operationele activiteiten van de groep, blijft deze buiten aanmerking. Voor toepassing van deze bepaling is wel vereist dat de investering op het moment van de uitbreiding zelf, dan wel in de daaraan voorafgaande of daaropvolgende periode van twaalf maanden, is verricht. Tevens moet deze investering zijn toe te rekenen aan de uitbreiding van de operationele activiteiten.²⁷⁶ Op de uitzondering van art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 gelden drie uitzonderingen. Dit is het geval indien sprake is van een zogenoemde ‘foute’ uitbreiding, zoals genoemd in art. 131, zesde lid, Wet VpB 1969. Het gaat hierbij om uitbreidingen waarbij sprake is van dubbele aftrek (onderdeel a), aftrek zonder een daar tegenover staande naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing naar de winst (onderdeel b) en uitbreidingen met het oog op het verkrijgen van renteaftrek in Nederland door het houden van een deelneming door een Nederlandse tussenhoudster (onderdeel c).

²⁷⁵ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 39.

²⁷⁶ O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)*, WFR 2017/34, onderdeel 5.1.

Hoofdstuk 5 - De earnings-strippingregeling versus de nationale renteaftrekbeperkingen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal:

Hoe verhouden de Nederlandse renteaftrekbeperkingen zich tot de earnings-strippingregeling en in hoeverre dienen deze te worden aangepast om hiermee in overeenstemming te zijn?

Dit hoofdstuk vormt het sluitstuk van de in de voorgaande drie hoofdstukken besproken regelingen. Onderzocht wordt in hoeverre art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 zich verhouden tot de earnings-strippingregeling.

In de volgende paragraaf wordt allereerst de vergelijking gemaakt tussen art. 10a Wet VpB 1969 en de earnings-strippingregeling. De vergelijking wordt gemaakt aan de hand van vijf criteria, namelijk de noodzaak van de renteaftrekbeperking, de doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking, eenvoud en uitvoerbaarheid, inpasbaarheid in het internationale belastingrecht en de economische realiteit van de renteaftrekbeperking. Hierbij wordt onderzocht op welke onderdelen art. 10a Wet VpB 1969 beter of slechter scoort dan de earnings-strippingregeling om zodoende te bepalen welke regeling op basis van de criteria het beste uit de verf komt. In paragraaf 5.3 wordt op een gelijke wijze de vergelijking tussen de earnings-strippingregeling en art. 131 Wet VpB 1969 gemaakt. In de daaropvolgende paragraaf wordt onderzocht hoe implementatie van de earnings-strippingregeling uitwerkt, waarbij wordt onderzocht of, en zo ja in hoeverre, art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 overbodig zijn. Dit wordt gedaan aan de hand van de gemaakte vergelijkingen in paragraaf 5.2 en 5.3. Tevens wordt hier de vergelijking gemaakt met art. 10d Wet VpB 1969 (oud), waarmee wordt onderzocht welke overeenkomsten aanwezig zijn en of tekortkomingen van de thincapregeling al dan niet bestaan bij de earnings-strippingregeling. Afgesloten wordt met een korte samenvatting en conclusie.

5.2 De earnings-strippingregeling versus de renteaftrekbeperking bij winstdrainage

5.2.1 Noodzaak van de renteaftrekbeperking

In paragraaf 3.3 bleek dat doel en strekking van art. 10a Wet VpB 1969, naast codificatie van de fraud legis-jurisprudentie, het bestrijden van bepaalde ongewenste specifieke situaties is waarbij de grondslag wordt uitgehold. Ten aanzien van de codificatie van de fraud legis-jurisprudentie ben ik van mening dat dit niet als zwaarwegend argument kan dienen ter behoud van art. 10a Wet VpB 1969 bij implementatie van de earnings-strippingregeling. De

fraus legis-jurisprudentie blijft mijns inziens van belang en hierop kan worden teruggevallen bij het eventueel vervallen van art. 10a Wet VpB 1969.²⁷⁷

Met betrekking tot het bestrijden van enkele specifieke ongewenste situaties waarmee de vennootschapsbelastinggrondslag wordt uitgehold, ben ik van mening dat wel degelijk sprake is van de noodzaak art. 10a Wet VpB 1969 te handhaven. Het is mijns inziens noodzakelijk deze specifieke situaties vast te leggen in de belastingwetgeving. Met name naar aanleiding van de in het derde hoofdstuk beschreven winstdrainage-arresten werd het noodzakelijk art. 10a Wet VpB 1969 als onderdeel van de belastingwetgeving te hanteren om daarmee de mogelijk ongewenste planningsmogelijkheden met grondslaguitholling tot gevolg te bestrijden. De planningsmogelijkheden waren gericht op het aangaan van rentedragende leningen binnen het concern met Nederlandse concernmaatschappijen waarmee bij deze Nederlandse concernmaatschappijen de belastbare winst met de renteaftrek werd verlaagd.²⁷⁸ De rentebaten kwamen vervolgens terecht bij de concernmaatschappijen die buiten Nederland effectief niet werden belast doordat deze waren vrijgesteld van belastingheffing, nog te verrekennen verliezen hadden of waren gevestigd in een land met een laag belastingtarief. Met art. 10a Wet VpB 1969 is hieraan een halt toe geroepen.²⁷⁹

De earnings-strippingregeling heeft als doel uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen die wordt veroorzaakt door excessieve renteaftrek binnen concernverband. Ter ontmoediging van de constatering dat steeds meer concerns door middel van excessieve renteaftrek de belastinggrondslag uithollen, is de earnings-strippingregeling noodzakelijk als onderdeel van de te implementeren ATAD.²⁸⁰ Geconcludeerd kan mijns inziens worden dat de noodzaak van de earnings-strippingregeling overeenkomt met de noodzaak van art. 10a Wet VpB 1969, zijnde het bestrijden van renteaftrek binnen concernverband waarmee de belastinggrondslag wordt uitgehold. Dit criterium is naar mijn mening daarmee geen reden art. 10a Wet VpB 1969 te laten vervallen bij implementatie van de earnings-strippingregeling. Het verschil met art. 10a Wet VpB 1969 is dat de earnings-strippingregeling niet bepaalde specifieke situaties van renteaftrek bestrijdt, maar een algemene regeling is waardoor het bereik een stuk groter is. Een overeenkomst is dat beide regelingen zien op renteaftrek binnen concernverband, in tegenstelling tot het hierna te vergelijken art. 131 Wet VpB 1969. De earnings-strippingregeling ziet in beginsel op interne rente (binnen het concern). Doordat

²⁷⁷ Zie ook G.T.K. Meussen, noot bij HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, BNB 2004/142.

²⁷⁸ R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-afrekbare rente, paragraaf 1.

²⁷⁹ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, 2015, paragraaf 4.2.1.

²⁸⁰ Zie het 6^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

lidstaten echter de mogelijkheid hebben de ATAD strenger te implementeren, bestaat ook de mogelijkheid de reikwijdte uit te breiden tot externe rente. Zoals betoogd in paragraaf 2.4.1, ben ik van mening dat hiervoor moet worden gekozen als blijkt dat tevens sprake is van grondslaguitholling door buitensporige rentebetalingen met bij derden aangegane leningen.

5.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking

Uit de vormgeving van art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 blijkt dat de door de wetgever ongewenst geachte specifieke situaties worden bestreden. Hiermee wordt naar mijn mening doeltreffend de problematiek aangepakt. Ook is het voor de belastingplichtige duidelijk welke situaties worden bestreden. Door daarnaast de mogelijkheid tot tegenbewijs te bieden, wordt bereikt dat geen sprake is van disproportionaliteit. Een belastingplichtige kan namelijk aannemelijk maken dat, ondanks de constatering van een besmette rechtshandeling, renteaftrek is gerechtvaardigd. Bij de eerste tegenbewijsmogelijkheid, de dubbele zakelijkheidstoets, wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse fiscale motieven.²⁸¹ A-G Wattel stelt in zijn conclusie van 30 november 2010, nr. 10/00075 dat hierdoor een belastingplichtige met een buitenlands fiscaal motief, zoals het buiten bereik blijven van een buitenlandse nadelige fiscale regeling, mogelijk kan bereiken dat sprake is van zakelijkheid van de rechtshandeling. De Nederlandse belasting wordt namelijk niet ontgaan. In lijn met Brandsma en Van Leeuwen²⁸² ben ik echter van mening dat meer de nadruk moet worden gelegd op de strekking van art. 10a Wet VpB 1969, namelijk het zonder niet-fiscale redenen opzetten van een bepaalde structuur. Dit in tegenstelling tot enkel het doel, zijnde het ontgaan van Nederlandse belasting. Hierbij dienen buitenlandse fiscale redenen te worden meegenomen, aangezien een bepaalde structuur veelal zal zijn gericht op het fiscaal gunstig behandelen van de *rentebate* buiten Nederland, in plaats van de *rentelast* in Nederland. Het tevens meenemen van buitenlandse fiscale overwegingen zorgt mijns inziens voor een proportionele werking, aangezien ook sprake kan zijn van zakelijke overwegingen als wordt aangetoond dat geen sprake is van een buitenlands fiscaal motief (mits de Nederlandse belasting niet wordt ontgaan). Naar mijn mening is daarentegen wel sprake van mogelijke disproportionaliteit bij de tweede tegenbewijsmogelijkheid, de compenserende heffingstoets. De belastinginspecteur heeft namelijk de mogelijkheid aannemelijk te maken dat niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de schuld of

²⁸¹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 16.2-16.2.1.

²⁸² R.P.C.W.M. Brandsma en J.I. van Leeuwen, 'Eén dodo maakt van 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak', WFR 2016/118, onderdeel 4.4.

de daarmee verband houdende rechtshandeling, zelfs indien sprake is van een heffing van minimaal 10% over de renteopbrengst.²⁸³ In lijn met de NOB ben ik van mening dat hiermee verder wordt gegaan dan nodig is.²⁸⁴ Indien art. 10a Wet VpB 1969 wordt gehandhaafd naast de earnings-strippingregeling dient deze disproportionaliteit te worden weggenomen. Dit kan bijvoorbeeld door het maximaliseren van het percentage van compenserende heffing tot waar een belastinginspecteur het tegendeel aannemelijk mag maken.²⁸⁵ Ten slotte ben ik van mening dat art. 10a, tweede lid, Wet VpB 1969 overbodig is, aangezien uit het eerste lid al blijkt dat ook sprake kan zijn van een verband tussen de schuld en een besmette rechtshandeling als de schuld pas wordt aangegaan nadat de besmette rechtshandeling is verricht.

In lijn met de NOB²⁸⁶ ben ik van mening dat de earnings-strippingregeling niet doelmatig is. De earnings-strippingregeling raakt namelijk alle bedrijven, waarbij het niet relevant is of deze bedrijven internationaal of alleen lokaal hun bedrijf uitoefenen. Deze ondoelmatigheid wordt mijns inziens echter wel grotendeels ondervangen door de franchise van € 3.000.000. Verder kan een lidstaat de ATAD strenger implementeren en daarbij, bij het bepalen van het financieringskostensurplus, mogelijk ook externe rente onder de reikwijdte brengen waarbij geen sprake is van een kunstmatige verdeling van de rente over de lidstaten. Snoeij en Van Helvoirt²⁸⁷ stellen dat het raken van externe rente zich weliswaar niet goed verhoudt met het doel van de earnings-strippingregeling, doordat grondslaguitholling tussen niet gelieerde partijen minder vaak voorkomt, maar dat dit te begrijpen is. Zij stellen namelijk dat internationaal opererende ondernemingen de mogelijkheid hebben externe rentelasten binnen de groep op een fiscaalvriendelijke manier te verdelen, waardoor het noodzakelijk is ook externe rentelasten te raken met de regeling om het doel te bereiken. Mijns inziens is dit een juiste redenering. Het bestrijden van de grondslaguitholling door excessieve renteaftrek is het voornaamste doel van de earnings-strippingregeling. Indien de regeling enkel van toepassing zou zijn op rente tussen gelieerde partijen, zouden internationaal opererende ondernemingen de regeling gemakkelijk kunnen ontlopen met externe rente. Door namelijk een externe lening aan te gaan door een concernonderdeel gevestigd in een lidstaat met een hoog vennootschapsbelastingtarief, kan de grondslag tegen dat hoge tarief worden uitgehold indien

²⁸³ Kamerstukken II, 2007-2008, 31206, nr. 7, p. 8-12.

²⁸⁴ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel om art. 10a Wet VpB 1969 te wijzigen, zoals opgenomen in de nota van wijziging van 1 november 2007 bij het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2008 (31206), p. 2.

²⁸⁵ S.A.W.J. Strik, *'De aanscherping van de redelijkeheffingstoets'*, NTFR-B 2008/14, onderdeel 3.

²⁸⁶ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwijkingsrichtlijn), p. 4.

²⁸⁷ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbevestiging uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108, onderdeel 4.

de earnings-strippingregeling niet tevens deze externe rente in aftrek beperkt.²⁸⁸ Hierdoor kan het noodzakelijk zijn de regeling ook van toepassing te laten zijn op externe rente. Mijns inziens is het echter niet wenselijk dat daarbij, afgezien van de franchise van € 3.000.000, alle externe rente wordt geraakt. Hierdoor worden namelijk ook ondernemingen geraakt die externe financiering aantrekken zonder dit te doen met het oog op agressieve belastingplanning. Het onderscheid tussen deze ondernemingen en ondernemingen die wel bewust de belastinggrondslag uithollen, is voor de Belastingdienst naar mijn mening onvoldoende mogelijk, waardoor mijns inziens een tegenbewijsregeling zou moeten gelden waarbij de bewijslast voor het aannemelijk maken van de zakelijkheid van de externe financiering bij de belastingplichtige rust. Op deze manier kan de earnings-strippingregeling van toepassing zijn op alle externe rente zonder dat sprake is van overkill.

5.2.3 Eenvoud en uitvoerbaarheid

Vanwege de omvang van het wetsartikel en enkele niet, of onduidelijk, gedefinieerde begrippen, scoort art. 10a Wet VpB 1969 op het gebied van eenvoud laag. Zoals beoordeeld in het derde hoofdstuk is met name de zinsnede ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’ een sterke inbreuk op de eenvoud en uitvoerbaarheid van de regeling. Vooral de betekenis van ‘in feite direct’ is niet helder. Dit wordt ook niet duidelijk op basis van de parlementaire geschiedenis. Verwezen wordt naar paragraaf 3.4.1.3. Ook de vraag of sprake is van een verband tussen de schuld en een van de in art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 genoemde rechtshandelingen, maakt de regeling niet eenvoudig en lastig uitvoerbaar. Dit wordt met name veroorzaakt doordat geen termijn geldt waarbinnen wordt beoordeeld of sprake is van een dergelijk verband. In paragraaf 3.4.1.4 heb ik aangegeven dat, hoewel hierdoor rechtsonzekerheid ontstaat, dit mijns inziens wel een juiste methode is, aangezien een vaststaande termijn planningsmogelijkheden in de hand werkt. Ik ben dan ook van mening dat deze inbreuk op de eenvoud en uitvoerbaarheid is gerechtvaardigd.

Tevens zijn de tegenbewijsregelingen verre van eenvoudig en voor de belastingplichtige lastig uitvoerbaar. Bij de dubbele zakelijkheidstoets moet aannemelijk worden gemaakt dat zowel aan de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Hierbij moet de motivatie van alle betrokkenen worden meegenomen wat, hoewel noodzakelijk, de tegenbewijsmogelijkheid minder

²⁸⁸ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwijkingrichtlijn), p. 4.

uitvoerbaar maakt. De dubbele zakelijkheidstoets is onlangs sterk vereenvoudigd naar aanleiding van het in paragraaf 3.4.2.1 besproken arrest van de HR van 21 april 2017, nr. 16/03669, V-N 2017/22.11. Hierin is namelijk geoordeeld dat als sprake is van parallelliteit met een externe lening, niet tevens aannemelijk hoeft te worden gemaakt dat ook aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De dubbele zakelijkheidstoets wordt daarmee dus gereduceerd tot een enkelvoudige zakelijkheidstoets.²⁸⁹ Er kan worden geconcludeerd dat de compenserende heffingstoets relatief eenvoudig is aan te tonen. Deze eenvoud is echter maar schijn doordat de inspecteur de mogelijkheid heeft te stellen dat geen sprake is van in overwegende mate zakelijke overwegingen, zelfs indien sprake is van een compenserende heffing van meer dan 10%. Zie paragraaf 5.2.2.

Vergeleken met art. 10a Wet VpB 1969 is de earnings-strippingregeling naar mijn mening een sterke vereenvoudiging. Zo is de earnings-strippingregeling een generieke renteaftrekbeperking en dient daardoor niet te worden beoordeeld of sprake is van een bepaalde specifieke situatie waarop de renteaftrekbeperking van toepassing is. Dit is mijns inziens echter niet per definitie een voordeel ten opzichte van art. 10a Wet VpB 1969, aangezien de in art. 10a Wet VpB 1969 beschreven situaties als ongewenst worden ervaren en bestreden dienen te worden. Het verdient naar mijn mening de voorkeur deze ongewenste situaties expliciet in de wettekst op te nemen, zodat hierop kan worden teruggevallen. Nadeel van de toepassing van de earnings-strippingregeling is dat de omvang van de aftrekbare rente onvoorspelbaar is doordat wordt aangesloten bij de EBITDA. De EBITDA is in het algemeen volatieler dan wanneer zou zijn aangesloten bij een vaste ratio.²⁹⁰ Dit zorgt voor rechtsonzekerheid en heeft daardoor een negatieve invloed op de uitvoerbaarheid van de regeling, aangezien onzeker is hoeveel rente in aftrek kan worden gebracht. Ook zorgt aansluiting bij de EBITDA ervoor dat sprake is van een procyclisch effect, zoals reeds geconstateerd in paragraaf 2.5. Dit nadelige effect kan echter worden weggenomen door gebruik te maken van de geboden mogelijkheid in art. 4, zesde lid, onderdeel c, ATAD. Dit maakt de regeling, hoewel mijns inziens gerechtvaardigd, wel minder eenvoudig.

De staatssecretaris van Financiën heeft in een brief²⁹¹ naar aanleiding van enkele vragen over de ATAD gereageerd op de effectiviteit van het hanteren van 30% van de EBITDA als maatstaf voor de renteaftrekbeperking. Daarin geeft hij aan dat het bepalen van de hoogte van

²⁸⁹ Redactionele aantekening bij V-N 2017/22.11.

²⁹⁰ S.A. Stevens, *'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting'*, TFO 2017/150.4, onderdeel 4.2.

²⁹¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2016, kenmerk AFP/2016/394.

het percentage altijd in een bepaalde mate arbitrair is, maar dat de voorgestelde 30% naar verwachting tot een substantiële budgettaire opbrengst zal leiden. Daarmee kwalificeert het percentage volgens de staatssecretaris als effectief en zullen ongeveer 5.000 in Nederland gevestigde bedrijven door de earnings-strippingregeling worden geraakt.²⁹² De enkele verwachting dat de keuze voor een aftrekbeperking van 30% van de EBITDA zal leiden tot een substantiële budgettaire opbrengst betekent mijns inziens nog niet dat sprake is van een effectief percentage. Dat vervolgens naar verwachting 5.000 bedrijven zodanig zijn gefinancierd dat deze door de earnings-strippingregeling worden geraakt, zegt naar mijn mening wel iets over de uitvoerbaarheid van de regeling. Op basis van de hoeveelheid bedrijven kan namelijk worden bepaald op welke manier de regeling dient te worden uitgevoerd en gehandhaafd. Verder is het toestaan van renteaftrek tot 30% van de EBITDA mijns inziens, in lijn met de opvatting van De Wit²⁹³, niet geheel effectief aangezien de mogelijkheid blijft bestaan het financieringskostensurplus tot 30% van de EBITDA in aftrek te brengen van de winst, ook al is sprake van belastingplanning.²⁹⁴

Ten slotte is de eenvoud van de earnings-strippingregeling afhankelijk van de wijze van implementatie. Zo kan een lidstaat kiezen voor een groepsratio- of equity escape-regel, kan het op zichzelf staande entiteiten uitzonderen van de regeling en kan het een eerbiedige werking bieden voor al bestaande leningen van voor 17 juni 2016. In de basis blijft de regeling naar mijn mening echter eenvoudig, aangezien de minimumeisen moeten worden overgenomen in de nationale regelgeving. Hierop wordt in paragraaf 5.4 nader ingegaan.

5.2.4 Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht

Art. 10a Wet VpB 1969 maakt in beginsel geen onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse partijen. Desondanks ben ik in lijn met Marres²⁹⁵ van mening dat de vormgeving van de compenserende heffingstoets wel tot gevolg heeft dat sprake is van een dergelijk onderscheid. Dit wordt veroorzaakt door de zinssnede ‘naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing’. Dit impliceert dat enkel een buitenlandse crediteur deze redelijke heffing aannemelijk dient te maken. Een Nederlandse crediteur voldoet namelijk per definitie aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Met Weber²⁹⁶ ben ik van mening dat, indien de wetgever zekerheid wenst te hebben over de EU-rechtelijke houdbaarheid van de

²⁹² Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2016, kenmerk AFP/2016/394, p. 9.

²⁹³ R.C.C. de Wit, ‘De renteaftrekbeperkingen in het consultatiedocument’, NTFR 2009/1646, onderdeel 4.

²⁹⁴ Eventueel kan hier nog de algemene anti-misbruikbepaling (GAAR) spelen van de ATAD.

²⁹⁵ O.C.R. Marres, ‘Winstdrainage door renteaftrek (artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na ‘Werken aan winst’)', Deventer, 2008, paragraaf 7.1.1.

²⁹⁶ W.W. Monteiro en M. Koerts, ‘Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht’, WFR 2011/319, onderdeel 5.1.

compenserende heffingstoets, aangesloten kan worden bij bijvoorbeeld een gemiddeld Europees tarief. Ook kan naar mijn mening worden aangesloten bij een vastgesteld percentage zonder daarbij de koppeling te leggen met wat naar Nederlandse maatstaven redelijk is.

Een voordeel van de earnings-strippingregeling is dat deze reeds bekend is in het internationale belastingrecht. Denk hierbij aan de Duitse Zinsschranke, zoals behandeld in het tweede hoofdstuk. Ook Italië kent een earnings-strippingregeling.²⁹⁷ Voordeel hiervan is dat op basis van de reeds opgedane ervaringen kan worden voortgebouwd. Hierdoor is snellere en efficiëntere implementatie mogelijk. Verder maakt de regeling geen onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Ook dient de regeling te worden geïmplementeerd in alle EU-lidstaten, waardoor een gelijke basis wordt gecreëerd met dezelfde minimumeisen ten aanzien van de beperking van renteaftrek. De verdere invulling van de regeling zal verschillend zijn tussen de EU-lidstaten. Dit neemt mijns inziens echter niet weg dat sprake zal zijn van een coherent basissysteem binnen de EU, wat ten goede komt aan de inpasbaarheid van de earnings-strippingregeling in het internationale belastingrecht.

5.2.5 Economische realiteit van de renteaftrekbeperking

Art. 10a Wet VpB 1969 scoort mijns inziens goed op het gebied van de economische realiteit. De regeling is namelijk gericht op enkele specifiek genoemde ongewenste situaties. Door vervolgens de mogelijkheid te bieden tegenbewijs te leveren, wordt naar mijn mening, losstaand van de invulling van de tegenbewijsmogelijkheden, recht gedaan aan de economische realiteit. Dit omdat daarmee rekening wordt gehouden met het feit dat, ondanks dat sprake is van een in de wettekst benoemde ongewenste situatie, toch sprake kan zijn van zakelijkheid. Indien geen tegenbewijsmogelijkheid zou worden geboden, zou met deze economische realiteit geen rekening zijn gehouden. Ook het feit dat sprake moet zijn van een verband tussen de schuld en een van de in art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 genoemde rechtshandelingen, zorgt ervoor dat art. 10a Wet VpB 1969 aansluit bij de economische realiteit. Dit in tegenstelling tot de mathematische methode die wordt gehanteerd bij toepassing van art. 131 Wet VpB 1969, waar in de volgende paragraaf op wordt ingegaan. Verder acht ik de goedkeuring die wordt gegeven in onderdeel 4.3.1 van het Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, een goede aansluiting van art. 10a Wet VpB 1969 bij de economische realiteit. Dit onderdeel keurt namelijk goed dat de betaalde rente voor een deel in aftrek wordt toegelaten, indien sprake is van een compenserende heffing over de daarmee

²⁹⁷ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 5.1.

corresponderende rentebaten. Hiermee wordt naar mijn mening overkill voorkomen in het geval dat sprake is van een gedeeltelijke compenserende heffing, maar waarbij op basis van de letterlijke wettekst desondanks alle rente in aftrek zou worden beperkt.

Ten opzichte van art. 10a Wet VpB 1969 ben ik van mening dat de earnings-strippingregeling aan de ene kant minder goed aansluit bij de economische realiteit. Dit omdat de regeling een generieke renteaftrekbeperking is en daarmee niet is gericht op bepaalde ongewenste situaties. Verder sluit de regeling minder goed aan bij de economische realiteit doordat de belastingplichtige geen mogelijkheid wordt geboden tegenbewijs te leveren. Hierdoor is sneller sprake van dubbele heffing, doordat de rente in aftrek wordt beperkt zonder rekening te houden met de heffing bij de ontvanger van de rente. Er wordt aldus bij de betalende partij geen aftrek toegestaan, terwijl bij de ontvangende partij belasting wordt geheven. Een lidstaat heeft echter wel de mogelijkheid de groepsratio- en equity escape-regel in te voeren, waardoor wel de mogelijkheid voor tegenbewijs kan worden geboden. Bij art. 10a Wet VpB 1969 wordt rekening gehouden met de compenserende heffing bij de ontvanger van de rente. Zodra het tegenbewijs slaagt, wordt dubbele heffing voorkomen. Ook bij art. 10a Wet VpB 1969 blijft dubbele heffing echter bestaan als het tegenbewijs niet (volledig) slaagt.

De earnings-strippingregeling sluit echter aan de andere kant wel beter aan bij de economische realiteit dan art. 10a Wet VpB 1969, doordat de regeling een drempel hanteert, zodat de rente tot die drempel aftrekbaar blijft. Hiermee worden ondernemingen waarbij minder snel sprake is van grondslaguitholling, buiten de reikwijdte van de renteaftrekbeperking gehouden. De doelgroep van de earnings-strippingregeling is namelijk met name de multinationale ondernemingen, aangezien deze ondernemingen gemakkelijk de rentelasten kunnen verdelen over de lidstaten. Een nadeel van de drempel, waardoor minder goed wordt aangesloten bij de economische realiteit, is dat tot die drempel de grondslag wel kan worden uitgehouden. Dit speelt mee bij het bepalen van de hoogte van de drempel, zoals wordt besproken in paragraaf 5.4.1. Een gelijksoortige redenering geldt voor de mogelijkheid die de earnings-strippingregeling biedt in art. 4, derde lid, onderdeel b, ATAD om op zichzelf staande entiteiten uit te sluiten van de reikwijdte van de regeling. Grondslaguitholling wordt namelijk in principe bewerkstelligd door buitensporige rentebetalingen tussen gelieerde ondernemingen en het risico hierop is bij op zichzelf staande entiteiten beperkt.²⁹⁸ Ook sluit de regeling mijns inziens goed aan bij de economische realiteit doordat het de mogelijkheid

²⁹⁸ Zie het 8^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

biedt ‘niet gebruikte EBITDA’ vooruit te wentelen op basis van art. 4, zesde lid, onderdeel c, ATAD. Zoals besproken in paragraaf 2.5 zorgt deze mogelijkheid ervoor dat het procyclische effect dat samenhangt met het gebruik van de EBITDA wordt ingeperkt. Dit is met name in tijden van crisis een belangrijke tegemoetkoming voor belastingplichtigen.

5.2.6 Eindoordeel

De uitkomst van de toetsing van art. 10a Wet VpB 1969 en de vergelijking daarvan met de earnings-strippingregeling, is weergegeven in onderstaande tabel²⁹⁹. Al met al scoren beide regelingen een voldoende. Dit betekent dat de implementatie van de earnings-strippingregeling niet direct tot gevolg hoeft te hebben dat art. 10a Wet VpB 1969 kan vervallen. Uit de tabel blijkt dat de regelingen elkaar op sommige punten kunnen aanvullen om zo een sterk systeem van renteaftrekbeperkingen te creëren. In paragraaf 5.4 wordt hier nader op ingegaan.

De earnings-strippingregeling ten opzichte van art. 10a Wet VpB 1969	Art. 10a Wet VpB 1969	Earnings-strippingregeling
Noodzaak van de renteaftrekbeperking	+	+
Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking	+	-
Eenvoud en uitvoerbaarheid	-	+
Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht	0	+
Economische realiteit	+	0
Eindoordeel	+	+

5.3 De earnings-strippingregeling versus de renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente

5.3.1 Noodzaak van de renteaftrekbeperking

Zoals besproken in paragraaf 4.3 is het doel van art. 131 Wet VpB 1969 het dichten van het Bosal-gat.³⁰⁰ Hierbij ben ik echter, in lijn met Marres³⁰¹, van mening dat dit doel niet volledig is behaald, wat ten koste gaat van de noodzaak van de renteaftrekbeperking. Niet alle deelnemingsrente wordt namelijk in aftrek beperkt doordat de wetgever diverse uitzonderingen heeft gemaakt op de hoofdregel van art. 131 Wet VpB 1969. Enkele van deze uitzonderingen, zoals de drempel om het mkb te ontzien en de regeling voor de uitbreiding van operationele activiteiten, zijn mijns inziens echter terecht gemaakt. Dit neemt desondanks niet weg dat aan de noodzaak van de renteaftrekbeperking, zijnde het dichten van het Bosal-gat, niet volledig wordt voldaan.³⁰² Als tweede doel ten tijde van de invoering van art. 131

²⁹⁹ Hierbij is een ‘+’ de weergave van een voldoende, een ‘-’ de weergave van een onvoldoende en een ‘0’ de weergave van een twijfelpunt. Het eindoordeel is gevormd door een optelsom van de afzonderlijke uitkomsten.

³⁰⁰ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

³⁰¹ O.C.R. Marres, ‘Deelnemingsrente’, WFR 2012/1426, onderdeel 2.

³⁰² J. Vleggeert, ‘Bovenmatige deelnemingsrente’, NTFR 2012/1416.

Wet VpB 1969 werd gesteld het weer gezond maken van de overheidsfinanciën.³⁰³ Dit doel is naar mijn mening niet meer als noodzakelijk te beschouwen bij de huidige beoordeling van art. 131 Wet VpB 1969, aangezien dit doel specifiek was voor de periode rondom de invoering.

Zoals reeds blijkt uit paragraaf 5.2.1 heeft de earnings-strippingregeling als doel uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen dat wordt veroorzaakt door excessieve renteaftrek tussen gelieerde partijen.³⁰⁴ Art. 131 Wet VpB 1969 is ook van toepassing op geldleningen van derden. De noodzaak ook de rente op geldleningen van derden in aftrek te beperken is vanwege het geringere risico op grondslaguitholling minder. Desondanks is met het oog op het doel van art. 131 Wet VpB 1969 te rechtvaardigen dat deze hier ook op van toepassing is, aangezien zowel met geldleningen van derden als van gelieerde partijen bovenmatige financiering met vreemd vermogen kan plaatsvinden. De earnings-strippingregeling zou zich, naast de rente binnen concern, ook kunnen uitstrekken tot externe rente indien de lidstaat kiest voor een strengere implementatie van de ATAD, wat volgens De Wilde kan leiden tot een stijging van de gemiddelde effectieve belastingtarieven in de lidstaten als deze de algemene belastingtarieven niet aanpassen. Dit heeft zowel gevolgen voor de concurrentiepositie van de interne markt als voor de marginale investeringen in de lidstaten. De reden hiervoor is dat de regeling kan leiden tot een grondslagverbreding van de vennootschapsbelasting binnen de lidstaten.³⁰⁵ Door namelijk rente in aftrek te beperken, blijft er meer belastbare winst over waarover belasting kan worden geheven. Hoewel de constatering door De Wilde terecht is, ben ik van mening dat het uiteindelijke effect op de gemiddelde effectieve belastingtarieven zal worden beperkt door de mogelijke afschaffing van de reeds aanwezige renteaftrekbeperkingen. Indien namelijk een renteaftrekbeperking die tevens van toepassing is op externe rente wordt vervangen door de earnings-strippingregeling die eenzelfde reikwijdte kan hebben, treedt er op dat vlak mijns inziens geen significante wijziging op.

Verder is de earnings-strippingregeling mijns inziens een effectievere dichting van het Bosal-gat, waardoor in termen van noodzaak art. 131 Wet VpB 1969 niet naast de earnings-strippingregeling hoeft te worden gehandhaafd. Op basis van de earnings-strippingregeling is rente namelijk slechts aftrekbaar voor zover in Nederland belastbare winst aanwezig is. Het Bosal-gat ontstond juist doordat de winst vanwege de deelnemingsvrijstelling onbelast werd genoten, maar wel sprake was van renteaftrek. Nu de regeling eist dat sprake moet zijn van

³⁰³ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

³⁰⁴ Zie het 6^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

³⁰⁵ M.F. de Wilde, 'Commissievoorstellen Anti-ontgaanspakket; tussenstop of eindhalte?', FED 2016/38, onderdeel 3.2.

belastbare winst, is van een dergelijke mismatch in mindere mate sprake. Tevens worden deelnemingsresultaten niet begrepen in de grondslag van de EBITDA. Belangrijk gevolg hiervan is dat niet alsnog de mogelijkheid open staat tot 30% van de EBITDA rente in aftrek te brengen waarmee het Bosal-gat zou blijven bestaan. Doordat er dus zowel in Nederland belastbare winst aanwezig moet zijn, als dat de deelnemingsresultaten niet in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de EBITDA, wordt het Bosal-gat effectief gedicht.³⁰⁶ Geconcludeerd kan mijns inziens worden dat de earnings-strippingregeling op basis van het voorgaande art. 131 Wet VpB 1969 kan vervangen.

5.3.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbepanking

Zoals betoogd in paragraaf 5.3.1 is de huidige renteaftrekbepanking bij bovenmatige deelnemingsrente niet doeltreffend. De regeling dicht namelijk niet volledig het Bosal-gat. Bij de vormgeving van de regeling werd ook rekening gehouden met het ondernemings- en vestigingsklimaat, waarbij wordt aangesloten bij het uitgangspunt dat de ondernemer in beginsel vrij is in de keuze van financiering van de onderneming. Om dit te bereiken is het huidige vijfde lid toegevoegd aan art. 131 Wet VpB 1969. Hierin wordt bepaald dat de verkrijgingsprijs bij uitbreidingsinvesteringen niet wordt meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de deelnemingsschuld.³⁰⁷ Zie voor een bespreking van deze bepaling paragraaf 4.4.2.1. Doordat hier vervolgens echter weer een uitzondering op wordt gemaakt, is de regeling mijns inziens niet efficiënt vormgegeven. De regeling wordt namelijk door de uitzondering op een uitzondering complex en onoverzichtelijk. Wel ben ik van mening dat art. 131 Wet VpB 1969 doeltreffend is ten aanzien van het ontzien van het mkb. Dit wordt bereikt door het hanteren van een drempel van € 750.000.

De earnings-strippingregeling is doeltreffender ten aanzien van het dichten van het Bosal-gat. Zonder voldoende belastbare winst in Nederland is de rente namelijk niet aftrekbaar. Zoals verder in paragraaf 5.3.1 al is beoordeeld, ben ik van mening dat de earnings-strippingregeling in een aantal opzichten niet doeltreffend en doelmatig is. Dit doet niets af aan het feit dat de regeling, in tegenstelling tot art. 131 Wet VpB 1969, wel de problematiek waarvoor art. 131 Wet VpB 1969 is ingevoerd doeltreffender aanpakt.

³⁰⁶ F.J. Elsweyer en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 5.1.

³⁰⁷ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 10.

5.3.3 Eenvoud en uitvoerbaarheid

Op het eerste oog lijkt art. 131 Wet VpB 1969 relatief eenvoudig doordat de regeling een mathematische methode hanteert bij het bepalen van de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente. Op deze relatieve eenvoud worden echter verschillende inbreuken gemaakt, wat niet ten goede komt aan de uitvoerbaarheid. Zo wordt in art. 131, vierde lid, Wet VpB 1969 een correctie gemaakt indien de verkrijgingsprijs van de deelneming niet overeenkomt met de waarderingmethode die de belastingplichtige hanteert ten aanzien van de deelnemingen.³⁰⁸ Verder geldt de hiervoor genoemde uitzondering op de hoofdregel van art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969 indien sprake is van een uitbreiding van de operationele uitbreidingen. Doordat hier vervolgens echter weer een uitzondering op wordt gemaakt, is de eenvoud ver te zoeken. Verder wordt de regeling er niet eenvoudiger op doordat wordt aangesloten bij de verkrijgingsprijs van de deelneming. Ik ben echter van mening dat, ondanks de complexiteit, terecht is gekozen voor het aansluiten bij de verkrijgingsprijs in plaats van bijvoorbeeld de boekwaarde van een deelneming. Hierbij had het begrip verkrijgingsprijs naar mijn mening wel wettelijk moeten worden gedefinieerd. Verwezen wordt naar paragraaf 4.4.1.6. Ten slotte maakt het ontbreken van enkele definities de regeling er niet gemakkelijker uitvoerbaar op. Denk hierbij aan het ontbreken van de definitie van ‘operationele activiteiten’, welk begrip een kernelement vormt bij toepassing van art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969.

Vergeleken met art. 131 Wet VpB 1969 is de earnings-strippingregeling naar mijn mening een sterke vereenvoudiging. De regeling kent een eenvoudige hoofdregel en kent daarop niet een zodanige hoeveelheid uitzonderingen als art. 131 Wet VpB 1969. Zie voor de bespreking van de eenvoud en uitvoerbaarheid van de earnings-strippingregeling paragraaf 5.2.3.

5.3.4 Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht

Er is geen onderscheid in behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. Hierdoor is geen sprake van een maatregel met onderscheid, waardoor sprake zou kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht. Wel zou strijdigheid met het EU-recht kunnen bestaan door de samenloop van de renteaftrekbepijking met het fiscale eenheidsregime. Kort gezegd komt deze mogelijke strijdigheid op het volgende neer. Door een deelneming in een fiscale eenheid te voegen, verdwijnt fiscaaltechnisch de deelneming, alsmede de concernlening, met als

³⁰⁸ S.E. Faber en R.P. van Geilswijk, ‘De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente’, TFO 2013/128.1, onderdeel 2.3.3.

gevolg dat deze niet meer wordt meegenomen bij het berekenen van de deelnemingsschuld. Dit is echter alleen mogelijk voor een binnenlandse deelneming; een buitenlandse deelneming kan niet in een fiscale eenheid worden gevoegd. In beginsel is een grensoverschrijdende fiscale eenheid namelijk niet mogelijk doordat in art. 15, vierde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 wordt gesteld dat de belastingplichtigen in Nederland moeten zijn gevestigd.³⁰⁹

Voor de bespreking van de inpasbaarheid in het internationale belastingrecht van de earnings-strippingregeling wordt verwezen naar paragraaf 5.2.4.

5.3.5 Economische realiteit van de renteaftrekbeperking

Door het gebruik van een mathematische methode is naar mijn mening geen sprake van een goede aansluiting van art. 131 Wet VpB 1969 bij de economische realiteit. Er wordt namelijk op basis van een rekenregel bepaald hoeveel rente in aftrek wordt beperkt, zonder daarbij rekening te houden met de daadwerkelijke rente ter zake van geldleningen die verband houdt met de financiering van deelnemingen. Hoewel in termen van eenvoud een mathematische methode hoger scoort dan een historische methode, wordt minder recht gedaan aan de specifieke omstandigheden van het geval (de economische realiteit). Doordat art. 131 Wet VpB 1969 verder aansluit bij zowel geldleningen van verbonden lichamen als van derden, wordt mijns inziens beter aangesloten bij de economische realiteit van de renteaftrekbeperking. Zowel met interne als externe geldleningen kan een deelneming namelijk bovenmatig worden gefinancierd met vreemd vermogen. Met de uitzondering op de hoofdregel om uitbreidingen van operationele activiteiten buiten aanmerking te laten bij het bepalen van de bovenmatige deelnemingsrente (en de daarop geldende uitzonderingen van art. 131, zesde lid, Wet VpB 1969) wordt mijns inziens ook tegemoet gekomen aan de economische realiteit, aangezien dergelijke uitbreidingen niet dienen te worden belemmerd door een renteaftrekbeperking. De aansluiting bij de economische realiteit wordt vervolgens echter beperkt doordat investeringen buiten de periode van twaalf maanden voorafgaand of volgend op de investering niet kwalificeren voor de uitzondering van art. 131, vijfde lid, Wet VpB 1969, ook al is daadwerkelijk sprake van een uitbreiding van de operationele activiteiten. Ten slotte is de franchise van € 750.000 een betere aansluiting bij de economische realiteit,

³⁰⁹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 131 Wet VpB 1969, aantekening 1.8. Het HvJ heeft op 2 september 2015, C-386/14, BNB 2015/223 (*Group Steria*) arrest gewezen op basis waarvan zou kunnen worden geconcludeerd dat een dergelijk onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen strijdig is met het EU-recht. Vanwege de samenloop met het fiscale eenheidsregime wordt hier verder niet op ingegaan.

doordat daarmee kleinere bedrijven, waarbij minder snel sprake zal zijn van grondslaguitholling, worden uitgesloten van de reikwijdte.

Net als art. 131 Wet VpB 1969 biedt de earnings-strippingregeling de mogelijkheid tot het hanteren van een drempel waarmee kleinere bedrijven worden uitgesloten van de reikwijdte. De hoogte van de drempel is echter afhankelijk van de implementatie en wordt verder behandeld in paragraaf 5.4. Zie voor een nadere bespreking van de economische realiteit van de earnings-strippingregeling paragraaf 5.2.5.

5.3.6 Eindoordeel

De uitkomst van de toetsing van art. 131 Wet VpB 1969 en de vergelijking daarvan met de earnings-strippingregeling, is weergegeven in onderstaande tabel. Al met al blijkt dat de earnings-strippingregeling op basis van alle criteria gezamenlijk beter scoort dan art. 131 Wet VpB 1969. Er bestaat hierdoor een reële kans dat de earnings-strippingregeling art. 131 Wet VpB 1969 kan vervangen. Hierop wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

De earnings-strippingregeling ten opzichte van art. 131 Wet VpB 1969	Art. 131 Wet VpB 1969	Earnings-strippingregeling
Noodzaak van de renteaftrekbeperking	-	+
Doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking	0	0
Eenvoud en uitvoerbaarheid	-	+
Inpasbaarheid in het internationale belastingrecht	0	+
Economische realiteit	0	0
Eindoordeel	-	+

5.4 Implementatie van de earnings-strippingregeling

5.4.1 Implementatie van de earnings-strippingregeling

Bij de implementatie van de earnings-strippingregeling bestaan er een groot aantal mogelijkheden voor een lidstaat. De belangrijkste mogelijkheden zullen worden besproken.

Allereerst kan het recht op aftrek van het financieringskostensurplus tot € 3.000.000 worden toegekend op basis van art. 4, derde lid, onderdeel a, ATAD. Nederland kan ook aansluiten bij een lagere drempel. De hoogte van de drempel is afhankelijk van de budgettaire gevolgen. Een lagere drempel zorgt ervoor dat meer belastingplichtigen onder de reikwijdte van de regeling vallen, aangezien deze sneller wordt overschreden. Dit heeft gevolgen voor de uitvoerbaarheid. Het is mijns inziens wel wenselijk een drempel te hanteren die ervoor zorgt dat het mkb niet onder de reikwijdte van de regeling valt. Voor deze drempel kan worden aangesloten bij een reeds bekende drempel zoals € 750.000 van art. 131 Wet VpB 1969 of € 1.000.000 van art. 15ad Wet VpB 1969. De werkgroep Fiscaliteit³¹⁰ stelt deze laatste voor,

³¹⁰ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, 06-07-2016.

waarbij tevens art. 131 Wet VpB 1969 en art. 15ad Wet VpB 1969 kunnen worden geschrapt. Ook wordt voorgesteld hierbij geen groepsratio-regel te implementeren. Zoals uitgewerkt in paragraaf 2.4.7.2 geeft deze regel de lidstaat de optie een recht toe te kennen op aftrek van het financieringskostensurplus voor een bedrag dat hoger is dan hetgeen de belastingplichtige zou mogen aftrekken op grond van de hoofdregel. Hiermee wordt er rekening mee gehouden dat een belastingplichtige tot een bepaalde groep kan behoren die met relatief meer vreemd vermogen is gefinancierd.³¹¹ Volgens de werkgroep dient echter geen groepsescape te worden geïmplementeerd, omdat daarmee sterker wordt aangegepen bij het verschil in de fiscale behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Dit wordt veroorzaakt door de verkleining van de schuldscheefheid, waardoor de kansen op faillissement afnemen en investeringen met eigen vermogen toenemen. Als voordelen kunnen verder nog worden aangemerkt de betere uitvoerbaarheid en eenvoud van de earnings-strippingregeling. Dit wordt nog eens versterkt doordat dan geen sprake is van de problematiek omtrent verlieslatende entiteiten in samenhang met de groepsratio-regel, zoals besproken in paragraaf 2.4.7.2.³¹² Wel dient mijns inziens rekening te worden gehouden met de drempel en/of de groepsratio-regel die andere lidstaten hanteren. Een lagere drempel is namelijk – los van de overige fiscale faciliteiten en implementatiemogelijkheden - minder aantrekkelijk, terwijl de groepsratio-regel aantrekkelijker is met het oog op het fiscale vestigingsklimaat.³¹³

Ook kan een volledige aftrek van het financieringskostensurplus worden toegekend indien de belastingplichtige een op zichzelf staande entiteit is. Mijns inziens dient hiervan gebruik te worden gemaakt. Ik ben namelijk, in lijn met hetgeen wordt opgemerkt in de preambule bij de ATAD, van mening dat grondslaguitholling door bovenmatige rentebetalingen in principe wordt bewerkstelligd tussen gelieerde entiteiten.³¹⁴ Op zichzelf staande entiteiten dienen hier naar mijn mening niet de dupe van te zijn. Het is mijns inziens dan ook terecht dat in het consultatiedocument³¹⁵ wordt voorgesteld deze entiteiten uit te zonderen van de regeling.

Gezien het verbondenheidscriterium bij toepassing van art. 4 ATAD, zijnde minimaal 25%, is het mijns inziens met het oog op een eenduidiger en uitvoerbaarder systeem wenselijk het verbondenheidscriterium van art. 10a Wet VpB 1969 te verlagen naar 25%. Dit percentage is namelijk een minimumeis en kan enkel lager worden bijgesteld, aangezien daarmee een

³¹¹ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108, onderdeel 5.3.1.

³¹² Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, 06-07-2016, p. 89.

³¹³ Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3, p. 59.

³¹⁴ Zie het 8e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

³¹⁵ Nieuwsbericht 10-07-2017, 'Internetconsultatie ATAD1 geopend', <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/07/10/internetconsultatie-atad1-geopend>.

strengere maatregel wordt gehanteerd, en kan daardoor niet worden verhoogd naar het verbondenheidscriterium van art. 10a Wet VpB 1969. Ook gezien de doorwerking naar andere wettelijke bepalingen van het in art. 10a Wet VpB 1969 gehanteerde criterium, is het mijns inziens, in lijn met Vleggeert³¹⁶, wenselijk deze te verlagen naar 25%.

Mijns inziens dient bij implementatie van de earnings-strippingregeling de equity escape-regel te worden ingevoerd. Zoals besproken in paragraaf 2.4.7.1 komt deze regel erop neer dat de earnings-strippingregeling niet van toepassing is op het moment dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de ratio tussen het eigen vermogen van de belastingplichtige en het balanstotaal niet meer dan 2% lager is dan de overeenkomstige ratio van de gehele groep waartoe de belastingplichtige behoort. In lijn met Marres³¹⁷ ben ik van mening dat deze maatregel is gericht op het beperken van de earnings-strippingregeling tot disproportioneel zwaar gefinancierde entiteiten. Op het moment dat een entiteit namelijk tot een relatief zwaar gefinancierde groep behoort, wordt deze minder snel in renteaftrek beperkt met een beroep op de equity escape-regel. Ik ben van mening dat dit, ondanks dat de regeling daarmee complexer wordt, het fiscale vestigingsklimaat van Nederland ten goede komt.

Tevens ben ik van mening dat gebruik moet worden gemaakt van de geboden mogelijkheid in art. 4, zesde lid, onderdeel c, ATAD. Met deze mogelijkheid, waarmee niet gebruikte EBITDA in de tijd vooruit kan worden gewenteld, wordt namelijk het procyclische effect dat gepaard gaat met de aansluiting bij de EBITDA verminderd. In het consultatiedocument³¹⁸ wordt aangesloten bij de mogelijkheid die wordt geboden in art. 4, zesde lid, onderdeel a, ATAD, zijnde het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voortwentelen. De reden hiervoor is de eenvoud. Mijns inziens wordt hiermee echter onterecht geen rekening gehouden met de geboden mogelijkheid het procyclische effect van de EBITDA te verminderen. Ook al wordt het daadwerkelijke wetsvoorstel overgelaten aan het nieuwe kabinet, neemt dit naar mijn mening nog niet weg dat aan deze mogelijkheid voorbij mag worden gegaan enkel op basis van eenvoud.

Art. 4, vierde lid, ATAD biedt de mogelijkheid het financieringskostensurplus dat is ontstaan in verband met leningen die voor 17 juni 2016 zijn gesloten en leningen die voor de financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject worden gebruikt, uit te sluiten

³¹⁶ J. Vleggeert, 'Over rente en royalty's: de BEPS-acties 4 en 5', WFR 2016/49, onderdeel 2.3.

³¹⁷ R. Gielen en C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres, gehouden op 3 april 2017', WFR 2017/142, onderdeel 2.

³¹⁸ Nieuwsbericht 10-07-2017, 'Internetconsultatie ATAD1 geopend', <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/07/10/internetconsultatie-ataad1-geopend>.

van de earnings-strippingregeling. Mijns inziens dienen beide mogelijkheden te worden gebruikt. Het is namelijk in het kader van het overgangsrecht te rechtvaardigen dat reeds vóór de dag van de politieke overeenstemming over de ATAD afgesloten leningen niet onder de reikwijdte van de regeling vallen. Wel dient hierbij te worden overgenomen dat de uitsluiting zich niet uitstrekt tot wijzigingen van leningen na 17 juni 2016 om misbruik te voorkomen. Bij de tweede mogelijkheid is het, vanwege de gerichtheid van dergelijke projecten op het algemeen belang, wenselijk gebruik te maken van de mogelijkheid tot uitsluiting. Deze projecten bevatten namelijk weinig risico op grondslaguitholling.³¹⁹ Het consultatiedocument³²⁰ stelt echter voor geen van beide mogelijkheden op te nemen, vanwege respectievelijk de uitvoerbaarheid (vanwege de toepassing van het oude regime op dergelijke leningen en de vaststelling per lening van wijzigingen en van het moment van aangaan) en afbakeningsproblemen (ten aanzien van het begrip ‘openbare-infrastructuurprojecten’). Ten aanzien van de hierboven gestelde problemen omtrent de uitvoerbaarheid, ben ik echter van mening dat dit eenvoudig kan worden ondervangen door de belastingplichtige aan te laten tonen op welk moment de lening is aangegaan of er wijzigingen zijn opgetreden. Daarmee is het uitvoeringsprobleem minder groot dan wordt gesteld.

Tot slot ben ik van mening dat Nederland de reikwijdte van de earnings-strippingregeling moet uitbreiden tot externe rente. Het bestrijden van de grondslaguitholling door excessieve renteaftrek is het voornaamste doel van de regeling. Indien de regeling enkel van toepassing zou zijn op rente tussen gelieerde partijen, zouden internationaal opererende ondernemingen de regeling gemakkelijk kunnen ontlopen met externe rente. Door namelijk een externe lening aan te gaan door een concernonderdeel gevestigd in een lidstaat met een hoog belastingtarief, kan de grondslag tegen dat hoge tarief worden uitgehold indien de regeling niet tevens deze externe rente in aftrek beperkt.³²¹ Hierdoor acht ik het noodzakelijk de regeling ook van toepassing te laten zijn op externe rente. Mijns inziens is het echter niet wenselijk dat daarbij, afgezien van de franchise, alle externe rente wordt geraakt. Hierdoor worden namelijk ook ondernemingen geraakt die externe financiering aantrekken zonder dit te doen met het oog op agressieve belastingplanning. Het onderscheid tussen deze ondernemingen en ondernemingen die wel bewust de belastinggrondslag uithollen, is voor de Belastingdienst naar mijn mening onvoldoende mogelijk, waardoor mijns inziens een tegenbewijsregeling zou moeten gelden

³¹⁹ Zie het 8e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

³²⁰ Nieuwsbericht 10-07-2017, ‘Internetconsultatie ATAD1 geopend’, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/07/10/internetconsultatie-atad1-geopend>.

³²¹ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwikingsrichtlijn), p. 4.

waarbij de bewijslast voor het aannemelijk maken van de zakelijkheid van de externe financiering bij de belastingplichtige rust. Op deze manier kan de earnings-strippingregeling van toepassing zijn op alle externe rente zonder dat sprake is van overkill.

5.4.2 De earnings-strippingregeling versus de afgeschafte thincapregeling

Van den Hurk en Ubachs³²² stellen de vraag waarom niet is gekozen voor een thincapitalisationregel in plaats van de earnings-strippingregeling. In deze sub-paragraaf wordt kort de vergelijking gemaakt tussen de earnings-strippingregeling en art. 10d Wet VpB 1969 (oud), de door Nederland tot 2013 gehanteerde thincapregeling.

De thincapregeling is destijds afgeschaft doordat deze niet goed binnen het belastingsysteem paste in verhouding met de specifieke renteaftrekbeperkingen. De earnings-strippingregeling is eveneens een algemene renteaftrekbeperking, waardoor dezelfde redenering van toepassing is. Ook bleek dat de reikwijdte van de thincapregeling zich uitstrekte tot het mkb, waarvoor de regeling niet was bedoeld.³²³ Naar mijn mening is dit probleem minder groot bij de earnings-strippingregeling, aangezien deze regeling een drempel van € 3.000.000 hanteert.

De hoofdregel van de thincapregeling was blijkens art. 10d, eerste lid, Wet VpB 1969 (oud) dat als een belastingplichtige in een jaar te veel vreemd vermogen had, bij de winstbepaling over dat jaar een gedeelte van de rente niet in aftrek kwam. Dit gedeelte stond in evenredige verhouding tussen het teveel aan vreemd vermogen en het gemiddeld vreemd vermogen. De gedachte achter de regeling was dat een te grote financiering met vreemd vermogen, vooral binnen een concern, moest worden bestreden.³²⁴ Evenals de earnings-strippingregeling bepaalt in art. 2, tweede lid, ATAD, regelde art. 10d, zevende lid, Wet VpB 1969 (oud) dat indien de rente al van aftrek is uitgesloten op basis van bijvoorbeeld art. 10a Wet VpB 1969, de geldlening waarop die rente wordt vergoed buiten de reikwijdte van de thincapregeling viel.³²⁵

Art. 10d, tweede lid, Wet VpB 1969 (oud) verwijst naar het BW voor de definitie van een groep. Art. 2:24b BW definieert een groep als een economische eenheid waarin de rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch met elkaar zijn verbonden. Deze definitie wijkt dus in beginsel af van de definitie van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern in art. 4, achtste lid, ATAD. Het voldoen aan het groepsvereiste wordt afgeleid uit de feitelijk beschikbare geconsolideerde jaarrekening, tenzij dit evident in strijd

³²² H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)', WFR 2016/238, onderdeel 4.

³²³ Kamerstukken II, 2012-2013, 33402, nr. 3, p. 14.

³²⁴ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 159.

³²⁵ D.J. Prinsen, Commentaar NDFR artikel 10d Wet VPB 1969 Thincap-regeling (vervallen), paragraaf 2.2.1.

zou zijn met de van toepassing zijnde regels voor de jaarverslaggeving.³²⁶ De term ‘geconsolideerde jaarrekening’ is ook terug te vinden in art. 4, achtste lid, ATAD. Uit de laatste alinea van art. 4, derde lid, ATAD kan worden afgeleid dat sprake is van een groep op het moment dat sprake is van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern, bestaande uit alle entiteiten die volledig zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening. Voor beide regelingen is dus bij de beoordeling of sprake is van een groep de geconsolideerde jaarrekening van belang. Dit betekent naar mijn mening dat bij implementatie van de earnings-strippingregeling een gelijksoortige bepaling kan worden opgenomen als de verwijzing in de thincapregeling naar art. 2:24b BW. Uit het consultatiedocument³²⁷ blijkt dat het Ministerie van Financiën dit ook zo ziet.

5.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Hoe verhouden de Nederlandse renteaftrekbeperkingen zich tot de earnings-strippingregeling en in hoeverre dienen deze te worden aangepast om hiermee in overeenstemming te zijn?

Allereerst is de vergelijking gemaakt tussen art. 10a Wet VpB 1969 en de earnings-strippingregeling. Op basis van vijf criteria is beoordeeld hoe de regelingen zich tot elkaar verhouden. Zoals blijkt uit paragraaf 5.2.6, worden beide regelingen met een voldoende beoordeeld. Beide regelingen vullen elkaar mijns inziens goed aan op punten waar de andere regeling minder goed op scoort. Zo vult art. 10a Wet VpB 1969 de earnings-strippingregeling goed aan door ook specifieke ongewenste situaties te bestrijden naast de algemene werking van de earnings-strippingregeling. Ik ben dan ook van mening dat bij implementatie van de earnings-strippingregeling het niet noodzakelijk en wenselijk is art. 10a Wet VpB 1969 af te schaffen. Wel dient naar mijn mening het tweede lid te worden verwijderd, dient de disproportionaliteit in de compenserende heffingstoets te worden weggenomen en dient het verbondenheidscriterium te worden verlaagd naar 25%.

Vervolgens is art. 131 Wet VpB 1969 vergeleken met de earnings-strippingregeling. In paragraaf 5.3.6 is geconcludeerd dat het wenselijk is art. 131 Wet VpB 1969 af te schaffen bij implementatie van de earnings-strippingregeling. Zo wordt het voornaamste doel van art. 131

³²⁶ Kamerstukken II, 2003-2004, 29210, nr. 25, p. 14.

³²⁷ Nieuwsbericht 10-07-2017, ‘Internetconsultatie ATAD1 geopend’, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/07/10/internetconsultatie-ataad1-geopend>.

Wet VpB 1969, het dichten van het Bosal-gat, effectiever gedicht door de earnings-strippingregeling en is deze regeling tevens veel eenvoudiger en gemakkelijker uitvoerbaar.

In paragraaf 5.4 is de implementatie van de earnings-strippingregeling besproken. In lijn met de werkgroep Fiscaliteit ben ik van mening dat hierbij moet worden aangesloten bij een drempel van € 1.000.000, waarbij wel rekening dient te worden gehouden met de drempel in andere lidstaten met het oog op het fiscale vestigingsklimaat. Ook dient de groepsratio-regel niet te worden ingevoerd. Hiermee kan worden bereikt dat art. 131 Wet VpB 1969 kan worden afgeschaft, waarmee een eenvoudig en uitvoerbaarder systeem wordt gecreëerd.³²⁸ Ten slotte ben ik van mening dat gebruik moet worden gemaakt van de mogelijkheid niet gebruikte EBITDA vooruit te wentelen, zodat het in economisch mindere tijden nadelige procyclische effect van de aansluiting bij de EBITDA wordt verkleind. Ook dient mijns inziens de equity escape-regel te worden ingevoerd ten gunste van het fiscale vestigingsklimaat.

Ter afsluiting is de vergelijking gemaakt met art. 10d Wet VpB 1969 (oud). Hierbij bleek dat er een aantal overeenkomsten zijn te onderkennen tussen beide regelingen. Belangrijkste verschil in het voordeel van de earnings-strippingregeling is mijns inziens het beter ontzien van het mkb dan de thincapregeling. Hierdoor wordt voorkomen dat de groep waarvoor de regeling eigenlijk niet is bedoeld, vanwege het geringe risico op grondslaguitholling, toch onder de reikwijdte van de regeling valt.

³²⁸ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, 06-07-2016, p. 89.

Hoofdstuk 6 – Samenvatting en conclusie

Al lange tijd heeft de wetgever te maken met de problematiek ten aanzien van renteaftrek in de vennootschapsbelasting en hoe hiermee om te gaan. Dit wordt veroorzaakt door het verschil in de behandeling tussen het eigen en vreemd vermogen. De vergoeding op eigen vermogen is namelijk niet aftrekbaar, terwijl dit wel het geval is voor de vergoeding op vreemd vermogen.³²⁹ De financieringsbeslissing wordt hierdoor beïnvloed – financieren met vreemd vermogen is namelijk fiscaal aantrekkelijker dan financieren met eigen vermogen vanwege de mogelijkheid rente af te trekken – met grondslaguitholling als mogelijk gevolg. Ook kunnen structuren worden opgezet waarbij door een belastingplichtige fiscaal vreemd vermogen wordt gecreëerd, om zodoende gebruik te kunnen maken van de renteaftrek. Met renteaftrekbeperkingen kunnen dergelijke structuren en de mogelijke grondslaguitholling worden tegengegaan.³³⁰

De earnings-strippingregeling is een algemene renteaftrekbeperking en komt voort uit het OESO BEPS-project. De ATAD heeft als doel het verzekeren van een gecoördineerde implementatie van de aanbevelingen van het BEPS-project.³³¹ Als onderdeel van de ATAD moet de earnings-strippingregeling worden geïmplementeerd in de EU-lidstaten. De regeling is, in tegenstelling tot het bestaande palet aan Nederlandse renteaftrekbeperkingen, een algemene renteaftrekbeperking. Nederland heeft aangegeven deze nieuwe wetgeving, in lijn met de ATAD, te gaan hanteren vanaf 1 januari 2019.³³² In de Memorie van Toelichting bij het Belastingplan 2017³³³ is aangegeven dat bij het implementeren van de earnings-strippingregeling moet worden beoordeeld hoe noodzakelijk het is – en eventueel in welke mate - dat de bestaande renteaftrekbeperkingen naast de nieuwe regeling blijven bestaan. Dit heeft mij geïnspireerd onderzoek te doen naar de noodzaak van het, al dan niet in gewijzigde vorm, blijven bestaan van art. 10a Wet VpB 1969 (winstdrainageregeling) en/of art. 131 Wet VpB 1969 (rentaafrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente) bij deze implementatie.

In deze scriptie is zodoende onderzocht of, en zo ja, hoe art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 dienen te worden aangepast om in overeenstemming te zijn met de earnings-strippingregeling. Daarbij is ook onderzoek gedaan of de earnings-strippingregeling deze

³²⁹ J.A.G. van der Geld, *'Hoofdzaken vennootschapsbelasting'*, Deventer, 2015, p. 111.

³³⁰ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 27.

³³¹ Zie het 2^e punt in de preambule bij Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.

³³² Handelingen II, 2015-2016, nr. 98, item 34, p. 12.

³³³ Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3, p. 32.

specifieke renteaftrekbepalingen volledig kan vervangen. Hierbij is de volgende probleemstelling opgesteld:

In hoeverre zijn art. 10a Wet VpB 1969 en art. 131 Wet VpB 1969 in overeenstemming met de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD en – indien dat niet het geval is – in hoeverre zijn dan aanpassingen noodzakelijk om te voldoen aan de earnings-strippingregeling?

Om tot een antwoord op de hierboven geformuleerde probleemstelling te komen, zijn vier deelvragen opgesteld, waarbij per hoofdstuk een deelvraag is beantwoord.

In het tweede hoofdstuk is onderzoek gedaan naar de earnings-strippingregeling en de totstandkoming daarvan. Hierbij stond de volgende deelvraag centraal:

Hoe werkt de earnings-strippingregeling van art. 4 ATAD en hoe is deze tot stand gekomen?

Hierbij is geconcludeerd dat de earnings-strippingregeling voortkomt uit het OESO BEPS-project met als doel een nieuwe wereldwijde standaard te creëren waarmee winstverschuiving en grondslaguitholling door multinationale ondernemingen wordt bestreden op een internationaal gecoördineerde manier.³³⁴ De ATAD heeft als doel het verzekeren van een gecoördineerde implementatie van de aanbevelingen van het BEPS-project. De earnings-strippingregeling is vormgegeven in art. 4 ATAD en heeft blijkens het eerste lid als hoofdregel dat een financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, ten belope van maximaal 30% van de EBITDA van de belastingplichtige. Het financieringskostensurplus is op basis van art. 2 ATAD *'het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten van een belastingplichtige de belastbare rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht ontvangt, overschrijden'*. In art. 4, derde lid, onderdeel a, ATAD wordt de mogelijkheid geboden een belastingplichtig het recht toe te kennen op aftrek van het financieringskostensurplus tot een bedrag van € 3.000.000. De regeling bestaat uit minimumeisen, met als gevolg dat de lidstaten hier van af kunnen wijken. Er blijft sprake van een gelijk basissysteem, maar lidstaten kunnen zelf kiezen voor een strengere implementatie met bijvoorbeeld een groepsratio-regel.

De eerste met de earnings-strippingregeling te vergelijken nationale renteaftrekbepaling, art. 10a Wet VpB 1969, stond centraal in het derde hoofdstuk. In dit hoofdstuk is deze regeling uitgewerkt en onderzocht om in het vijfde hoofdstuk uiteindelijk de vergelijking te kunnen

³³⁴ M.F. de Wilde, *'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht'*, MBB 2016/11, p. 409.

maken met het effect van de earnings-strippingregeling. Dit is gedaan aan de hand van de volgende deelvraag:

Wat is de achtergrond van art. 10a Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?

Met name na het arrest van de HR van 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5 (Plc-arrest) achtte de wetgever het noodzakelijk de mogelijke planningsmogelijkheden, waarbij de grondslag van de vennootschapsbelasting wordt uitgehold, te bestrijden. In het Plc-arrest werd in r.o. 3.5 namelijk geoordeeld dat geen sprake was van strijdigheid met doel en strekking van de Wet VpB 1969 mits een belasting werd geheven over de rentebaten die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Ook al kan worden aangenomen dat het vrijdelen van vennootschapsbelasting de voornaamste reden was voor een structuur als in de onderhavige casus, is niet enkel op basis van die aanname voldaan aan de eis dat strijdigheid bestaat met doel en strekking van de wet, zoals wordt gesteld bij toepassing van *fraus legis*. In onderhavige casus werd echter effectief geen belasting geheven over de rentebaten vanwege het recht op voorkoming van dubbele belasting en op het verrekenen van *Advance Corporation Tax*. Het werd aldus mogelijk voor concernmaatschappijen zodanig te plannen dat rente in aftrek werd toegelaten in Nederland, indien werd aangetoond dat sprake was van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing over de rente. Dit gold ook als zakelijke motieven ontbraken.³³⁵ *Fraus legis* bleek hiertoe in sommige situaties een onvoldoende middel. De strekking van art. 10a Wet VpB 1969 is het weigeren van aftrek van rentebetalingen die verband houden met het schuldig erkennen van dividend, de teruggaaf van gestort kapitaal, een kapitaalstorting binnen het concern of een acquisitie waarbij het lichaam waarin het belang is verkregen na de acquisitie een verbonden lichaam is. De rente komt alleen dan niet in aftrek voor zover de schuld rechtens, dan wel in feit direct of indirect verband houdt met een van de rechtshandelingen zoals genoemd in art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969. De belastingplichtige heeft op basis van art. 10a, derde lid, Wet VpB 1969 de mogelijkheid tegenbewijs te leveren. De eerste mogelijkheid (onderdeel a) is de dubbele zakelijkheidstoets, waarmee de belastingplichtige moet aantonen dat aan zowel de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandelingen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De tweede mogelijkheid (onderdeel b) is de compenserende heffingstoets, waarbij de belastingplichtige aannemelijk dient te maken dat de rente bij degene aan wie de rente rechtens, dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd,

³³⁵ R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-afrekbare rente, paragraaf 1.

per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Sinds 1 januari 2007 is duidelijk dat het dient te gaan om een heffing naar een tarief van minstens 10% over een naar Nederlandse bepaalde belastbare winst.³³⁶

Vervolgens is art. 13l Wet VpB 1969, de renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente, onderzocht aan de hand van de volgende deelvraag:

Wat is de achtergrond van art. 13l Wet VpB 1969 en hoe werkt deze uit?

Het arrest van het HvJ van 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344 (Bosal-arrest) was de aanleiding voor de uiteindelijke invoering van art. 13l Wet VpB 1969. In dit arrest gaat het om een in Nederland gevestigde belanghebbende die is aan te merken als een houdster- en financieringsmaatschappij. Belanghebbende heeft in enig jaar kosten gemaakt die verband houden met het financieren van haar deelnemingen die waren gevestigd in andere EU-lidstaten (r.o. 9). Het op dat moment geldende art. 13l Wet VpB 1969 bepaalde dat de door belanghebbende gemaakte kosten ten aanzien van de door haar gehouden deelnemingen, niet aftrekbaar waren doordat deze kosten niet middellijk dienstbaar waren aan het behalen van de winst die belastbaar was in Nederland (r.o. 8). Nederland mocht echter niet alleen de aftrek van kosten voor buitenlandse deelnemingen beperken, terwijl deze beperking niet gold voor binnenlandse deelnemingen. Hierdoor ontstond het Bosal-gat. De voordelen waren namelijk onbelast vanwege de deelnemingsvrijstelling, terwijl de kosten in aftrek moesten worden toegestaan. De renteaftrekbeperking bij bovenmatige deelnemingsrente is gebaseerd op de gedachte dat het niet gewenst is renteaftrek toe te staan indien deze rente samenhangt met onbelaste voordelen uit de deelneming en heeft als doel het Bosal-gat te dichten. Het bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen dat geacht wordt verband te houden met de financiering van deelnemingen wordt volgens art. 13l, eerste lid, Wet VpB 1969 niet in aftrek toegestaan voor zover dit meer bedraagt dan € 750.000. De bovenmatige deelnemingsrente wordt bepaald aan de hand van een mathematische methode. Op deze hoofdregel zijn uitzonderingen gemaakt voor bijvoorbeeld een uitbreiding van operationele activiteiten.

In het vijfde hoofdstuk stond de vergelijking tussen de drie regelingen centraal. De vergelijking vond plaats op basis van vijf criteria, namelijk de noodzaak van de renteaftrekbeperking, de doeltreffendheid en doelmatigheid van de renteaftrekbeperking, eenvoud en uitvoerbaarheid, inpasbaarheid in het internationale belastingrecht en de

³³⁶ J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer, 2015, p. 143-144.

economische realiteit van de renteaftrekbeperking. Op basis van deze vergelijking is de volgende deelvraag beantwoord:

Hoe verhouden de Nederlandse renteaftrekbeperkingen zich tot de earnings-strippingregeling en in hoeverre dienen deze te worden aangepast om hiermee in overeenstemming te zijn?

Uit de toetsing blijkt dat zowel art. 10a Wet VpB 1969 als de earnings-strippingregeling ten opzichte van elkaar een voldoende scoren. Beide regelingen vullen elkaar goed aan. Bij de implementatie van de earnings-strippingregeling ben ik van mening dat het niet noodzakelijk is art. 10a Wet VpB 1969 te schrappen. Wel dient het tweede lid – dat stelt dat ook sprake is van een verband tussen de schuld en de rechtshandeling indien de schuld pas wordt aangegaan na het verrichten van de rechtshandeling - te worden afgeschaft, dient de disproportionaliteit in de compenserende heffingstoets – waarbij de belastinginspecteur altijd de mogelijkheid heeft de discussie aan te gaan met de belastingplichtige, ook al wordt de renteopbrengst belast tegen een tarief dat een stuk hoger ligt dan 10% - te worden weggenomen en dient het verbondenheidscriterium te worden verlaagd naar 25%.

Ik ben van mening dat bij implementatie van de earnings-strippingregeling, art. 131 Wet VpB 1969 dient te vervallen. Met name doordat de earnings-strippingregeling het voornaamste doel van art. 131 Wet VpB 1969, het dichten van het Bosal-gat, wél effectief bereikt, doordat voor toepassing van deze regeling sprake moet zijn van belastbare winst in Nederland en deelnemingsresultaten niet worden begrepen in de grondslag van de EBITDA.³³⁷ Ook is de regeling een stuk eenvoudiger zonder diverse uitzonderingen op de hoofdregel.

Op basis van het voorgaande kan de probleemstelling worden beantwoord. Met betrekking tot de noodzaak van de regelingen, kan mijns inziens worden geconcludeerd dat, los van het feit dat art. 10a Wet VpB 1969 ziet op specifieke situaties wat bij de earnings-strippingregeling niet van belang is, zowel de earnings-strippingregeling als art. 10a Wet VpB 1969 dezelfde noodzaak hebben. Dit is namelijk het bestrijden van de uitholling van de belastinggrondslag die wordt veroorzaakt door excessieve renteaftrek binnen concernverband. In de wijze van bestrijding verschillen beide regelingen echter. Art. 10a Wet VpB 1969 pakt bepaalde in de wet beschreven situaties specifiek aan, terwijl de earnings-strippingregeling een algemene werking heeft. Hierdoor is art. 10a Wet VpB 1969 mijns inziens doeltreffender en daarbij tevens meer proportioneel doordat de mogelijkheid tot tegenbewijs wordt geboden. Wel is de

³³⁷ F.J. Elswelier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182, onderdeel 5.1.

earnings-strippingregeling eenvoudiger en beter uitvoerbaar dan art. 10a Wet VpB 1969. Zo hoeft er niet te worden aangetoond dat sprake is van een bepaalde specifieke situatie waarop de renteaftrekbepanking van toepassing is. Ook biedt de earnings-strippingregeling de mogelijkheid voor het implementeren van de groepsratio-regel en de equity escape-regel, waarmee rekening wordt gehouden met de manier waarop een groep is gefinancierd.³³⁸ Met de equity escape-regel kan blijkens art. 4, vijfde lid, onderdeel a, ATAD een volledige aftrek van het financieringskostensurplus worden toegekend indien wordt aangetoond dat de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal gelijk is aan of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het concern. Volgens art. 4, vijfde lid, onderdeel b, ATAD kan de lidstaat een recht toekennen op aftrek van het financieringskostensurplus voor een bedrag dat hoger is dan hetgeen de belastingplichtige zou mogen aftrekken op grond van de hoofdregel. Doordat art. 131 Wet VpB 1969 niet volledig het Bosal-gat dicht, acht ik het niet noodzakelijk deze regeling te blijven hanteren naast de earnings-strippingregeling. De earnings-strippingregeling dicht het Bosal-gat namelijk wel effectief. Voor toepassing van deze regeling moet namelijk sprake zijn van belastbare winst in Nederland en worden deelnemingsresultaten niet begrepen in de grondslag van de EBTIDA.³³⁹ Ik pleit er dan ook voor art. 131 Wet VpB 1969 bij de implementatie van de earnings-strippingregeling af te schaffen.

Uit de toetsing blijkt dat in art. 10a Wet VpB 1969, om in overeenstemming te zijn met de earnings-strippingregeling, het verbondenheids criterium moet worden verlaagd naar 25%. Hiermee wordt mijns inziens een eenduidiger systeem gecreëerd. Ook ben ik van mening dat het implementeren van de earnings-strippingregeling moet worden aangegrepen voor het afschaffen van art. 10a, tweede lid, Wet VpB 1969 en het wegnemen van de disproportionaliteit in de compenserende heffingstoets. Bij het implementeren van de earnings-strippingregeling dient mijns inziens te worden aangesloten bij een drempel van € 1.000.000. Met een dergelijke drempel wordt het mkb mijns inziens voldoende ontzien. Wel dient hierbij rekening te worden gehouden met de drempel in andere EU-lidstaten met het oog op het fiscale vestigingsklimaat. Verder dient de groepsratio-regel niet te worden ingevoerd, waarmee kan worden bereikt dat art. 131 Wet VpB 1969 ook daadwerkelijk kan worden afgeschaft en waarmee een eenvoudig en uitvoerbaar systeem wordt gecreëerd.³⁴⁰ Ten slotte

³³⁸ R. Snoei en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108, onderdeel 5.1.

³³⁹ F.J. Elswier en J. van Strien, *'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?'*, WFR 2012/182, onderdeel 5.1.

³⁴⁰ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, 06-07-2016, p. 89.

dient wel gebruik te worden gemaakt van het vooruit wentelen van niet gebruikte EBITDA – ter verkleining van het procyclische effect van de EBITDA – en de equity escape-regel ten gunste van het fiscale vestigingsklimaat. Het Ministerie van Financiën heeft op 10 juli 2017 een consultatiedocument³⁴¹ gepubliceerd en heeft daarin de minimumeisen van de earnings-strippingregeling overgenomen. Hierbij wordt de specifieke invulling en het strenger maken van de regeling overgelaten aan het nieuwe kabinet. Mijns inziens dient dit consultatiedocument niet (volledig) te worden gevolgd. Zo dient naar mijn mening wel gebruik te worden gemaakt van de mogelijkheid niet gebruikte EBITDA vooruit te wentelen om zodoende het procyclische effect van de EBITDA te verkleinen. Ook ben ik van mening dat wel een uitsluiting moet gelden voor reeds voor 17 juni 2016 gesloten leningen en voor leningen die voor de financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject worden gebruikt. Het consultatiedocument dient mijns inziens wel te worden gevolgd met het opnemen van een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten.

³⁴¹ Nieuwsbericht 10-07-2017, 'Internetconsultatie ATAD1 geopend', <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/07/10/internetconsultatie-atad1-geopend>.

Literatuurlijst

Artikelen

- J.N. Bouwman, *‘De vennootschapsbelasting: tien jaren terug- en vooruitkijken’*, NTFR-B 2017/3.
- R. Brandsma, *‘Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt’*, WFR 2017/28.
- R.P.C.W.M. Brandsma en J.I. van Leeuwen, *‘Eén dodo maakt van art. 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak’*, WFR 2016/118.
- A.C. Breuer en A.J.A. Stevens, *‘Fiscale ontwikkelingen in Duitsland’*, WFR 2016/3.
- C. Bruijsten, *‘Valutaresultaten in de winstsfeer’*, TFO 2016/145.1.
- R. van Dam, Commentaar NDFR Artikel 10a Wet VPB 1969 Niet-aftrekbare rente.
- F.J. Elswelier, *‘Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen’*, MBB 2010/3.
- F.J. Elswelier en J. van Strien, *‘De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?’*, WFR 2012/182.
- S.E. Faber en R.P. van Geilswijk, *‘De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente’*, TFO 2013/128.1.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, aantekening 1.4, 9.2, 7.1.1, 10.1-10.2.1, 16.2-16.2.1, 17-17.1.2 en 19-19.2.3.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar bij artikel 13l Wet VpB 1969, aantekening 1.8, 7.4.3, 8 en 11.2.
- R. Gielen en C. Huisman, *‘Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres, gehouden op 3 april 2017’*, WFR 2017/142.
- I. de Groot, *‘Art. 13l Wet VpB 1969: een regelrechte miskoop’*, WFR 2016/207.
- I.M. de Groot, *‘EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta’*, WFR 2013/1318.
- J.H.A.M. van Helvoirt en F.W.G. Kam, *‘Bovenmatige deelnemingsrente’*, MBB 2012/12.
- S.I. Hoogenberg, *‘Fiscale herkwalificatie van leningen en kapitaal’*, Vennootschap & Onderneming, aflevering 9, 2012.

- H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, *'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)'*, WFR 2016/233.
- H.T.P.M. van den Hurk en S.J.P. Ubachs, *'De EBITDA-regel binnen de OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)'*, WFR 2016/238.
- P. Kavelaars, *'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen'*, TFO 2016/147.1.
- T.A. Keijzer, *'Art. 131 Wet VPB 1969: nieuwe troef overheid in strijd tegen excessieve renteaftrek?'*, Forfaitair 2013/236.
- Q.W.J.C.H. Kok, *'Renteaftrek bij acquisities'*, Ondernemingsrecht 2014/48.
- A.P. Lier, *'Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag?'*, WFR 1996/1449.
- O.C.R. Marres, *'De anti-ontgaansrichtlijn'*, NTFR-B 2017/18.
- O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente'*, WFR 2012/1426.
- O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)'*, WFR 2017/34.
- O.C.R. Marres, *'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel II)'*, WFR 2017/39.
- G.M.M. Michielse, *'Wetsvoorstel uitholling belastinggrondslag. Een gemiste kans'*, FED 1996/433.
- W.W. Monteiro en M. Koerts, *'Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht'*, WFR 2011/319.
- F.P.G. Pötgens, *Cursus Belastingrecht, deel Vennootschapsbelasting, Vpb.3.0.2.B.f.*
- D.J. Prinsen, *Commentaar NDFR artikel 10d Wet VPB 1969 Thincap-regeling (vervallen)*.
- Redactie Vakstudie Nieuws, *'Memorie van toelichting Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013'*, V-N 2012/30.3.
- Redactie Vakstudie Nieuws, *'Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten'*, V-N 2015/56.2.
- Redactie Vakstudie Nieuws, *'Voorstel 'anti tax avoidance'-richtlijn'*, V-N 2016/12.5.
- Redactie Vakstudie Nieuws, *'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)'*, V-N 2016/37.3.
- R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, *'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)'*, FED 2016/108.

- S.A. Stevens, *'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting'*, TFO 2017/150.4.
- S. Strik, *'Gelukkig, de renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld...'*, WFR 2012/1178.
- S.A.W.J. Strik, *'De aanscherping van de redelijkeheffingstoets'*, NTFR-B 2008/14.
- B. Suvaal, *'Art. 131 en de Wet aanpassing fiscale eenheid – over samenloop, dubbeltellingen, volzinnen en limieten'*, WFR 2016/13.
- N.E. Vis, *'De oogmerktoets bij de aftrekbeperking deelnemingsrente'*, WFR 2013/279.
- J. Vleggeert, *'Bovenmatige deelnemingsrente'*, NTFR 2012/1416.
- J. Vleggeert, *Cursus Belastingrecht, deel Vennootschapsbelasting, Vpb.2.2.3.B.f.*
- J. Vleggeert, *'Over rente en royalty's: de BEPS-acties 4 en 5'*, WFR 2016/49.
- D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees Belastingrecht, EBR.2.0.0.B.a.*
- M.P. Weterings en A.E.J. Hijkoop, *'Verslag van de 8ste NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht 'EU-Actieplan''*, WFR 2016/148.
- M.F. de Wilde, *'Commissievoorstellen Anti-ontgaanspakket; tussenstop of eindhalte?'*, FED 2016/38.
- M.F. de Wilde, *'De Anti-ontgaansrichtlijn van de Raad van 12 juli 2016'*, FED 2016/107.
- M.F. de Wilde, *'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht'*, MBB 2016/11.
- M.F. de Wilde, *'EU BEPS; Anti Tax Avoidance Package Europese Commissie'*, NTFR 2016/574.
- R.C.C. de Wit, *'De renteaftrekbeperkingen in het consultatiedocument'*, NTFR 2009/1646.
- S. Wolvers, *'Art. 131 Wet VPB 1969; onnodig haastwerk'*, NTFR 2012/1867.

Boeken

- H.P.A.M. van Arendonk, *'Wegwijs in de belastingheffing van ondernemingen'*, Den Haag, 2015.
- J.N. Bouwman en M.J. Boer, *'Wegwijs in de Vennootschapsbelasting'*, Den Haag, 2015.
- J.A.G. van der Geld, *'Hoofdzaken vennootschapsbelasting'*, Deventer, 2015.
- O.C.R. Marres, *'Winstdrainage door renteaftrek (artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan winst')'*, Deventer, 2008.

- J. van Strien, *'Renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting'*, Fiscale Monografieën, nr. 119, Kluwer, Deventer, 2007.

Jurisprudentie

Hof van Justitie

- HvJ 18 september 2003, C-168/01, BNB 2003/344 (*Bosal*).
- HvJ 2 september 2015, nr. C-386/14, BNB 2015/223 (*Groupe Steria*).

Hoge Raad

- HR 10 maart 1993, nr. 27295, BNB 1993/194.
- HR 10 maart 1993, nr. 27992, BNB 1993/195.
- HR 10 maart 1993, nr. 28139, BNB 1993/196.
- HR 10 maart 1993, nr. 28484, BNB 1993/197.
- HR 23 augustus 1995, nr. 29521, BNB 1996/3.
- HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4.
- HR 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5.
- HR 27 september 1995, nr. 30400, BNB 1996/6.
- HR 17 juni 2005, nr. 40819, BNB 2005/304.
- HR 19 maart 2010, nr. 09/02250, NTFR 2010/778.
- HR 8 april 2011, nr. 10/00651, BNB 2011/156.
- HR 24 februari 2012, nr. 10/03465, NTFR 2012/540.
- HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, BNB 2015/165.
- HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, BNB 2016/197.
- HR 21 april 2017, nr. 16/03669, V-N 2017/22.11.

Kamerstukken

- Kamerstukken I, 2006-2007, 30572, nr. C.
- Kamerstukken I, 2006-2007, 30572, nr. F.
- Kamerstukken I, 2011-2012, 33287, nr. D.
- Kamerstukken I, 2011-2012, 33287, nr. H.
- Kamerstukken I, 2016-2017, 34552, nr. A.
- Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 5.

- Kamerstukken II, 1995-1996, 24696, nr. 6.
- Kamerstukken II, 1996-1997, 24696, nr. 8.
- Kamerstukken II, 2003-2004, 29210, nr. 25.
- Kamerstukken II, 2003-2004, 29210, nr. 34.
- Kamerstukken II, 2005-2006, 30572, nr. 2.
- Kamerstukken II, 2005-2006, 31206, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2007-2008, 31206, nr. 7.
- Kamerstukken II, 2008-2009, 31369, nr. 6.
- Kamerstukken II, 2009-2010, 31369, nr. 9.
- Kamerstukken II, 2010-2011, 32637, nr. 14.
- Kamerstukken II, 2010-2011, 32800, nr. 17.
- Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 4.
- Kamerstukken II, 2011-2012, 33287, nr. 7.
- Kamerstukken II, 2012-2013, 33402, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2015-2016, 22112, nr. 2071.
- Kamerstukken II, 2015-2016, 25087, nr. 112.
- Kamerstukken II, 2016-2017, 34552, nr. 3.

Overig

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 16 januari 2013, Stb. 2013, 22.
- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, BLKB2013/110M.
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2016, kenmerk AFP/2016/394.
- Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel om art. 10a Wet VpB 1969 te wijzigen, zoals opgenomen in de nota van wijziging van 1 november 2007 bij het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2008 (31206).
- Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwijkingsrichtlijn).
- Conclusie A-G Wattel, 30 november 2010, nr. 10/00075.

- A.H.M. Daniels, noot bij HR 17 juni 2005, nr. 40819, BNB 2005/304.
- S.C.W. Douma, noot bij HR 24 februari 2012, nr. 10/03465, BNB 2012/229.
- Europese Commissie, Commission Staff Working Document, COM(2016) 23 final.
- Europese Commissie, The Anti Tax Avoidance Package – Questions and Answers, 28 januari 2016, MEMO/16/160.
- G.T.K. Meussen, noot bij HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, BNB 2004/142.
- Handelingen II, 2015-2016, nr. 98, item 34.
- Internetconsultatie ‘Enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969’ (onderdeel van het pakket Belastingplan 2017), 20 juni 2016.
- Nieuwsbericht 21-06-2016, ‘Internetconsultatie over enkele wijzigingen van de renteaftrekbeperkingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VpB 1969)’, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/06/21/internetconsultatie-over-enkele-wijzigingen-van-de-renteaftrekbeperkingen-in-de-wet-op-de-vennootschapsbelasting-1969-wet-vpb-1969>.
- Nieuwsbericht 10-07-2017, ‘Internetconsultatie ATAD1 geopend’, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/07/10/internetconsultatie-atad1-geopend>.
- OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.
- OECD (2015), Actions 1-15 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-g20-base-erosion-and-profit-shifting-project_23132612.
- OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.
- OECD (2017), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>.
- Persbericht van de Europese Commissie van 28 januari 2016, nr. IP/16/159.
- Persbericht van de Europese Commissie van 21 juni 2016, nr. IP/16/1886.

- Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, 06-07-2016.
- Redactionele aantekening bij V-N 2017/22.11.
- Stb. 1996, 651.
- Stb. 2016, 544.
- S. van Weeghel, annotatie bij HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, FED 1996/216.

Richtlijnen

- Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen.
- Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016.