

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics
Masterscriptie Fiscale Economie



Earningsstripping – bepaling in Nederland

Nanette Burger
Studentnummer: 374231
Rotterdam, januari 2018
Begeleidend docent: R.C. de Smit

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie Fiscale Economie. Nadat ik gedurende mijn studie meerdere malen heb gekozen om mij te verdiepen in de renteaftrekbepeningen van de vennootschapsbelasting, was ook nu de keuze gauw gemaakt om mijn studietijd af te sluiten met een onderzoek naar de meest recente ontwikkeling aangaande de renteaftrekbepeningen in de vennootschapsbelasting.

Nu dit onderzoek is afgerond, mijn masterscriptie is geschreven en mijn studietijd op zijn einde komt, is het aan mij om een aantal mensen te bedanken. Als eerste mijn scriptiebegeleider: Ruud de Smit. Bedankt voor het begeleiden van zowel mijn bachelor- als masterscriptie. Bedankt voor uw enthousiasme tijdens de sparringsmomenten en uw kritische feedback, die mij heeft uitgedaagd het beste uit mijzelf te halen. Ik heb onze samenwerking altijd als meer dan prettig ervaren. Daarnaast wil ik de Corporate Tax afdeling van PwC Rotterdam bedanken voor het faciliteren en de mogelijkheid tot sparren gedurende mijn scriptieproces.

Naast de vele mensen die ik heb ontmoet gedurende mijn studie en de support die ik heb gekregen van vrienden en familie, wil ik drie mensen persoonlijk bedanken: lieve Cas, dankjewel voor je onvoorwaardelijke support en vertrouwen in mij. Niet alleen gedurende mijn scriptietijd, maar eigenlijk gedurende mijn gehele studieperiode. Jij hebt mij altijd uitgedaagd om alles eruit te halen wat erin zit. Zonder jou was het zeker niet zo goed gelukt.

En tot slot, lieve pap, lieve mam, dank jullie wel voor wie jullie zijn en voor de manier waarop jullie mij, zowel financieel als emotioneel, hebben gesteund tijdens mijn studietijd. Het vertrouwen, de trots, maar vooral ook de betrokkenheid bij mijn leven zijn mij heel dierbaar en hebben mij zeker gevormd tot wie ik nu ben. Dank jullie wel voor alles!

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Inhoudsopgave	4
1. Hoofdstuk 1: Inleiding	8
<hr/>	
1.1. Aanleiding voor het onderzoek	8
1.1.1. Renteaftrek en renteaftrekbepaling in Nederland	8
1.1.2. Europese Unie (EU)	8
<hr/>	
1.2. Doel, probleemstelling en toetsingskader	10
1.2.1. Doel	10
1.2.2. Probleemstelling en toetsingskader	11
<hr/>	
1.3. Opzet en afbakening	12
1.3.1. Opzet	12
1.3.2. Afbakening	13
<hr/>	
2. Hoofdstuk 2: De earningsstripping-bepaling	14
<hr/>	
2.1. Inleiding	14
2.2. De hoofdregel	14
2.2.1. Financieringskostensurplus	14
2.2.2. Ebitda	15
2.2.3. Keuzemogelijkheden	15
<hr/>	
2.3. Toepassing op fiscale eenheids- of lidstaatniveau	16
2.4. Franchise	17
2.4.1. Keuzemogelijkheden	17
<hr/>	
2.5. Uitsluiting 'op-zichzelf-staande-entiteit'	18
2.6. Eerbiedigende werking (grandfatheringclausule)	20
2.7. Langlopende openbare-infrastructuurprojecten	21
2.8. De groepsestapes	21
2.8.1. EV-uitzondering	22
2.8.2. Ebitda-uitzondering	22
<hr/>	
2.9. Verrekening over de tijd	25
2.9.1. Onbepaalde voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus	25
2.9.2. Achterwaartse verrekening van het financieringskostensurplus	25
2.9.3. Voortwenteling van de niet-benutte rentecapaciteit	26
2.9.4. Keuzemogelijkheden	26

2.10. Uitsluiting van financiële ondernemingen	26
2.11. Conclusie	26
3. Hoofdstuk 3: de doelstelling	29
3.1. Inleiding	29
3.2. Doelstelling van de anti-ontwikingsrichtlijn	29
3.2.1. Het gebruik van renteaftrek bij grondslaguitholling en winstverschuiving	30
3.3. Specifieke Europese en Nederlandse doelstellingen	31
3.3.1. Europa	31
3.3.2. Nederland	31
3.4. Conclusie	32
4. Hoofdstuk 4: Welke belastingplichtigen worden geraakt?	33
4.1. Inleiding	33
4.2. Van belang zijnde factoren voor de toepassing van de hoofdregel	33
4.2.1. De schuldratio	33
4.2.2. De ratio ebitda/balanstotaal	34
4.2.3. De hoogte van het rentepercentage op vreemd vermogen	35
4.2.4. De verhouding tussen in- en uitlenen	35
4.2.5. Subconclusie	36
4.3. Specifieke sectoren	36
4.3.1. De vastgoedsector	36
4.3.2. De private equity sector	38
4.3.3. De publiek-private samenwerking	39
4.3.4. De financiële sector	40
4.3.5. Subconclusie	40
4.4. Het MKB versus grote ondernemingen	40
4.4.1. De hoogte van het rentepercentage op vreemd vermogen	41
4.4.2. Schuldratio MKB (het onderzoek van Vrijburg)	42
4.4.3. Schuldratio grote ondernemingen (het onderzoek van Speet)	42
4.4.4. Rajan en Zingales	43
4.4.5. Subconclusie	44
4.5. Conclusie	44
5. Hoofdstuk 5: De hoofdregel en het toepassingsbereik	46
5.1. Inleiding	46

5.2.	De hoofdregel	46
5.2.1.	Economisch dubbele belasting	46
5.2.2.	Stijging van de kosten van vreemd vermogen	47
5.2.3.	Gelijkere behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen	47
5.2.4.	Het huidige kader van wet- en regelgeving	47
5.2.5.	De effectiviteit van de hoofdregel	48
<hr/>		
5.3.	De keuzemogelijkheden bij de hoofdregel	49
5.3.1.	Verlaging van het percentage van 30%	49
5.3.2.	Berekening op basis van ebit in plaats van ebitda	50
<hr/>		
5.4.	Toepassing van de earningsstripping-bepaling	51
5.4.1.	Een economisch gelijkwaardige situatie anders behandelen	51
5.4.2.	Praktische moeilijkheden en uitvoeringskosten	53
5.4.3.	Het huidige kader van wet- en regelgeving	54
5.4.4.	Subconclusie	56
<hr/>		
5.5.	Conclusie	56
<hr/>		
6.	Hoofdstuk 6: Uitsluitingen	58
<hr/>		
6.1.	Inleiding	58
6.2.	De franchise	58
6.2.2.	Verlaging van de franchise	60
6.2.3.	Berekeningsmethode	62
6.2.4.	Subconclusie	62
<hr/>		
6.3.	Uitsluiting van een 'op-zichzelf-staande-entiteit'	62
6.3.2.	Subconclusie	63
<hr/>		
6.4.	Uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten	63
6.4.1.	Effectiviteit	64
6.4.2.	Subconclusie	65
<hr/>		
6.5.	Uitsluiting van financiële ondernemingen	65
6.6.	Conclusie	66
<hr/>		
7.	Hoofdstuk 7: De groepsescapes	68
<hr/>		
7.1.	Inleiding	68
7.2.	De EV-uitzondering	68
7.2.1.	De gevolgen	69
7.2.2.	De effectiviteit	69

7.3.	De <i>ebitda</i> -uitzondering	70
7.3.1.	De gevolgen	70
7.3.2.	De effectiviteit	71
7.3.3.	Onzekerheid	73
7.4.	Subconclusie	73
7.4.1.	Verlaging van het percentage aftrekbaarheid van de hoofdregel	75
7.5.	De vastgoedsector en de <i>private equity</i> sector	75
7.5.1.	Vastgoedsector	75
7.5.2.	De private equity sector	76
7.5.3.	Subconclusie	77
7.6.	Conclusie	78
8.	Hoofdstuk 8: Verrekening over de tijd en overgangsrecht	79
8.1.	Inleiding	79
8.2.	Verrekening over de tijd	79
8.2.1.	Procyclisch effect	79
8.2.2.	Effectiviteit	80
8.2.3.	Het huidige kader van wet- en regelgeving	81
8.2.4.	Subconclusie	82
8.3.	Overgangsrecht	83
8.3.1.	Rechtszekerheid	84
8.3.2.	Het beginsel van technische en financiële uitvoerbaarheid	84
8.3.3.	Gevolgen van de samenloop naar aanleiding van de eerbiedigende werking	85
8.3.4.	Rechtszekerheid versus uitvoeringskosten en praktische uitvoerbaarheid	86
8.3.5.	Effectiviteit	86
8.3.6.	Subconclusie	87
8.4.	Conclusie	87
9.	Hoofdstuk 9: Conclusie	88
	Literatuurlijst	96
	Bijlage 1	99
	Bijlage 2	100
	Bijlage 3	101

1. Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Aanleiding voor het onderzoek

1.1.1. Renteaftrek en renteaftrekbeperking in Nederland

In de vennootschapsbelasting (hierna: VPB) wordt de financiering van een onderneming met eigen vermogen anders behandeld dan de financiering van een onderneming met vreemd vermogen. De vergoeding op het verschaffen van vreemd vermogen, de rente, is bij de rentebetalder aftrekbaar van de fiscale winst.¹ Daarentegen is dividend, de vergoeding op het verschaffen van eigen vermogen, niet aftrekbaar van de fiscale winst.² Fiscaal gezien kan het derhalve voordelig zijn om een onderneming te financieren met zoveel mogelijk vreemd vermogen.

Renteaftrek in de VPB leidt er in de praktijk toe dat gekunstelde, fiscaal gedreven constructies worden opgezet, zodat zoveel mogelijk rente van de winst kan worden afgetrokken. Dit leidt tot uitholling van de grondslag in de VPB. Daarnaast kan kunstmatig gecreëerde renteaftrek strijdig zijn met doel en strekking van de VPB en derhalve worden bestempeld als misbruik.³ Om grondslaguitholling en misbruik tegen te gaan, is in de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB) sprake van een aantal renteaftrekbeperkingen. Enerzijds zijn dit renteaftrekbeperkingen opgenomen in de Wet VPB⁴ en anderzijds zijn dit renteaftrekbeperkingen ontwikkeld in de jurisprudentie⁵.

1.1.2. Europese Unie (EU)

Nederland is, vanzelfsprekend, niet het enige land in de wereld dat zich druk maakt om grondslaguitholling van de winstbelasting. In de media is de afgelopen jaren meermaals scherpe kritiek geuit op de manier waarop multinationals omgaan met hun belastingplicht.⁶ Niet alleen multinationals worden aangesproken op hun verantwoordelijkheden; ook landen die misbruik 'faciliteren' kunnen rekenen op een grove dosis kritiek in de media.⁷ Misbruik door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving (hierna: BEPS⁸) is 'hot'.

Op 19 juli 2013 heeft de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) een actieplan⁹ gepubliceerd ter bevordering van het gezamenlijk tegengaan van BEPS. Dit actieplan heeft op 5 oktober 2015 geleid tot 15 definitieve actieplannen. In navolging van de ontwikkelingen bij de OESO is ook de Europese Commissie zich verder gaan ontwikkelen met betrekking tot gezamenlijke maatregelen binnen de Europese Unie ter voorkoming van BEPS.¹⁰ Dit

¹ Artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 juncto artikel 3.8 Wet IB 2001.

² Artikel 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969.

³ *Vakstudie Vennootschapsbelasting 1969*, art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 15.28.

⁴ De belangrijkste wettelijke renteaftrekbeperkingen zijn opgenomen in de artikelen 10a, 10b, 13l en 15ad Wet VPB 1969.

⁵ Voorbeelden van renteaftrekbeperkingen ontwikkeld in de jurisprudentie zijn het *fraus legis*-leerstuk, de schijnlening, de deelnemerschapslening (eveneens opgenomen in art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969) en de bodemloze putlening.

⁶ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 75.

⁷ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 75.

⁸ BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting*.

⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', OECD Publishing 2013.

¹⁰ Zie hiervoor: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad (17 juni 2015), *Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden*; Conclusies van de Raad (8 december 2015), *vennootschapsbelasting – grondslaguitholling en winstverschuiving*.

heeft in januari 2016 geleid tot een eerste Voorstel voor Richtlijn.¹¹ Op 12 juli 2016 is daaropvolgend de definitieve Richtlijn 2016/1164/EU¹² (hierna: anti-ontwijkingsrichtlijn) aangenomen. Deze anti-ontwijkingsrichtlijn moet door de lidstaten van de EU worden geïmplementeerd in de nationale wet. Met uitzondering van art. 5 (exitheffingen) en art. 9 (hybride mismatches), is in principe daarvoor de uiterlijke datum 31 december 2018. De aangepaste nationale wetgeving in de lidstaten moet derhalve vanaf 1 januari 2019 van kracht zijn.¹³

1.1.2.1. De anti-ontwijkingsrichtlijn

De anti-ontwijkingsrichtlijn stelt regels “ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt”¹⁴. Concreet betekent dit dat de anti-ontwijkingsrichtlijn voorziet in vijf bepalingen die tezamen het ontwijken van belastingheffing door middel van *BEPS* moeilijk(er) moeten maken. Het betreft hier een beperking van de aftrekbaarheid van rente (hierna: earningsstripping-bepaling), exitheffingen, een algemene antimisbruikregeling, een regeling betreffende gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en een regeling betreffende kwalificatieconflicten door hybride structuren. Het is hierbij belangrijk om op te merken dat deze bepalingen minimummaatregelen zijn, hetgeen tot gevolg heeft dat de lidstaat de mogelijkheid krijgt om strengere maatregelen op te nemen dan gegeven in de richtlijn. Het onderzoek in deze masterscriptie richt zich slechts op de implementatie van de zogenoemde earningsstripping-bepaling van art. 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.

De hoofdregel van de earningsstripping-bepaling houdt, kort gezegd, in dat de belastingplichtige het saldo van rentekosten minus rentebaten (hierna: financieringskostensurplus) mag aftrekken van de fiscale winst tot een maximum van 30% van de *ebitda*^{15,16}. Zoals hiervoor opgemerkt betreft het een minimummaatregel. In dit specifieke geval betekent dit dat de lidstaat bijvoorbeeld mag kiezen voor een lager aftrekbaar percentage dan 30% van de *ebitda*. Daarnaast kunnen lidstaten ervoor kiezen dat de belastingplichtige, normaliter degene die volgens de nationale wet aan de VPB is onderworpen, de mogelijkheid krijgt om het financieringskostensurplus en de *ebitda* te berekenen op concernniveau. De *ebitda* wordt bepaald aan de hand van de aan VPB onderworpen winst vermeerderd met het financieringskostensurplus, de fiscale afschrijvingen en amortisatie.¹⁷ Naast de verplichte hoofdregel heeft de lidstaat de mogelijkheid om bij implementatie te kiezen voor een aantal zogenoemde escapes. Deze escapes worden hierna kort toegelicht.

Art. 4 lid 3 onderdeel a anti-ontwijkingsrichtlijn betreft een verruiming van de aftrekbaarheid van het financieringskostensurplus tot een bedrag van drie miljoen euro: de zogenoemde franchise. Onderdeel b geeft de mogelijkheid tot volledige aftrek van rente voor een ‘op-zichzelf-staande-entiteit’.

¹¹ Voorstel voor een Richtlijn 2016/0011/EU van de Raad van 28 januari 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, (COM(2016)26 def.).

¹² Richtlijn 2016/1164/EU van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, (*PbEU* 2016, L 193/1).

¹³ Artikel 11 lid 1, lid 5 en lid 5bis anti-ontwijkingsrichtlijn.

¹⁴ Richtlijn 2016/1164/EU van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, (*PbEU* 2016, L 193/1).

¹⁵ *Ebitda: earnings before interest, tax, depreciation and amortization.*

¹⁶ Artikel 4 lid 1 anti-ontwijkingsrichtlijn.

¹⁷ Artikel 4 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn.

Art. 4 lid 4 geeft een uitsluiting van de hoofdregel voor bepaalde soorten leningen. Kort gezegd betreft dit leningen die vóór 17 juni 2016 zijn gesloten en leningen die betrekking hebben op de financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten.

Art. 4 lid 5 betreft twee tegenbewijsregelingen waarvoor de lidstaat kan kiezen, de zogenoemde groepsescapes. Voor beide tegenbewijsregelingen moet de belastingplichtige onderdeel zijn van een, voor financiële boekhouding, geconsolideerd concern. De eerste tegenbewijsregeling houdt in dat de belastingplichtige de earningsstripping-bepaling buiten toepassing kan laten als de ratio tussen het eigen vermogen en balanstotaal van de belastingplichtige gelijk is aan of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het concern. De tweede tegenbewijsregeling geeft een verruiming van de aftrek van het financieringskostensurplus. Aftrek wordt dan als volgt berekend:

$$\frac{\textit{financieringskostensurplus v/h concern t. o. v. derden}}{\textit{ebitda van het concern}} = \textit{percentage aftrekbaar}$$

Dit aftrekbare percentage wordt vervolgens vermenigvuldigd met de *ebitda* van de belastingplichtige. In de praktijk zal dit er dus toe leiden dat als het hierboven berekende percentage groter is dan 30%, de belastingplichtige de aftrek van het financieringskostensurplus mag verruimen tot dat percentage.

Op grond van art. 4 lid 6 kan de lidstaat de belastingplichtige de mogelijkheid geven om het financieringskostensurplus te verrekenen met andere jaren als dit in het lopende tijdvak niet kan worden afgetrokken. Hierbij kan worden gekozen voor slechts onbeperkte voorwaartse verrekening, maar ook voor een combinatie van onbeperkte voorwaartse verrekening met beperkte achterwaartse verrekening.

Tot slot kunnen lidstaten op grond van art. 4 lid 7 ervoor kiezen om financiële ondernemingen uit te sluiten van de earningsstripping-bepaling.

1.2. Doel, probleemstelling en toetsingskader

1.2.1. Doel

Zoals al blijkt uit voorgaande moeten lidstaten, en in het bijzonder Nederland, bij de implementatie van de earningsstripping-bepaling in de nationale wetgeving veel keuzes maken. Van welke escapes moet gebruik worden gemaakt? En als bijvoorbeeld voor een verrekening van het financieringskostensurplus wordt gekozen, voor welke wijze van verrekening moet de Nederlandse wetgever dan kiezen? Hoe hoog moet een eventuele franchise worden?

In de periode vanaf 10 juli 2017 tot en met 21 augustus 2017 heeft de wetgever al een conceptwetsvoorstel voor de implementatie van de anti-ontwijkingsrichtlijn ter consultatie aangeboden.¹⁸ In dit consultatiedocument is aangegeven dat, met het oog op de demissionaire status van het kabinet, de minimumrichtlijn als uitgangspunt is genomen. Slechts '*daar waar strikte implementatie van de minimumnorm [...] leidt tot een onevenredige toename van de uitvoeringskosten*'¹⁹, is er in het consultatiedocument gekozen om verder te gaan dan de minimumnorm. In het geval van de earningsstripping-bepaling betekent dit bijvoorbeeld dat in het consultatiedocument geen escape is opgenomen voor leningen afgesloten vóór 17 juni 2016, leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten en voor financiële ondernemingen.

¹⁸ Consultatiedocument implementatie ATAD1, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

¹⁹ Consultatiedocument implementatie ATAD1, pag. 1, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

Op 10 oktober 2017 is de nieuwe regering gevormd en het Regeerakkoord 2017-2021 gepubliceerd.²⁰ In dit Regeerakkoord is kort aangegeven hoe de earningsstripping-bepaling volgens het nieuwe kabinet moet worden geïmplementeerd. Daarbij zijn slechts de belangrijkste escapes benoemd en is verder geen enkele vorm van onderbouwing gegeven. De vraag of en zo ja, op welke wijze, Nederland gebruik moet maken van escapes, moet, mijns inziens, afhangen van een drietal categorieën gevolgen: I) de gevolgen voor de belastingplichtige, II) de gevolgen voor het huidige kader van wet- en regelgeving en III) de gevolgen voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Deze masterscriptie heeft tot doel om aan de hand van deze gevolgen een advies te geven over de wijze van implementatie in de Nederlandse wet.

1.2.2. *Probleemstelling en toetsingskader*

De hoofdvraag luidt als volgt:

Op welke wijze moet de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet, indien rekening wordt gehouden met de eventuele gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling?

Om tot een antwoord op deze vraag te komen zijn de volgende deelvragen opgesteld:

Hoofdstuk 2:

- Welke keuzemogelijkheden heeft Nederland met betrekking tot de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?

Hoofdstuk 3:

- Wat is de doelstelling van de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?

Hoofdstuk 4:

- Welke soorten belastingplichtigen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling?

Hoofdstuk 5:

- Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welke wijze moet de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet?
- Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welk niveau moet de earningsstripping-bepaling worden toegepast?

Hoofdstuk 6:

- Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de escapes met betrekking tot uitsluitingen implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet Nederland deze uitsluitingen implementeren?

Hoofdstuk 7:

- Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, een

²⁰ Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie.

groepsescape implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de groepsescape implementeren?

Hoofdstuk 8:

- Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de escape met betrekking tot de verrekening over de tijd implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de verrekening over de tijd implementeren?
- Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, voorzien in een eerbiedigende werking? Zo ja, op welke wijze moet Nederland de eerbiedigende werking implementeren?

In deze scriptie wordt de vraag of en zo ja, op welke wijze, Nederland bepaalde escapes moet implementeren in de Nederlandse wet, getoetst aan de hand van een drietal gevolgen van deze escapes met bijbehorende keuzemogelijkheden.

Ten eerste betreft dit de gevolgen voor belastingplichtigen: zij worden immers eventueel beperkt in hun renteaftrek. Hierbij wil ik opmerken dat ik in het kader van deze toets tracht dichtbij de praktische gevolgen voor belastingplichtigen te blijven en niet zozeer inga op macro-economische gevolgen, zoals bijvoorbeeld het Nederlandse vestigingsklimaat.

Ten tweede wordt, indien relevant, getoetst aan het huidige kader van wet- en regelgeving en staat centraal of en zo ja, hoe, de verschillende escapes passen in deze wet- en regelgeving. Hierbij vraag ik mij bijvoorbeeld af of aanvullende regels noodzakelijk zijn om ervoor te zorgen dat escapes effectief worden geïmplementeerd.

De derde en laatste toets betreft de gevolgen voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. De vraag of de implementatie van een bepaalde escape ten goede komt aan de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling wordt beoordeeld aan de hand van de doelstellingen van de anti-ontwijkingsrichtlijn met daarbinnen specifiek de doelstellingen van de earningsstripping-bepaling. Daarnaast wordt de effectiviteit beoordeeld aan de hand van de specifieke doelstellingen van de Nederlandse regering ten aanzien van het Nederlandse belastingstelsel.

In beginsel bespreek ik de hiervoor opgenomen toetsingskaders apart. Echter, in sommige gevallen heb ik ervoor gekozen om - ten behoeve van de leesbaarheid - de eerste twee toetsen integraal te behandelen.

1.3. Opzet en afbakening

1.3.1. Opzet

In het tweede hoofdstuk licht ik de earningsstripping-bepaling, zoals opgenomen in de anti-ontwijkingsrichtlijn, toe. Hierbij komen de verplichte hoofdregel en mogelijke escapes ieder apart aan de orde. De interpretatie van eventuele onduidelijkheden in de richtlijntekst speelt hier eveneens een rol.

In het derde hoofdstuk staat de doelstelling van de earningsstripping-bepaling centraal. Deze doelstelling bekijk ik zowel vanuit het perspectief van de OESO, de Europese Unie als vanuit dat van Nederland. Naast de doelstelling van de earningsstripping-bepaling wordt eveneens een aantal algemene doelstellingen van het Nederlandse belastingstelsel benoemd.

Voordat in het vijfde hoofdstuk (en verder) kan worden bepaald op welke wijze de verschillende escapes moeten worden geïmplementeerd, beoordeel ik eerst in het vierde hoofdstuk welke soorten belastingplichtigen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. In dit kader zet ik een viertal van belang zijnde factoren uiteen. Daarnaast onderzoek ik specifiek of juist het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB) of het grootbedrijf groot risico loopt om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

In de hoofdstukken 5 tot en met 8 staan de verschillende escapes centraal. Voor elke escape met bijbehorende keuzemogelijkheden onderzoek ik wat de gevolgen zijn voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Naar aanleiding van deze gevolgen beoordeel ik of en zo ja, op welke wijze, de afzonderlijke escapes moeten worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet. Hoofdstuk 5 betreft de hoofdregel, met bijbehorende keuzemogelijkheden, en het toepassingsbereik van de earningsstripping-bepaling. Hoofdstuk 6 betreft de uitsluitingen. Dit zijn achtereenvolgens: de franchise, de uitsluiting van de 'op-zichzelf-staande-entiteit', de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten en de uitsluiting van financiële ondernemingen. Hoofdstuk 7 gaat nader in op de twee mogelijke groepsescapes, te weten de EV-uitzondering en de *ebitda*-uitzondering. Vervolgens in hoofdstuk 8 staat de verrekening over de tijd centraal en wordt onderzocht of en op welke wijze Nederland overgangsrecht moet implementeren.

In hoofdstuk 9 beantwoord ik, aan de hand van een samenvatting, alle deelvragen en geef ik antwoord op de hoofdvraag.

1.3.2. Afbakening

Tot slot maak ik nog twee afbakeningen. De eerste afbakening betreft het feit dat ik onderzoek doe naar de gevolgen van de verschillende escapes en bijbehorende keuzemogelijkheden van de earningsstripping-bepaling. Zoals hiervoor al aangegeven, is Nederland verplicht om de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling te implementeren in de Nederlandse wet. Dit heeft ertoe geleid dat de earningsstripping-bepaling als zodanig in dit onderzoek een gegeven is. Ik onderzoek zodoende niet of de earningsstripping-bepaling ook de 'beste' soort renteaftrekbepaling is.

De tweede afbakening betreft het onderzoek naar de gevolgen voor het huidige kader van wet- en regelgeving. Ik onderzoek daarbij slechts de gevolgen voor de Nederlandse wet- en regelgeving. Zodoende voer ik geen internationaal vergelijkend onderzoek uit.

2. Hoofdstuk 2: De earningsstripping-bepaling

2.1. Inleiding

Voordat wordt ingegaan op de gevolgen van de verschillende escapes van de earningsstripping-bepaling, komt in dit hoofdstuk eerst de earningsstripping-bepaling als zodanig aan bod. Zoals in de inleiding al kort besproken, kent de earningsstripping-bepaling een verplichte hoofdregel met een aantal mogelijke escapes. Elke lidstaat mag voor elk escape afzonderlijk beslissen of zij deze implementeert. Naast de vraag óf de lidstaat de escapes implementeert, zijn er in de hoofdregel en de escapes nog een aantal keuzemogelijkheden. Elke escape en keuzemogelijkheid komt in dit hoofdstuk afzonderlijk aan bod. Daarbij wordt dieper ingegaan op de begrippen gebruikt in de earningsstripping-bepaling, zodat aan het einde van dit hoofdstuk helder is wat de earningsstripping-bepaling precies inhoudt en welke keuzes de lidstaat kan maken. Dit hoofdstuk betreft derhalve niet de Nederlandse implementatie van de earningsstripping-bepaling, maar gaat over de earningsstripping-bepaling zoals opgenomen in de richtlijn. Hierbij merk ik alvast op dat de richtlijn niet altijd uitgebreid ingaat op gebruikte begrippen. In de preambule van de richtlijn wordt meerdere malen expliciet verwezen naar de Actieplannen van de OESO, waaronder *BEPS Action 4: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*²¹ (hierna: Actieplan 4). Zodoende wordt - bij gebrek aan invulling in de richtlijn - gekeken naar de invulling van betreffende begrippen in OESO-Actieplan 4. De deelvraag die bij dit hoofdstuk hoort luidt als volgt: Welke keuzemogelijkheden heeft Nederland met betrekking tot de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?

2.2. De hoofdregel

In art. 4 lid 1 van de anti-ontwijkingsrichtlijn is de volgende hoofdregel opgenomen: '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.'²²

2.2.1. Financieringskostensurplus

Met 'financieringskostensurplus' wordt bedoeld: '*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.*'²³ Het begrip 'financieringskosten' is eveneens apart gedefinieerd, namelijk als: '*rentelasten op alle vormen van schuld, andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen als omschreven in het nationale recht, [...]*'²⁴

In voorgaande definities zijn een aantal aspecten van belang. Ten eerste is dat het feit dat de earningsstripping-bepaling aansluit bij het financieringskostensurplus, te weten het saldo van rentekosten minus rentebaten. Dit wordt ook wel nettorente genoemd. Het gevolg van aansluiten bij

²¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, '*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.

²² Art. 4 lid 1 anti-ontwijkingsrichtlijn.

²³ Art. 2 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn.

²⁴ Art. 2 lid 1 anti-ontwijkingsrichtlijn. Het begrip wordt in dit lid aangevuld met een niet-uitputtende lijst van soorten kosten, die allemaal kwalificeren als financieringskosten voor de earningsstripping-bepaling.

de nettorente is dat rentekosten tenminste aftrekbaar zijn voor zover hier rentebaten tegenover staan. Ten tweede blijkt uit art. 2 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn dat het financieringskostensurplus ‘slechts’ bestaat uit aftrekbare rentekosten en belastbare rentebaten. Indien rentekosten dus niet aftrekbaar zijn of rentebaten niet worden belast, dienen deze niet te worden meegenomen in de bepaling van het financieringskostensurplus. Met betrekking tot onzakelijke leningen betekent dit dat slechts de zakelijke rente wordt meegenomen in de bepaling van het financieringskostensurplus. Dit komt doordat slechts dit deel van de rente aftrekbaar is.²⁵ Tot slot zijn de begrippen rentebaten en rentelasten uitgebreid met ‘andere economisch gelijkwaardige’ inkomsten respectievelijk kosten. Dit betekent dat bij de bepaling van het financieringskostensurplus de economische realiteit van kosten en baten moet worden gevolgd en niet zo zeer de juridische vorm.²⁶

2.2.2. Ebitda

Uit de hoofdregel blijkt dat het financieringskostensurplus kan worden afgetrokken van de fiscale winst tot een maximum van 30% van de *ebitda* van de belastingplichtige. Hoe deze *ebitda* moet worden bepaald, is beschreven in art. 4 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn: ‘*De ebitda wordt 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 onderworpen zijn. Belastingvrije inkomsten worden uitgesloten van de ebitda van de belastingplichtige.*’

Zoals uit het voorgaande blijkt is het startpunt voor de berekening van de *ebitda* de winst die aan vennootschapsbelasting is onderworpen, ofwel de fiscale winst. Voor de bepaling van de *ebitda* wordt deze winst verhoogd met het financieringskostensurplus en de fiscale afschrijvingen en amortisatie. Daarnaast wordt in de tweede volzin nog expliciet opgemerkt dat belastingvrije inkomsten worden uitgesloten.²⁷ De earningsstripping-bepaling gaat dus uit van een fiscale *ebitda*²⁸. Voor een rekenvoorbeeld van de hoofdregel verwijs ik naar bijlage 1.

2.2.3. Keuzemogelijkheden

Zoals in de inleiding al opgemerkt is de anti-ontwijkingsrichtlijn een minimumrichtlijn. Dit betekent dat de lidstaten vrij zijn om de richtlijn strenger te implementeren dan weergegeven door de EC.²⁹ Met betrekking tot de hoofdregel houdt dit in dat de lidstaat het percentage van 30% mag verlagen.³⁰ Daarnaast kan de lidstaat ervoor kiezen om het aftrekbare bedrag niet te berekenen op basis van de *ebitda*, maar op basis van de *ebit*.³¹ *Ebit* is gelijk of lager dan *ebitda*, doordat de fiscale winst in dat geval niet wordt vermeerderd met fiscale afschrijvingen en amortisatie. De aftrekbare ruimte kan op die manier verder worden beperkt.

²⁵ Redactie Vakstudie-Nieuws: Reactie Vakstudie-Nieuws op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 10 juli 2017.

²⁶ Deze ‘*substance over form*’ benadering blijkt ook uit hoofdstuk 2 van OESO-Actieplan 4.

²⁷ Denk hierbij bijvoorbeeld aan vrijgestelde deelnemingsvoordelen.

²⁸ Hierna zal de term *ebitda* altijd betekenen ‘fiscale *ebitda*’. Als het de commerciële *ebitda* betreft wordt dit expliciet benoemd.

²⁹ Artikel 3 anti-ontwijkingsrichtlijn.

³⁰ Preambule 6 anti-ontwijkingsrichtlijn; De OESO raadt in dit kader in principe, in paragraaf 99 van Actieplan 4, een percentage tussen de 10 en 30 procent aan.

³¹ Preambule 6 anti-ontwijkingsrichtlijn.

2.3. Toepassing op fiscale eenheids- of lidstaatniveau

Art. 4 lid 1 anti-ontwijkingsrichtlijn betreft, nadat de hoofdregel uiteen is gezet, direct de eerste escape voor de lidstaten. Deze escape houdt in dat voor de toepassing van de earningsstripping-bepaling de lidstaten ook als belastingplichtige kunnen behandelen:

'a) een entiteit die de regels namens een concern mag of moet toepassen, als bepaald in het nationale belastingrecht;

*b) een entiteit in een concern, als omschreven volgens het nationale belastingrecht, dat de resultaten van de leden niet voor belastingdoeleinden consolideert.'*³²

In de preambule bij de richtlijn wordt duidelijk dat deze escape in het leven is geroepen voor situaties waarin een concern meer dan één entiteit in dezelfde lidstaat heeft.³³ In die gevallen mogen de lidstaten toestaan dat het financieringskostensurplus en de *ebitda* worden berekend op fiscale eenheids- of lidstaatniveau. Onderdeel a is daarbij specifiek geschreven voor lidstaten die gebruik maken van een groepsregime, zoals het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Dit onderdeel houdt namelijk in dat het financieringskostensurplus en de *ebitda* op het niveau van het groepsregime moeten worden berekend. Onderdeel b breidt het toepassingsgebied nog verder uit door goed te keuren dat, ongeacht het bestaan van een groepsregime, de entiteiten van eenzelfde concern, die in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, het financieringskostensurplus en de *ebitda* op lidstaatniveau moeten berekenen.

De vraag, die in dit kader rijst, is of de lidstaat de mogelijkheid krijgt om de bepaling op fiscale eenheids- of lidstaatniveau op facultatieve wijze te implementeren.³⁴ Met andere woorden, hoe moet de opsomming uit de richtlijn worden geïnterpreteerd, limitatief of enuntiatief? Voor Nederlandse wetgeving geldt dat moet worden voldaan aan de zogenoemde 'Aanwijzingen voor de regelgeving'. Aanwijzing 101 stelt in het kader van opsommingen dat in principe uit de formulering duidelijk moet worden of de opsomming een limitatief of enuntiatief karakter heeft. Indien nodig kan aan het einde van de opsomming het woord 'of' dan wel 'en' worden opgenomen om het limitatieve respectievelijk enuntiatieve karakter aan te geven. De 'Aanwijzingen voor de regelgeving' gelden ook voor de regelgeving omtrent de implementatie van EU-recht, maar lijken niet toepasbaar te zijn op de richtlijn zelf. Naar mijn mening zou het ook niet logisch zijn dat Nederlandse aanwijzingen voor de regelgeving van toepassing zijn op Europese wetgeving. De aanwijzingen kunnen dus niet helpen bij de interpretatie van de richtlijn.

Als echter wordt gekeken naar de letterlijke tekst van de richtlijn, sluit deze duidelijk aan bij de keuze voor de lidstaat, en niet zo zeer bij de keuze voor de belastingplichtige om de earningsstripping-bepaling toe te passen op fiscale eenheids- of lidstaatniveau. Facultatieve implementatie leidt, mijns inziens, tot een ruimere uitwerking van de earningsstripping-bepaling voor belastingplichtige, dan indien de keuze wordt gemaakt door de lidstaat.³⁵ De richtlijn kent, zoals eerder opgemerkt, een minimumkarakter en mag derhalve slechts 'strenger' worden geïmplementeerd in de nationale wet.

³² Artikel 4 lid 1 anti-ontwijkingsrichtlijn.

³³ Preambule 7 anti-ontwijkingsrichtlijn.

³⁴ Implementeren op facultatieve wijze houdt in dat zowel onderdeel a als onderdeel b wordt geïmplementeerd in de Nederlandse wet en belastingplichtige vervolgens mag kiezen of zij de earningsstripping-bepaling per entiteit, op fiscale eenheidsniveau of op het niveau van de lidstaat toepast.

³⁵ De belastingplichtige zal dan tenslotte altijd kunnen kiezen wat voor haar fiscaal het meest gunstig is.

Een verruiming aan de hand van een facultatieve implementatie is derhalve, naar mijn mening, niet toegestaan.

Bovenstaand betekent dat de lidstaat kan kiezen voor drie varianten:

- i) berekening van het financieringskostensurplus en de *ebitda* op niveau van het groepsregime, in Nederland het fiscale eenheidsniveau;
- ii) berekening van het financieringskostensurplus en de *ebitda* op het niveau van alle in de betreffende lidstaat gevestigde entiteiten van een concern, ongeacht de aanwezigheid van een groepsregime; of
- iii) berekening van het financieringskostensurplus en de *ebitda* voor elke entiteit afzonderlijk.³⁶

2.4. Franchise

Art. 4 lid 3 onderdeel a anti-ontwijkingsrichtlijn luidt als volgt:

'In afwijking van lid 1 kan aan de belastingplichtige het recht worden toegekend:

a) op aftrek van het financieringskostensurplus tot 3 000 000 EUR;'

In dit onderdeel wordt de lidstaat de mogelijkheid geboden om een zogenoemde franchise op te nemen in de earningsstripping-bepaling. Deze franchise houdt in dat een belastingplichtige, in afwijking van de hoofdregel, het financieringskostensurplus mag aftrekken tot 3 miljoen euro. In aanvulling hierop wordt, eveneens in het derde lid, bepaald dat indien de lidstaat gebruik maakt van de mogelijkheid om het financieringskostensurplus en de *ebitda* op groepsniveau te bepalen, zoals hiervoor uiteengezet in paragraaf 2.3, de franchise van 3 miljoen euro dan geldt op het niveau van de groep.

2.4.1. Keuzemogelijkheden

In verband met het minimumkarakter van de richtlijn geldt ook hier dat de lidstaat vrij is om geen / een lagere franchise in te voeren. Naast die mogelijkheid laat de richtlijn, mijns inziens, ook voor eigen invulling hoe de franchise moet worden berekend. Hierna illustreer ik drie mogelijke methodes aan de hand van een voorbeeld:

	Financieringskostensurplus	Ebitda
Belastingplichtige 1 (hierna: BP 1)	€ 5.500.000	€ 9.000.000
Belastingplichtige 2 (hierna: BP 2)	€ 2.900.000	€ 9.000.000

'Hoogste-van-de-twee-methode'

De 'hoogste-van-de-twee-methode' berekent de aftrekbare ruimte op twee manieren: op grond van de hoofdregel en op grond van de franchise. Het hoogste aftrekbare bedrag is vervolgens aftrekbaar van de fiscale winst. Voor BP 1 ziet het er dan als volgt uit:

Hoofdregel	30% van € 9.000.000	€ 2.700.000 aftrekbaar
Franchise	€ 3.000.000	€ 3.000.000 aftrekbaar

BP 1 mag dus € 3.000.000 van haar financieringskostensurplus aftrekken. De overige € 2.500.000 van haar financieringskostensurplus wordt beperkt in aftrek.

³⁶ Dit houdt feitelijk in dat de escape niet wordt geïmplementeerd.

Voor BP 2 kan het volgende worden berekend:

Hoofregel	30% van € 9.000.000	€ 2.700.000 aftrekbaar
Franchise	€ 3.000.000	€ 2.900.000 aftrekbaar

BP 2 mag dus haar volledige financieringskostensurplus van € 2.900.000 aftrekken.

'Alles-of-niets-methode'

Deze methode wordt in Duitsland gehanteerd en houdt, kort gezegd, in dat bij een financieringskostensurplus van 3 miljoen of meer de franchise volledig vervalt en de hoofregel weer van toepassing is.³⁷ Aangaande het voorbeeld betekent dit het volgende: de € 5.500.000 aan financieringskostensurplus van BP 1 is meer dan € 3.000.000. Derhalve is de hoofregel van toepassing en dus 30% van € 9.000.000 = € 2.700.000 aftrekbaar van de fiscale winst.

Voor BP 2 is de franchise wel van toepassing, omdat € 2.900.000 minder is dan € 3.000.000. Derhalve is de volledige € 2.900.000 aftrekbaar.

Het verschil tussen deze twee methodes is dus de behandeling van BP 1. Bij de 'hoogste-van-de-twee-methode' mag BP 1 namelijk € 3.000.000 van haar financieringskostensurplus aftrekken en bij de 'alles-of-niets-methode' mag BP 1 slechts € 2.700.000 van haar financieringskostensurplus aftrekken.

'Combinatie-van-de-twee-methode'

Tot slot kan nog een derde methode worden overwogen waarbij sprake is van een combinatie tussen de hoofregel en de franchise. In dat geval is altijd de eerste 3 miljoen euro aan financieringskostensurplus aftrekbaar en is daar bovenop nog 30% van de *ebitda* aftrekbaar. Voor BP 1 zou de berekening dan als volgt zijn: € 3.000.000 + 30% x € 9.000.000 = € 5.700.000 van het financieringskostensurplus is aftrekbaar. Het financieringskostensurplus van BP 1 is slechts € 5.500.000. Derhalve kan het gehele financieringskostensurplus worden afgetrokken. BP 2 zou in dit geval eveneens haar gehele financieringskostensurplus mogen aftrekken: € 2.900.000 komt immers niet boven de franchise van € 3.000.000 uit.

De combinatie tussen hoofregel en franchise leidt tot een ruimere renteaftrek dan de voorgaande twee methodes. Ik vraag mij echter af of de lidstaat op grond van de richtlijntekst de ruimte krijgt om de 'combinatie-van-de-twee-methode' toe te passen. Art. 4 lid 3 onderdeel a van de richtlijn spreekt namelijk over '*In afwijking van het eerste lid*'. De franchise lijkt derhalve slechts 'in afwijking van' het eerste lid te kunnen gelden en niet 'in combinatie met' het eerste lid. Derhalve ben ik van mening dat de 'combinatie-van-de-twee-methode' niet kan worden gekozen door de lidstaat. De lidstaat moet dus gebruik maken van de 'hoogste-van-de-twee-methode' of de 'alles-of-niets-methode'.

2.5. Uitsluiting 'op-zichzelf-staande-entiteit'

Naast de franchise geeft art. 4 lid 3 anti-ontwijkingsrichtlijn nog een escape voor de lidstaten. In art. 4 lid 3 onderdeel b wordt namelijk aan lidstaten de mogelijkheid geboden om volledige aftrek van het financieringskostensurplus toe te staan voor zogenoemde 'op-zichzelf-staande-entiteiten'. Onder een 'op-zichzelf-staande-entiteit' wordt volgens dit lid een belastingplichtige verstaan '*die geen deel*

³⁷ F.J. Elswier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

*uitmaakt van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern en geen gelieerde onderneming of vaste inrichting heeft.*³⁸

De kwalificatie als ‘op-zichzelf-staande-entiteit’ betreft dus een cumulatief vereiste, te weten i) geen deel uitmaken van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern en ii) het niet ‘hebben’ van een gelieerde onderneming of vaste inrichting. Het eerste vereiste is nader ingevuld in art. 4 lid 8 anti-ontwijkingsrichtlijn. Art. 4 lid 8 bepaalt namelijk welke entiteiten behoren tot een voor financiële boekhouding geconsolideerd concern, te weten *‘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.’*³⁹ Tot slot bepaalt het achtste lid dat een lidstaat het gebruik van een andere boekhoudstandaard kan toestaan.⁴⁰

Het tweede vereiste, betreffende de gelieerde onderneming, is niet nader ingevuld in art. 4, maar in art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn. Dit lid bepaalt: *„gelieerde onderneming”:*

a) een entiteit waarin de belastingplichtige rechtstreeks of middellijk een deelneming qua stemrecht of kapitaalbezit houdt van 25 percent of meer of gerechtigd is tot ontvangst van 25 percent of meer van de winst van die entiteit;

*b) een natuurlijke persoon of een entiteit die rechtstreeks of middellijk een deelneming qua stemrecht of kapitaalbezit houdt van 25 percent of meer of gerechtigd is tot ontvangst van 25 percent of meer van de winst van de belastingplichtige;*⁴¹

Hierbij wordt nog opgemerkt dat indien sprake is van een gelieerde onderneming zoals beschreven onder onderdeel b, alle betrokken entiteiten, waaronder de belastingplichtige, eveneens als gelieerde ondernemingen worden beschouwd.⁴²

Een belastingplichtige heeft dus een gelieerde onderneming, en is derhalve geen ‘op-zichzelf-staande-entiteit’, indien zij een belang van 25% of meer – middels kapitaalbezit, stemrecht of winst – houdt in een andere entiteit of een andere entiteit / natuurlijke persoon een belang van 25% of meer – eveneens middels kapitaalbezit, stemrecht of winst – houdt in belastingplichtige. Het betreft hier zowel middellijke als onmiddellijke belangen.

In de huidige Nederlandse Wet op de Vennootschapsbelasting kennen we begrippen vergelijkbaar aan het begrip gelieerde onderneming uit de richtlijn. Dit betreft de begrippen ‘verbonden lichaam’ en ‘verbonden natuurlijk persoon’.⁴³ Het belangrijkste verschil tussen deze begrippen is dat de richtlijn aansluit bij een 25%-belang en dat de Nederlandse wet aansluit bij een belang van 33 1/3%. Doordat

³⁸ Art. 4 lid 3 anti-ontwijkingsrichtlijn.

³⁹ Art. 4 lid 8 anti-ontwijkingsrichtlijn; Het Nederlandse nationale systeem voor financiële verslaglegging betreft de richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ).

⁴⁰ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan *US GAAP (United States Generally Accepted Accounting Principles)*. Dit is het nationale systeem voor financiële verslaglegging van de Verenigde Staten.

⁴¹ Art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.

⁴² Deze toevoeging is geschreven zodat ook twee dochtermaatschappijen met een gemeenschappelijke moeder aan worden gemerkt als gelieerde ondernemingen. Voorgaande is voornamelijk relevant indien een ‘groep’ gelieerde ondernemingen moet worden bepaald: bijvoorbeeld voor de bepaling van het ‘financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden’ (zie paragraaf 2.8.2.1.) of voor andere artikelen in de anti-ontwijkingsrichtlijn.

⁴³ De begrippen voor verbonden lichamen en verbonden natuurlijke personen zijn opgenomen in art. 10a lid 4 tot en met 7.

het verbondenheids criterium in Nederland ruimer is geformuleerd, zal Nederland dit, tenminste voor de earningsstripping-bepaling, moeten aanpassen. De vraag rijst in dit kader of Nederland twee verbondenheids criteria naast elkaar gaat hanteren of dat zij voor de gehele vennootschapsbelasting gaat aansluiten bij een 25%-belang.⁴⁴

De escape voor 'op-zichzelf-staande-entiteiten' kent geen verdere keuzemogelijkheden, derhalve speelt slechts de vraag óf de lidstaat deze escape gaat implementeren.

2.6. Eerbiedigende werking (grandfatheringclausule)

De escape in art. 4 lid 4 onderdeel a anti-ontwijkingsrichtlijn geeft de lidstaten de mogelijkheid om een zogenoemde eerbiedigende werking toe te staan. Deze eerbiedigende werking houdt in dat leningen die vóór 17 juni 2016⁴⁵ zijn gesloten worden uitgesloten voor de berekening van het financieringskostensurplus. Hierbij is van belang om op te merken dat de eerbiedigende werking geldt voor zowel inkomende als uitgaande leningen en dat dus zowel rentekosten als rentebaten van bestaande leningen worden uitgesloten voor de berekening van het financieringskostensurplus. Voorwaarde bij de eerbiedigende werking is dat de uitsluiting zich niet strekt tot latere wijzigingen van de leningen. In preambule 8 wordt over deze wijzigingen het volgende gezegd: *'[...] met betrekking tot bestaande leningen voor zover de voorwaarden ervan later niet worden gewijzigd, d.w.z. in geval van een latere wijziging zou de grandfathering niet gelden voor verhogingen van het bedrag of verlengingen van de termijn van de lening, maar slechts beperkt zijn tot de oorspronkelijk voorwaarden van de lening.'* Uit deze toelichting moet, mijns inziens, worden geconcludeerd dat, op het moment dat de belastingplichtige de voorwaarden van de lening wijzigt, slechts de wijziging van de lening wordt meegenomen in de berekening van het financieringskostensurplus.⁴⁶

Betreffende de keuze voor de eerbiedigende werking is door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) in haar reactie op het consultatievoorstel⁴⁷ geopperd dat optimaal zou zijn als Nederland de eerbiedigende werking op facultatieve wijze implementeert. Met andere woorden: de belastingplichtige mag kiezen of zij gebruik maakt van de eerbiedigende werking. In dit kader ben ik echter van mening dat, met betrekking tot de vraag of facultatieve implementatie is toegestaan op grond van de richtlijntekst, dezelfde argumentatie kan worden gehanteerd als bij de toepassing op fiscale eenheids- of lidstaatsniveau. In de richtlijn wordt gesproken van 'de lidstaat die leningen gesloten vóór 16 juni 2017 mag uitsluiten van de werking van het eerste lid' en niet van 'de lidstaat die aan belastingplichtige de keuze laat om leningen gesloten vóór 16 juni 2017 uit te sluiten van de werking van het eerste lid'. Een facultatieve implementatie leidt tot een ruimere werking van de earningsstripping-bepaling voor belastingplichtige. Hetgeen, in verband met het minimumkarakter van de richtlijn, niet is toegestaan. Facultatieve implementatie van de eerbiedigende werking is dus, mijns inziens, niet toegestaan.

⁴⁴ In het consultatiedocument is een apart verbondenheids criterium opgenomen voor de earningsstripping-bepaling en worden dus twee criteria naast elkaar gehanteerd.

⁴⁵ Op deze datum heeft de Raad van de EU het akkoord voor de anti-ontwijkingsrichtlijn bereikt.

⁴⁶ Stel dat de 4% te betalen rente op een lening gesloten voor 17 juni 2016 na deze datum wordt verhoogd naar 5%, waardoor de rentekosten stijgen van € 40 naar € 50. Dan hoeft, m.i., slechts deze € 10 te worden meegenomen in de berekening van het financieringskostensurplus en niet de volledige € 50.

⁴⁷ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1, Amsterdam: 21 augustus 2017, p. 6 (online publiek).

Tot slot maakt art. 4 lid 4 onderdeel a geen onderscheid tussen soorten leningen. Dit betekent dat zowel leningen van gelieerde als van derde entiteiten onder de eerbiedigende werking mogen vallen. Dit leidt ertoe dat lidstaten, naast de keuze óf zij de escape van een eerbiedigende werking gaan implementeren, ook nog kunnen kiezen of zij dit voor alle leningen doen, dan wel slechts voor leningen van derde entiteiten.

2.7. Langlopende openbare-infrastructuurprojecten

Naast de escape betreffende een eerbiedigende werking in art. 4 lid 4 onderdeel a, betreft onderdeel b van het vierde lid nog een andere escape die de lidstaten kunnen implementeren. Deze escape geeft lidstaten de mogelijkheid om toe te staan dat leningen ter financiering van een langlopend openbaar infrastructuurproject eveneens niet worden meegenomen in de berekening van het financieringskostensurplus.⁴⁸

De definitie van 'langlopend openbaar infrastructuur project' is ook in het vierde lid te vinden. Deze definitie luidt als volgt: '*een project [...] dat bedoeld is om een grootschalig actief dat door een lidstaat wordt beschouwd als zijnde van algemeen belang, te leveren, te verbeteren, te exploiteren en/of te onderhouden.*'⁴⁹ Voorgaande betekent dus dat indien de lidstaat kiest voor deze escape, zij zelf moet invullen welke projecten zijn aan te merken als 'van algemeen belang'. Langlopende openbare-infrastructuurprojecten worden in Nederland vaak uitgevoerd aan de hand van een zogenoemde publiek-private samenwerking (PPS). Dit houdt in dat de overheid en particuliere bedrijven samen werken aan projecten via zogenoemde *Design Build Finance Maintain Operate* contracten (DBFMO-contracten). Deze contracten worden vaak gebruikt voor grote langlopende infrastructuurprojecten.⁵⁰

Tot slot zit aan deze escape nog een drietal voorwaarden verbonden. Ten eerste moeten de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich allemaal in de EU bevinden. Ten tweede is in het vierde lid bepaald dat, indien deze escape van toepassing is bij een belastingplichtige, alle inkomsten uit een langlopend infrastructuurproject eveneens moeten worden uitgesloten van de *ebitda* van de belastingplichtige. Tot slot is bepaald dat, indien sprake is van deze escape in combinatie met de escape van de *ebitda*-uitzondering (zie paragraaf 2.8.2.), de leningen die voor deze escape worden uitgesloten van het financieringskostensurplus eveneens worden uitgesloten van het 'financieringskostensurplus ten aanzien van derden', zoals opgenomen in de *ebitda*-uitzondering.

Net zoals de escape voor 'op-zichzelf-staande-entiteiten' kent deze escape geen andere keuzemogelijkheden. Derhalve speelt slechts de vraag óf de lidstaat deze escape gaat implementeren.

2.8. De groepsescapes

Het vijfde lid betreft een escape in de vorm van twee mogelijke groepsregelingen, de eigenvermogensuitsluiting (hierna: EV-uitsluiting) en de *ebitda*-uitsluiting. De anti-ontwijkingsrichtlijn is dusdanig geschreven dat de lidstaat kan kiezen om geen groepsescape te

⁴⁸ In preambule 8 wordt specifiek aangegeven dat bij deze keuzemogelijkheid de staatssteunregels onverminderd van toepassing zijn. Omwille van de omvang zal dit aspect in deze scriptie buiten beschouwing worden gelaten.

⁴⁹ Art. 4 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.

⁵⁰ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk>.

implementeren, de EV-uitzondering te implementeren óf de *ebitda*-uitzondering te implementeren. Het implementeren van (een combinatie van) beide groepsescapes is dus geen optie.

Voordat ik specifiek inga op de EV-uitzondering en *ebitda*-uitzondering is het van belang om te vermelden dat uit de aanhef van art. 4 lid 5 anti-ontwijkingsrichtlijn blijkt dat voor beide groepsescapes geldt, dat hiervan pas gebruik kan worden gemaakt, indien belastingplichtige lid is van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern.⁵¹ Daarnaast ligt de bewijslast van de groepsescape bij de belastingplichtige. Dit leidt ertoe dat de belastingplichtige kan kiezen of zij al dan niet gebruik maakt van een geïmplementeerde groepsescape.

2.8.1. EV-uitzondering

De EV-uitzondering is opgenomen in art. 4 lid 5 onderdeel a anti-ontwijkingsrichtlijn en houdt in dat wordt toegestaan dat belastingplichtige zijn financieringskostensurplus volledig mag aftrekken indien zijn ratio van het eigen vermogen ten opzichte van het balanstotaal groter of gelijk is aan de ratio van het eigen vermogen ten opzichte van het balanstotaal van het concern. Schematisch gezien heeft de belastingplichtige dus recht op volledige aftrek van het financieringskostensurplus, indien:

$$\frac{\text{eigen vermogen}}{\text{balanstotaal}} \text{belastingplichtige} \geq \frac{\text{eigen vermogen}}{\text{balanstotaal}} \text{concern}$$

Tot slot worden bij deze EV-uitzondering in de richtlijn nog twee aanvullende opmerkingen gemaakt. Ten eerste worden de ratio's geacht gelijk aan elkaar te zijn op het moment dat de ratio van belastingplichtige maximaal twee procentpunt lager is dan dat van het concern.⁵² Ten tweede moeten, ten aanzien van de berekening van de ratio's, alle activa en verplichtingen volgens dezelfde methode worden gewaardeerd als gebruikt in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. De berekening voor de EV-uitzondering is zodoende niet gebaseerd op fiscale cijfers maar op commerciële cijfers.⁵³

2.8.2. Ebitda-uitzondering

De *ebitda*-uitzondering is opgenomen in art. 4 lid 5 onderdeel b anti-ontwijkingsrichtlijn. Deze houdt in dat de belastingplichtige, in plaats van het percentage van 30% uit de hoofdregel, een bepaalde groepsratio mag toepassen op haar *ebitda*⁵⁴ om zo het aftrekbare deel van het financieringskostensurplus te bepalen. De groepsratio wordt als volgt berekend:

$$\text{groepsratio} = \frac{\text{financieringskostensurplus van het concern t. o. v. derden}}{\text{ebitda van het concern}}$$

Het aftrekbare deel van het financieringskostensurplus is dan de groepsratio vermenigvuldigd met de *ebitda* van de belastingplichtige. Tot slot is het van belang om op te merken dat de richtlijn dusdanig is geschreven dat de *ebitda*-uitzondering slechts van toepassing kan zijn indien deze leidt tot een

⁵¹ Welke entiteiten behoren tot een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern is opgenomen in art. 4 lid 8 anti-ontwijkingsrichtlijn. Deze bepaling is nader beschreven in paragraaf 2.5.

⁵² Art. 4 lid 5 onderdeel a onder i). Voorbeeld: de ratio van belastingplichtige is 10% en de ratio van het concern 12%, dan worden ze geacht gelijk aan elkaar te zijn en is tóch voldaan aan de voorwaarden van de EV-uitzondering. In dat geval mag belastingplichtige haar volledige financieringskostensurplus aftrekken van de winst.

⁵³ De reden hiervoor is te vinden in de uitvoerbaarheid van de regeling. Commerciële cijfers worden, in tegenstelling tot fiscale cijfers, gepubliceerd. Dit leidt tot minder problemen in de praktijk.

⁵⁴ Dit is de *ebitda* zoals ook wordt vastgesteld ingeval de hoofdregel van toepassing is.

ruimere aftrekbaarheid dan zou resulteren uit de hoofdregel. Dit zal het geval zijn indien de groepsratio hoger is dan 30%.

In de richtlijn staat niet nader toegelicht hoe de begrippen ‘financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden’ en ‘*ebitda* van het concern’ (hierna: groepsebitda) moeten worden uitgelegd/berekend. De invulling van deze begrippen lijkt dus te zijn overgelaten aan iedere lidstaat afzonderlijk. De OESO heeft in Actieplan 4 wél een aantal mogelijke invullingen van deze begrippen uiteengezet. Deze zal ik hierna kort uiteenzetten om op die manier te bepalen of en welke keuzemogelijkheden de lidstaat heeft.

2.8.2.1. Financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden

De OESO geeft een drietal mogelijke invullingen voor het financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden (hierna: netto derdenrente). In de eerste variant wordt volledig aangesloten bij de rentekosten en rentebaten zoals opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening.⁵⁵ De vraag of bepaalde uitgaven/inkomsten dan worden gezien als rentekosten of rentebaten hangt in dat geval af van het accountingprincipe dat wordt gehanteerd bij het opstellen van de commerciële jaarrekening.

De tweede variant sluit in de basis eveneens aan bij rentekosten en rentebaten zoals opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Hier worden echter een aantal aanpassingen op gemaakt, zodat het financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden beter aansluit bij het begrip financieringskostensurplus zoals opgenomen in art. 2 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn^{56,57}. De OESO noemt in dit kader als mogelijke aanpassingen: i) het elimineren van betalingen die niet economisch gelijkwaardig zijn aan rente, ii) het opnemen van gekapitaliseerde rente en iii) het opnemen van rentekosten/baten die in de commerciële jaarrekening in een andere categorie inkomsten of uitgaven vallen.

Tot slot wordt in de derde variant volledig aangesloten bij het begrip financieringskostensurplus zoals dat is opgenomen in art. 2 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn^{58,59}.

De term ‘derden’ is eveneens niet nader ingevuld in de richtlijn. De OESO beschrijft in Actieplan 4 dat de makkelijkst werkbare methode om entiteiten als derden aan te merken is dat een derde iedereen betreft die niet is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Dit kan echter leiden tot situaties waarin een entiteit die kwalificeert als gelieerde onderneming wordt aangemerkt als derde. De OESO beveelt derhalve aan om gelieerde ondernemingen eveneens uit te sluiten van het derdenbegrip. Aangaande de anti-ontwijkingsrichtlijn zou dit betekenen dat als derde wordt aangemerkt: iedereen die niet is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening én geen gelieerde onderneming is zoals opgenomen in art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.⁶⁰

⁵⁵ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 133.

⁵⁶ Zie voor de uitleg van dit begrip paragraaf 2.2.1.

⁵⁷ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 134-135.

⁵⁸ Zie voor de uitleg van dit begrip paragraaf 2.2.1.

⁵⁹ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 136-137.

⁶⁰ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 125-128.

De lidstaat heeft dus voor het begrip ‘financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden’ meerdere keuzemogelijkheden: twee mogelijkheden om het derdenbegrip in te vullen en drie varianten voor de bepaling van het financieringskostensurplus van het concern.

2.8.2.2. Groepsebitda

In het kader van de groepsebitda wordt door de OESO in Actieplan 4 niet aangesloten bij een fiscale groepsebitda, maar wordt aangesloten bij de commerciële winst vóór belastingen vermeerderd met de netto derdenrente, afschrijvingen en amortisatie.⁶¹ Uit Actieplan 4 blijkt al dat voorgaande definitie in de praktijk aanvullende vragen oproept. Voorbeelden hiervan zijn onder andere: in hoeverre moet dividendinkomen worden uitgesloten van de groepsebitda en in hoeverre moet rekening worden gehouden met overige financieringskosten en –opbrengsten die niet worden meegenomen in de netto derdenrente?⁶² Derhalve is voor de precieze berekening van de groepsebitda op 11 juli 2016 een consultatiedocument⁶³ gepubliceerd. Dit heeft in 2016 geleid tot een geüpdatete versie van Actieplan 4, waarin een afzonderlijk hoofdstuk is opgenomen over de berekening van de groepsebitda.⁶⁴ In dit hoofdstuk worden de mogelijke manieren om de groepsebitda te berekenen nader toegelicht en argumenten gegeven om de groepsebitda op een bepaalde manier wel of niet te berekenen. Hierbij wordt de uiteindelijke keuze vaak aan het betreffende land overgelaten.⁶⁵ Indien de invulling die de OESO geeft aan het begrip groepsebitda wordt toegepast op de richtlijn leidt dit tot een veelheid aan keuzes voor de lidstaten. Deze veelheid aan keuzes maakt het onmogelijk om alle optionele berekeningen van de groepsebitda, en de gevolgen hiervan, in deze scriptie te onderzoeken. Derhalve heb ik gekozen om, aangaande de groepsebitda, uit te gaan van commerciële winst vóór belastingen vermeerderd met de netto derdenrente, afschrijvingen en amortisatie zonder daarbij in te gaan op alle aanvullende keuzes, tenzij zo’n aanvullende keuze, mijns inziens, grote impact heeft op de gevolgen van de *ebitda*-uitzondering als geheel. Op deze manier wordt voornamelijk gefocust op de keuze voor de lidstaat tussen de twee uitzonderingen, te weten de EV-uitzondering en de *ebitda*-uitzondering, en niet zo zeer op de specifieke keuzes betreffende de berekening van de groepsebitda.

Aangaande de groepsebitda wordt dus verondersteld dat de lidstaat geen keuzes heeft en dat zij de commerciële invulling van dit begrip toepast.⁶⁶

⁶¹ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 142.

⁶² OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 142.

⁶³ Organisation for Economic Co-operation and Development, Public Discussion draft: ‘*Elements of the design and operation of the group ratio*’, BEPS Action 4, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 11 juli 2016.

⁶⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, ‘*Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*’, Action 4- 2016 Update, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

⁶⁵ Dit komt ook doordat er vaak meerdere methodes zijn die door de OESO als toelaatbaar worden bestempeld.

⁶⁶ De fiscale groepsebitda wordt in deze scriptie eveneens niet als mogelijkheid opgenomen, omdat dit voornamelijk een theoretische optie is. De fiscale winst van entiteiten is niet openbaar. Derhalve zal het aansluiten bij een fiscale groepsebitda in de praktijk tot grote problemen leiden. Als in deze scriptie dus gesproken wordt van groepsebitda, zal dit altijd de commerciële groepsebitda betreffen.

2.9. Verrekening over de tijd

Op grond van art. 4 lid 6 anti-ontwijkingsrichtlijn wordt de lidstaat de mogelijkheid geboden om te voorzien in regels omtrent voor- en achterwaartse verrekening over de tijd. In dit zesde lid worden drie soorten verrekeningen toegestaan:

- a) onbeperkte voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus;
- b) onbeperkte voorwaartse verrekening en maximaal drie jaren achterwaartse verrekening van het financieringskostensurplus; of
- c) onbeperkte voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus en maximaal vijf jaren voortwenteling van het niet benutte deel van de rentecapaciteit.

‘Verrekening van het financieringskostensurplus’ houdt in dat belastingplichtige in een jaar meer financieringskostensurplus heeft dan hij kan aftrekken. Hij wordt dus beperkt in zijn renteaftrek. Bij de verrekening van het financieringskostensurplus mag dit overschot aan financieringskostensurplus worden voortgewenteld/teruggewenteld naar een jaar waarin belastingplichtige nog ruimte heeft voor renteaftrek. De ‘voortwenteling van het niet benutte deel van de rentecapaciteit’ houdt daarentegen in dat 30% van de *ebitda* meer is dan het financieringskostensurplus: belastingplichtige heeft aftrekrimte over. Deze ruimte kan worden voortgewenteld. Dit leidt er toe dat in een ander jaar meer dan 30% van het financieringskostensurplus mag worden afgetrokken. Ik zal de verschillen tussen deze verrekeningen verder verduidelijken aan de hand van voorbeelden.

2.9.1. Onbeperkte voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus

Jaar	Financieringskostensurplus	Ebitda	Aftrekbare rente o.g.v. de hoofdregel (30% x <i>ebitda</i>)	Beperkt in aftrek	Carry forward	Totale renteaftrek in dit jaar
Jaar 1	€ 4.000.000	€ 10.000.000	€ 3.000.000	€ 1.000.000	-	€ 3.000.000
Jaar 2	€ 4.000.000	€ 15.000.000	€ 4.500.000	-	€ 500.000	€ 4.500.000

In jaar 1 wordt € 1.000.000 van de rentekosten beperkt in aftrek. In jaar 2 kan de belastingplichtige zijn volledige € 4.000.000 aan financieringskostensurplus aftrekken en is er daarnaast nog € 500.000 ruimte voor de beperkte aftrek uit een eerder jaar. Er is dus een *carry forward* van jaar 1 naar jaar 2 van € 500.000.

2.9.2. Achterwaartse verrekening van het financieringskostensurplus

Jaar	Financieringskostensurplus	Ebitda	Aftrekbare rente o.g.v. de hoofdregel (30% x <i>ebitda</i>)	Beperkt in aftrek	Carry forward	Totale renteaftrek in dit jaar
Jaar 1	€ 1.000.000	€ 30.000.000	€ 9.000.000	0	€ 5.000.000	€ 6.000.000
Jaar 2	€ 8.000.000	€ 10.000.000	€ 3.000.000	€ 5.000.000	-	€ 3.000.000

In jaar 1 kan het volledige financieringskostensurplus van € 1.000.000 in aftrek worden gebracht en blijft nog € 8.000.000 aan aftrekrimte over. In jaar 2 wordt € 5.000.000 beperkt in aftrek. Dit kan volledig worden terug gewenteld naar jaar 1. Er is dus een *carry back* van jaar 2 naar jaar 1 van € 5.000.000.

2.9.3. Voortwenteling van de niet-benutte rentecapaciteit

Jaar	Financieringskostensurplus	Ebitda	Aftrekbare rente o.g.v. de hoofdregel (30% x <i>ebitda</i>)	Niet-gebruikte renteaftrek	Voortwenteling	Totale renteaftrek in dit jaar
Jaar 1	€ 1.000.000	€ 30.000.000	€ 9.000.000	€ 9.000.000	-	€ 1.000.000
Jaar 2	€ 8.000.000	€ 10.000.000	€ 3.000.000	-	€ 5.000.000	€ 8.000.000

In jaar 1 kan het volledige financieringskostensurplus van € 1.000.000 in aftrek worden gebracht en kan € 8.000.000 aftrekrimte worden voortgewenteld naar latere jaren. In jaar 2 kan op grond van de hoofdregel slechts € 3.000.000 in aftrek worden gebracht, maar door de voortgewentelde aftrekrimte van € 8.000.000 kan het volledige bedrag van € 8.000.000 worden afgetrokken in jaar 2.

Zowel bij *carry back* als bij voortwenteling van de rentecapaciteit kan de volledige € 9.000.000 aan financieringskostensurplus worden afgetrokken. Het uiteindelijke resultaat van deze twee soorten verrekeningen is dus hetzelfde. Het verschil betreft de verdeling van de renteaftrek over de jaren.⁶⁷

2.9.4. Keuzemogelijkheden

Naar aanleiding van voorgaande heeft de lidstaat een aantal keuzemogelijkheden: ten eerste kan de lidstaat, zoals ook bij elke andere escape, ervoor kiezen om de gehele escape niet te implementeren. Daarbij blijkt uit de formulering van het vijfde lid dat voor één van de hiervoor genoemde verrekeningen kan worden gekozen en dus niet voor (een combinatie van) meerdere verrekeningen. Ten tweede leidt het minimumkarakter van de richtlijn ertoe dat de lidstaten de verrekeningen 'strenger' kunnen implementeren. Een voorbeeld hiervan is dat ook de voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus wordt beperkt in tijd.

2.10. Uitsluiting van financiële ondernemingen

Als laatste wordt in art. 4 lid 7 een escape geboden voor financiële ondernemingen. De lidstaat kan namelijk op grond van dit zevende lid financiële ondernemingen uitsluiten van de toepassing van de earningsstripping-bepaling. In art. 2 lid 5 staat opgesomd welke soorten ondernemingen worden aangemerkt als financiële ondernemingen. Hierbij kan worden gedacht aan verzekeringsondernemingen, pensioeninstellingen en kredietinstellingen etc. Voor de exacte opsomming van financiële ondernemingen verwijs ik naar bijlage 2.

2.11. Conclusie

In dit hoofdstuk stond de earningsstripping-bepaling, zoals opgenomen in de anti-ontwijkingsrichtlijn, centraal. De deelvraag van dit hoofdstuk luidde als volgt: *Welke keuzemogelijkheden heeft Nederland met betrekking tot de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?* De earningsstripping-bepaling bestaat uit een verplichte hoofdregel en een aantal mogelijke escapes, waarvan elke lidstaat afzonderlijk mag beslissen of zij deze implementeert. Naast de escapes kan de lidstaat nog een aantal aanvullende keuzes maken betreffende de implementatie van de hoofdregel en de escapes. In dit hoofdstuk zijn achtereenvolgens de hoofdregel, de escapes en alle bijbehorende keuzemogelijkheden

⁶⁷ Opmerking verdient dat *carry forward* of *carry back* nooit kan leiden tot een situatie waarin in een jaar meer dan 30% van de *ebitda* wordt afgetrokken van de winst. Een voortwenteling van de rentecapaciteit kan dit wel tot gevolg hebben (in jaar 2 van het voorbeeld wordt bijv. 80% van de *ebitda* afgetrokken).

aan bod gekomen. In het schema hierna zijn al deze escapes en bijbehorende keuzemogelijkheden weergegeven.

Hoofdregel	Escape	Keuzemogelijkheden	Aanvullende keuzes
<p>Het financieringskosten-surplus kan worden afgetrokken voor 30% van de <i>ebitda</i>.</p>		<p>Verlaging van het percentage van 30%.</p>	
		<p>Berekening op basis van <i>ebit</i> in plaats van <i>ebitda</i>.</p>	
	<p>Toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau.</p>	<p>Berekening op het niveau van het groepsregime (in NL: fiscale eenheidsniveau) of berekening op het niveau van alle entiteiten in de lidstaat, ongeacht eventueel groepsregime.</p>	
	<p>Franchise van € 3.000.000</p>	<p>Verlaging van de franchise.</p>	
	<p>Uitsluiting van een 'opzichzelf-staande-entiteit'.</p>	<p>'hoogste-van-de-twee-methode' of 'alles-of-niets-methode'.</p>	
		<p>Eerbiedigende werking</p>	<p>Voor alle leningen of slechts leningen van en aan een derde.</p>

	Uitsluiting voor leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten.		
	Groepsescape	EV-uitzondering	
		<i>Ebitda</i> -uitzondering	Wijze van berekening van het financieringskosten-surplus van een derde.
			Wijze van de bepaling van een derde.
	Verrekening over de tijd	I) Onbeperkt <i>carry forward</i> , II) onbeperkt <i>carry forward</i> en drie jaar <i>carry back</i> of III) onbeperkt <i>carry forward</i> en vijf jaar voortwenteling van de onbenutte rentecapaciteit.	
	Uitsluiting van financiële ondernemingen.		

3. Hoofdstuk 3: de doelstelling

3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk stond de earningsstripping-bepaling, zoals opgenomen in de anti-ontwijkingsrichtlijn, centraal. Ik heb uitgelegd wat de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling precies inhoudt en welke keuzes de lidstaat heeft bij de implementatie van deze bepaling. In dit hoofdstuk staan niet zo zeer de verschillende keuzemogelijkheden centraal, maar onderzoek ik wat de doelstellingen zijn van de anti-ontwijkingsrichtlijn met in het bijzonder de earningsstripping-bepaling. Deze doelstellingen bekijk ik zowel vanuit EU-rechtelijk als vanuit Nederlands perspectief. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt als volgt: *Wat is de doelstelling van de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?*

3.2. Doelstelling van de anti-ontwijkingsrichtlijn

Zoals in de inleiding van dit onderzoek al ter sprake is gekomen, vloeit de anti-ontwijkingsrichtlijn van de Europese Unie voort uit de OESO-actieplannen ten aanzien van grondslaguitholling en winstverschuiving (hierna: *BEPS*). Voorgaande leidt ertoe dat ook de doelstellingen van de OESO-actieplannen en de anti-ontwijkingsrichtlijn onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Zowel de OESO-actieplannen als de anti-ontwijkingsrichtlijn hebben namelijk als hoofddoel het tegengaan van belastingontwijking door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving in de vennootschapsbelasting.

Uit jurisprudentie blijkt dat iedere belastingplichtige in beginsel mag kiezen voor de fiscaal meest gunstige weg.⁶⁸ Hierdoor is het soms lastig om te bepalen wanneer ook daadwerkelijk sprake is van onaanvaardbare belastingontwijking door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving.⁶⁹ Indien een belastingplichtige bijvoorbeeld wil verplaatsen naar een land met een gunstiger belastingstelsel is dit in beginsel toegestaan. Voor de vraag of sprake is van belastingontwijking is het cruciaal dat de verplaatsing reëel is (en dus niet kunstmatig). Een voorbeeld van een reële verplaatsing is een belastingplichtige die haar productieproces verplaatst naar een land waar de belastingen laag zijn. Bij kunstmatige verplaatsing gaat het vaak om de verplaatsing van passieve inkomsten⁷⁰, waardoor inkomsten belast zijn bij lege entiteiten gevestigd in landen met een laag belastingtarief.

Belastingontwijking betreft dus die situaties waarin belastingplichtigen trachten hun belastingdruk te verlagen, zonder daarbij de wet te overtreden, maar die resulteren in een uitkomst die niet overeenkomt met de economische realiteit.⁷¹ Ik ga er vanuit dat de Europese Commissie deze vorm van belastingontwijking wil bestrijden en dus niet tracht om een strenger criterium voor het tegengaan van belastingontwijking aan te leggen.⁷² Het tegengaan van belastingontwijking door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving, mits de uitkomst niet overeenkomt met de economische realiteit, is zodoende de doelstelling van de anti-ontwijkingsrichtlijn.

⁶⁸ Hof van Justitie EU 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg).

⁶⁹ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees belastingrecht*, onderdeel 5.1.7.C.c.

⁷⁰ Passieve inkomsten zijn bijvoorbeeld rentebaten.

⁷¹ J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418.

⁷² Een strenger criterium kan bijvoorbeeld zijn dat elke vorm van belastingontwijking niet langer is toegestaan en niet slechts wordt aangesloten bij belastingontwijking die resulteert in een uitkomst die niet overeenkomt met de economische realiteit.

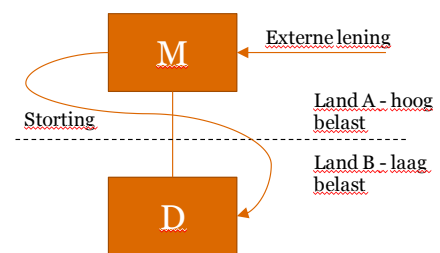
3.2.1. Het gebruik van renteaftrek bij grondslaguitholling en winstverschuiving

In de geüpdatete versie van OESO-Actieplan 4 wordt specifiek ingegaan op het gebruik van rentekosten met bijbehorende renteaftrek in het kader van grondslaguitholling en winstverschuiving.⁷³ Hierbij wil ik direct opmerken dat leningen, aangegaan in een volledig binnenlandse situatie, in principe niet kunnen leiden tot winstverschuiving of grondslaguitholling. Dit komt doordat normaliter, in een binnenlandse situatie, enerzijds sprake is van aftrek van rentekosten en anderzijds van belasting van rentebaten. Per saldo is het resultaat dus nihil. Een voordeel voor belastingplichtige kan pas worden behaald indien de aftrek van rentekosten tegen een hoger belastingtarief geschiedt dan de belasting van rentebaten. Dit kan slechts in grensoverschrijdende situaties het geval zijn.

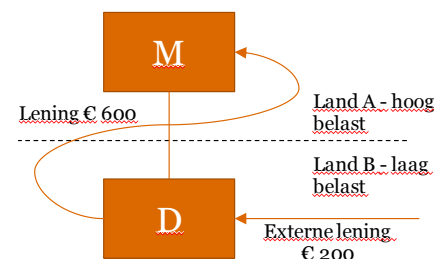
In de geüpdatete versie van OESO-Actieplan 4 worden, specifiek voor rentekosten, drie risicoscenario's benoemd⁷⁴:

- I) belastingplichtige groepen die leningen, verkregen van derden, verschuiven naar landen met een hoog belastingtarief;
- II) belastingplichtige groepen die interne leningen afsluiten die ertoe leiden dat de renteaftrek groter is dan de daadwerkelijke rente die wordt betaald aan leningen verkregen van derden; en
- III) belastingplichtige groepen die derdenleningen of interne leningen aangaan om vrijgestelde inkomsten te behalen.

Een voorbeeld van risicoscenario I) betreft een concern, waarbij de moedermaatschappij is gevestigd in een hoogbelastende jurisdictie, land A, en de dochtermaatschappij in een laagbelastende jurisdictie, land B. De dochtervennootschap wil een lening aantrekken voor de financiering van activa. Echter, omdat de moedervennootschap in een land met een hoog belastingtarief is gevestigd, hetgeen leidt tot hoge renteaftrek, wordt de lening door de moedervennootschap aangetrokken en doorgestort aan de dochtervennootschap. Het concern heeft nu de lening, die feitelijk is aangetrokken voor de dochtermaatschappij, verschoven naar een land met een hoog belastingtarief.



Risicoscenario II) betreft bijvoorbeeld de situatie dat de dochtermaatschappij, gevestigd in een laagbelastende jurisdictie, een derdenlening van € 200 aantrekt. Een veelvoud hiervan, bijvoorbeeld € 600, leent zij aan de moedermaatschappij, gevestigd in een hoogbelastende jurisdictie.⁷⁵ Indien sprake is van ongeveer dezelfde rentepercentages op beide leningen, heeft de dochtermaatschappij de rentekosten op deze manier



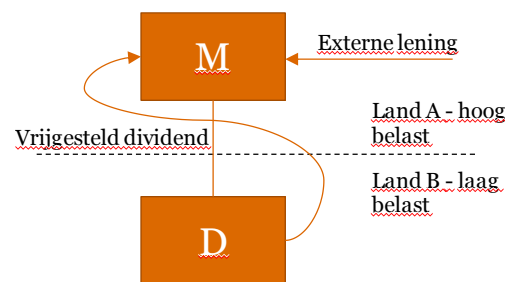
⁷³ Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments', Action 4- 2016 Update, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

⁷⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments', Action 4- 2016 Update, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

⁷⁵ De € 400 die de dochter extra doorleent aan haar moeder komt 'gewoon' vanuit haar eigen liquide middelen. Het gaat er in dit kader om dat de rentelast van de belastingplichtige, door middel van interne leningen, groter is dan de rente die wordt betaald op leningen verkregen van derden.

verdrievoudigd. De renteaftrek is zodoende groter dan de daadwerkelijke rente die wordt betaald op leningen verkregen van derden.

Een voorbeeld van risicoscenario III) is een moedermaatschappij, gevestigd in een hoogbelastende jurisdictie, die een lening aantrekt om een dochtermaatschappij, in een laagbelastende jurisdictie, te kopen. Indien de dochtermaatschappij dan onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB valt, zijn de winsten die zij uitkeert bij de moedermaatschappij niet belast, terwijl rentekosten wel aftrekbaar zijn bij de moedermaatschappij.



3.3. Specifieke Europese en Nederlandse doelstellingen

3.3.1. Europa

In aanvulling op de hiervoor beschreven algemene doelstelling van de earningsstripping-bepaling, worden hierna specifieke Europese en Nederlandse doelstellingen beschreven. De Europese Commissie sluit in het kader van belastingontwijking in de preambule van de anti-ontwijkingsrichtlijn expliciet aan bij de Europese interne markt: *'Er moeten regels worden vastgesteld tegen de uitholling van de belastinggrondslagen op de interne markt en de verschuiving van de winsten weg uit de interne markt.'*⁷⁶ Voornamelijk de *'verschuiving van winsten weg uit de interne markt'* is, mijns inziens, opvallend. Binnen de Europese Unie zijn vennootschapsbelastingstelsels niet geharmoniseerd en kennen verschillende lidstaten, vanzelfsprekend, ook verschillende belastingtarieven. Dit betekent dat een Nederlands belastingplichtige ook binnen de interne markt gebruik kan maken van verschillende tarieven om zo een belastingvoordeel te verkrijgen. Binnen de Europese interne markt kan derhalve ook sprake zijn van belastingontwijking door middel van de verschuiving van winsten. Deze vorm van belastingontwijking lijkt de Europese Commissie met de anti-ontwijkingsrichtlijn niet te willen bestrijden.

3.3.2. Nederland

Tot slot rijst nog de vraag of Nederland, met betrekking tot de implementatie van de earningsstripping-bepaling, nog meerdere doelen nastreeft naast het algemene doel van het tegengaan van belastingontwijking. In het consultatiedocument⁷⁷ komen, in verband met de demissionaire status van het kabinet op dat moment, weinig andere algemene doelstellingen naar voren. Er wordt zo veel mogelijk bij de minimumrichtlijn aangesloten. In het Regeerakkoord 2017-2021 (hierna: regeerakkoord)⁷⁸ komt daarentegen naar voren dat het nieuwe kabinet ondernemen met eigen vermogen wil stimuleren en de belastingvoordelen op vreemd vermogen wil beperken. De reden hiervoor is te vinden in de wens voor stabielere bedrijven en een gezondere economische verhouding. Uit voorgaande blijkt dat de huidige Nederlandse regering pleit voor een gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen. Dit kan zodoende worden meegenomen als specifieke doelstelling van de Nederlandse overheid.

⁷⁶ Preambule 5 anti-ontwijkingsrichtlijn.

⁷⁷ Consultatiedocument implementatie ATAD1, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

⁷⁸ Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, paragraaf 2.4, p. 35.

Een andere algemene doelstelling van het Nederlandse belastingstelsel is dat dit eenvoudig moet zijn.⁷⁹ Eenvoudigheid komt enerzijds ten goede van de *efficiency* en leidt anderzijds tot grotere begrijpelijkheid van de regels. Op deze manier is voor elke partij duidelijk wat de rechten en plichten zijn. Hierbij moet, mijns inziens, worden opgemerkt dat renteaftrekbeperkingen in zijn algemeenheid vrij ingewikkelde regelgeving betreft. Eenvoudigheid houdt in dit kader in, dat regelgeving niet onnodig ingewikkeld is.

Tot slot moet, naar mijn mening, worden aangegeven, dat het vanuit Nederlands perspectief niet logisch lijkt om belastingontwijking in de vorm van winstverschuiving binnen de Europese interne markt niet te bestrijden. Deze vorm van belastingontwijking is immers net zo schadelijk voor de Nederlandse grondslag van de vennootschapsbelasting als verschuiving van de winsten naar derdenlanden. Daarbij komt dat de reeds bestaande renteaftrekbeperkingen in het kader van belastingontwijking ook geen onderscheid maken tussen lidstaten en derdenlanden. Hieruit concludeer ik dat belastingontwijking vanuit Nederlands perspectief niet slechts is gericht op belastingontwijking in combinatie met derdenlanden, maar ook met andere lidstaten.

3.4. Conclusie

De deelvraag van dit hoofdstuk luidde als volgt: *Wat is de doelstelling van de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?* De doelstelling van de anti-ontwijkingsrichtlijn is het tegengaan van belastingontwijking door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving. Er wordt van belastingontwijking gesproken indien belastingplichtigen trachten hun belastingdruk te verlagen, zonder daarbij de wet te overtreden, maar leiden tot een resultaat dat niet overeenkomt met de economische realiteit. Specifiek voor rentekosten heb ik een aantal voorbeelden van eventuele belastingontwijking opgenomen. Hieruit blijkt dat belastingontwijking door middel van renteaftrek feitelijk betreft: I) het alloceren van rentekosten aan hoog belaste landen, II) het kunstmatig creëren van extra rentekosten en/of III) het gebruiken van vreemd vermogen om vrijgestelde deelnemingsvoordelen te behalen. Belangrijk om nogmaals op te merken is dat de drie hiervoor genoemde rechtshandelingen pas zijn aan te merken als belastingontwijking, indien het resultaat van de rechtshandelingen niet overeenkomt met de economische realiteit.

Naast voorgaande doelstelling blijkt uit de preambule van de anti-ontwijkingsrichtlijn dat de Europese Commissie veel nadruk legt op de interne markt. Hierdoor lijkt het alsof zij belastingontwijking door middel van de verschuiving van winsten binnen de interne markt niet bestrijdt. Vanuit Nederlands perspectief is echter geen reden om aan te nemen dat slechts belastingontwijking door middel van verschuiving van winsten naar derdenlanden moet worden bestreden. Derhalve ga ik ervan uit dat met de implementatie van de earningsstripping-bepaling wordt getracht om belastingontwijking te bestrijden door middel van alle vormen van winstverschuiving. Dit geldt dus zowel voor winstverschuiving naar andere lidstaten als naar derdenlanden. Tot slot moet, voor een effectieve implementatie van de earningsstripping-bepaling, twee aanvullende doelstellingen van de Nederlandse regering worden meegenomen. Dit betreft enerzijds de doelstelling dat eigen en vreemd vermogen gelijker moeten worden behandeld en anderzijds de doelstelling dat het Nederlandse belastingstelsel zo eenvoudig mogelijk moet zijn.

⁷⁹ L.G.M. Stevens, R.C. de Smit, *Elementair belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017, p. 10.

4. Hoofdstuk 4: Welke belastingplichtigen worden geraakt?

4.1. Inleiding

In de vorige hoofdstukken stonden de keuzemogelijkheden van de earningsstripping-bepaling, zoals opgenomen in de anti-ontwijkingsrichtlijn, centraal en heb ik uiteengezet wat de doelstellingen van de earningsstripping-bepaling zijn. Voordat ik in de volgende hoofdstukken per escape kan bepalen of en zo ja, hoe, deze moeten worden geïmplementeerd, is het van belang om eerst te bepalen welke belastingplichtigen daadwerkelijk worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt dan ook als volgt: *Welke soorten belastingplichtigen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling?* De vraag of een belastingplichtige wordt geraakt door de hoofdregel hangt af van een viertal factoren: I) de schuldratio, II) de ratio *ebitda*/balanstotaal, III) de hoogte van het rentepercentage en tot slot IV) de verhouding tussen in- en uitlenen. Deze vier factoren komen in dit hoofdstuk afzonderlijk aan bod.

Nadat ik deze vier factoren nader heb toegelicht, bepaal ik voor een viertal specifieke sectoren of deze (hard) zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Dit zijn de vastgoedsector, de *private equity* sector, de publiek-private samenwerking en de financiële sector. De reden dat ik deze vier sectoren apart behandel, is enerzijds vanwege de verwachting dat vastgoedsector en de *private equity* sector hard zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.⁸⁰ Anderzijds verdienen de publiek-private sector en de financiële sector extra aandacht omdat escapes zijn aan te wijzen die zien op deze specifieke sectoren.⁸¹

Tot slot ga ik in op het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB) en het grootbedrijf (hierna: grote onderneming). De vraag die dan centraal staat is of het MKB dan wel de grote onderneming harder door hoofdregel van de earningsstripping-bepaling zal worden geraakt.

4.2. Van belang zijnde factoren voor de toepassing van de hoofdregel

De hoofdregel van de earningsstripping-bepaling houdt, zoals in vorig hoofdstuk uiteengezet, in dat het financieringskostensurplus van een belastingplichtige aftrekbaar is tot een maximum van 30% van de *ebitda* van die belastingplichtige. Deze rekenregel leidt ertoe dat de volgende vier factoren van belang zijn voor de vraag of belastingplichtige door de hoofdregel wordt geraakt: I) de schuldratio, II) de ratio *ebitda*/balanstotaal, III) de hoogte van de rentepercentages en tot slot IV) de verhouding tussen in- en uitlenen.

4.2.1. De schuldratio

Een belastingplichtige kan haar onderneming op twee manieren financieren: met eigen vermogen en met vreemd vermogen. De mate van financiering met vreemd vermogen wordt berekend aan de hand van de schuldratio. De schuldratio wordt als volgt bepaald:

$$\text{schuldratio} = \frac{\text{vreemd vermogen}}{\text{eigen vermogen} + \text{vreemd vermogen}}$$

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1, Amsterdam: 21 augustus 2017, p. 4 (online publiek).

⁸¹ Dit betreffen de escapes voor de uitsluiting van leningen ter financiering van een langlopend openbaar infrastructuurproject voor de berekening van het financieringskostensurplus (art. 4 lid 4 onderdeel b anti-ontwijkingsrichtlijn) en de uitsluiting van financiële ondernemingen (art. 4 lid 7 anti-ontwijkingsrichtlijn).

Indien een belastingplichtige een hoge schuldratio heeft, betekent dit in de regel dat zij veel rentekosten maakt. Veel rentekosten leiden in principe tot een hoog financieringskostensurplus. Hoe hoger het financieringskostensurplus, hoe groter de kans dat dit meer dan 30% van de *ebitda* bedraagt. Het teveel aan rentekosten wordt dan beperkt op grond van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Een belastingplichtige die haar onderneming dus veelvuldig met vreemd vermogen heeft gefinancierd, en derhalve een hoge schuldratio heeft, loopt dus een groter risico om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling dan een belastingplichtige die een lage schuldratio heeft.

4.2.2. De ratio *ebitda*/balanstotaal

De tweede belangrijke factor voor de vraag of belastingplichtige wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling is de ratio *ebitda*/balanstotaal. Gezien het feit dat voor de hoofdregel wordt aangesloten bij 30% van de *ebitda*, is het vanzelfsprekend dat indien de belastingplichtige een lage *ebitda* heeft, de kans groter is dat zij tegen de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling aanloopt. De vraag rijst vervolgens hoe moet worden bepaald of de belastingplichtige een lage *ebitda* heeft. Hier gaat het balanstotaal van de belastingplichtige een rol spelen. Feit is namelijk dat, gegeven gelijke schuldratio's en rentepercentages, indien de nominale achterliggende getallen van het vreemd vermogen bij belastingplichtige B hoger zijn dan bij belastingplichtige A (en het balanstotaal van belastingplichtige B dus hoger is dan dat van belastingplichtige A), de *ebitda* van belastingplichtige B evenredig moet meestijgen met het hogere balanstotaal om niet te worden geraakt door de hoofdregel. Ik zal dit illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld:

	Belastingplichtige A	Belastingplichtige B
Vreemd vermogen	€ 75	€ 15.000
Balanstotaal	€ 150	€ 30.000
Schuldratio	50%	50%
Rentepercentage	2%	2%
Financieringskostensurplus⁸²	€ 1,5 (2% x € 75)	€ 300 (2% x € 15.000)

Belastingplichtige A moet tenminste € 5⁸³ *ebitda* hebben om niet te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Om eveneens niet te worden geraakt door de hoofdregel, moet de *ebitda* van belastingplichtige B evenredig meestijgen met het balanstotaal. Het balanstotaal van belastingplichtige B is 200 maal groter dan dat van belastingplichtige A. De *ebitda* moet dus ook 200 maal groter zijn, derhalve € 1.000. Dit klopt, want 30% van € 1.000 is € 300 aftrekbare rente.

De vraag of de belastingplichtige een hoge of lage *ebitda* heeft moet dus worden bekeken ten opzichte van het balanstotaal van de belastingplichtige. Indien de ratio *ebitda*/balanstotaal laag is heeft de belastingplichtige een grotere kans om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling dan indien deze ratio hoog is.

4.2.2.1. Een lage ratio *ebitda*/balanstotaal

Er zijn twee oorzaken van een lage ratio *ebitda*/balanstotaal bij een belastingplichtige: I) een lage *ebitda*, met andere woorden het behalen van weinig winsten, of II) een hoog balanstotaal. Het

⁸² Ik veronderstel dat er geen rentebaten zijn en de rentekosten dus gelijk zijn aan het financieringskostensurplus.

⁸³ € 1,5 / 30% = € 5.

achterblijven van de winsten kan enerzijds te maken hebben met economische tegenspoed: de economie blijft (in een bepaalde sector of bij een bepaalde belastingplichtige) gewoonweg achter. Dit illustreert de zogenoemde procyclische werking van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Deze procyclische werking houdt in dat, indien winsten hoog zijn, de ratio *ebitda*/balanstotaal hoog is en er veel ruimte voor renteaftrek bestaat. Indien de winsten laag zijn, is de ratio *ebitda*/balanstotaal laag en is er weinig ruimte voor renteaftrek. Met andere woorden, als het economisch minder voorspoedig gaat met belastingplichtige wordt dit versterkt door het feit dat rente in aftrek wordt beperkt en vice versa. De hoofdregel versterkt dus de conjunctuurcyclus.⁸⁴

Anderzijds kan het achterblijven van winsten gelegen zijn in het feit dat belastingplichtige zich in een sector bevindt waarin stelselmatig weinig winsten worden behaald. Een voorbeeld hiervan is de research-sector. Deze sector staat bekend om haar hoge kosten en lage marge.

De andere oorzaak van een lage ratio *ebitda*/balanstotaal is het hebben van een hoog balanstotaal. Dit zijn bijvoorbeeld de kapitaalintensieve ondernemingen⁸⁵. Deze ondernemingen maken, nominaal gezien, misschien niet heel weinig winst, maar omdat zij een dusdanig hoog balanstotaal hebben, blijft de *ebitda* in verhouding achter. Een voorbeeld van kapitaalintensieve ondernemingen zijn bijvoorbeeld ondernemingen in de vastgoedsector. Op deze sector zal in paragraaf 4.3.1. nader worden ingegaan.

4.2.3. De hoogte van het rentepercentage op vreemd vermogen

De derde factor die van belang is, is de hoogte van het rentepercentage op vreemd vermogen. Vanzelfsprekend zorgt een hoger effectief rentepercentage bij een belastingplichtige ervoor dat zij meer rentekosten heeft bij eenzelfde bedrag aan vreemd vermogen. De belastingplichtige heeft dan een hoger financieringskostensurplus. Hetgeen op haar beurt leidt tot een grotere kans om door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling te worden geraakt. Voorbeelden van sectoren waarbij, gemiddeld genomen, sprake is van een hoger rentepercentage zijn: de industriesector, de media & telecommunicatiesector en de transportsector.⁸⁶

4.2.4. De verhouding tussen in- en uitlenen

Tot slot is de verhouding tussen in- en uitlenen bij een belastingplichtige van belang voor de vraag of belastingplichtige wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Dit wordt veroorzaakt doordat de earningsstripping-bepaling aansluit bij het financieringskostensurplus, te weten het saldo van rentekosten minus rentebaten. De verhouding tussen in- en uitlenen kun je weergeven als het percentage rentebaten ten opzichte van de rentekosten. Als de verhouding laag is, betekent dat een hoog financieringskostensurplus en dus ook een grotere kans om door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling te worden geraakt.

⁸⁴ R. Snoeij en J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108.

⁸⁵ Kenmerk van een kapitaalintensieve onderneming is dat zij veel heeft geïnvesteerd in activa. Zij gebruikt dus veel kapitaal bij de uitoefening van haar onderneming.

⁸⁶ KPMG, *Cost of Capital Study 2015: value enhancement in the interplay of risks and returns*, 2015, p. 44.

Speet⁸⁷ heeft in haar proefschrift (onder andere) onderzoek gedaan naar de netto-financiering van belastingplichtigen. Uit dit onderzoek blijkt dat voornamelijk belastingplichtigen met hele lage of juist hele hoge schuldratio's⁸⁸ veel uitlenen en derhalve een hoge verhouding in- en uitlenen hebben.⁸⁹ Speet noemt in dit kader als redenen dat belastingplichtigen met lage schuldratio's waarschijnlijk geld beschikbaar hebben om uit te lenen en dat belastingplichtigen met hoge schuldratio's waarschijnlijk een gecentraliseerde financieringsstructuur hebben en zodoende centraal geld inlenen en vervolgens doorlenen binnen de groep.⁹⁰

Tegenwoordig maken concerns, volgens de geïnterviewden in het proefschrift van Speet, steeds vaker gebruik van een gecentraliseerde financieringsstructuur.⁹¹ Het doel van deze gecentraliseerde financieringsstructuur is het vergroten van de *efficiency*: op centraal niveau kan de financieringsstructuur beter worden beheerd en kunnen leningen tegen lagere rentes worden aangetrokken.⁹² Door middel van interne leningen worden leningen vervolgens weer gealloceerd aan de betreffende activa. Dit leidt tot een hoge ratio in- en uitlenen. Belastingplichtigen met een gecentraliseerde financieringsstructuur die, vanzelfsprekend, gepaard gaat met hoge schuldratio's, hoeven, door hun hoge ratio in- en uitlenen, dus niet per se hard te worden geraakt door de earningsstripping-bepaling.

4.2.5. Subconclusie

De volgende factoren zorgen ervoor dat een belastingplichtige een grotere kans heeft om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling: I) een hoge schuldratio, II) een lage ratio *ebitda*/balanstotaal (weinig winsten of een kapitaalintensieve onderneming), III) hoge rentepercentages op vreemd vermogen en tot slot IV) een lage verhouding tussen in- en uitlenen.

4.3. Specifieke sectoren

Hierna wordt voor een viertal specifieke sectoren, te weten de vastgoedsector, *private equity* sector, publiek private samenwerking en financiële sector, bepaald of zij (hard) worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

4.3.1. De vastgoedsector

De vastgoedsector bestaat uit twee soorten belastingplichtigen: beleggers en projectontwikkelaars. Projectontwikkelaars zorgen voor de bouw van onroerende zaken. Beleggers kopen deze onroerende zaken van de projectontwikkelaars en gaan deze verhuren.

⁸⁷ N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017.

⁸⁸ Hele lage schuldratio's zijn schuldratio's tussen de 0% en 20%. Hele hoge schuldratio's zijn schuldratio's tussen de 80% en 100%.

⁸⁹ N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017, p. 72.

⁹⁰ N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017, p. 94.

⁹¹ N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017, p. 75.

⁹² N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017, p. 65.

Zoals in paragraaf 4.2.2.1. al opgemerkt, is de vastgoedsector een kapitaalintensieve sector. Voor zowel beleggers als projectontwikkelaars geldt dat de activa op de balans (onder andere) bestaan uit onroerende zaken. Dit gaat vaak om grote bedragen en die leiden tot een hoog balanstotaal. Zoals in paragraaf 4.2.2. uitgelegd, leidt een hoog balanstotaal tot een lage ratio *ebitda*/balanstotaal. Dit vergoot de kans voor belastingplichtige om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

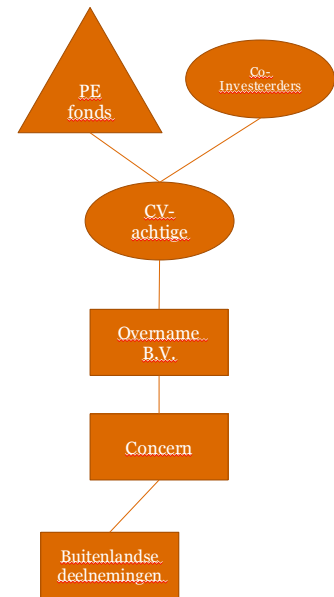
Naast het feit dat de vastgoedsector een kapitaalintensieve sector is, worden de onroerende zaken vaak veelvuldig gefinancierd met vreemd vermogen. Dit kunnen zowel externe leningen als zogenoemde *shareholder loans* zijn. Met een onroerende zaak als onderpand zijn er weinig risico's en is het aantrekken van een hoge (externe) schuld vaak geen probleem voor de belastingplichtige. Voorgaande leidt tot een hoge schuldratio in de vastgoedsector. Dit vergroot eveneens de kans om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

Uit voorgaande kan dus worden geconcludeerd dat de vastgoedsector, zowel beleggers als projectontwikkelaars, zeer waarschijnlijk gaan worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. De reden waarom de vastgoedsector, en dan met name de projectontwikkelaars, extra hard zullen worden geraakt is gelegen in het volgende: het feit dat beleggers hun rentekosten niet meer volledig kunnen aftrekken leidt ertoe dat de kosten voor het investeren in een pand stijgen. Rentekosten zijn voor de belegger immers reële bedrijfskosten. De stijging van deze reële bedrijfskosten zal de belegger trachten af te wentelen op haar afnemers, de huurders. Voor zover dit niet mogelijk is, leidt de kostenstijging van de investering tot een daling in het nettorendement uit de investering. Resultaat van de daling van het nettorendement van een pand is, vanzelfsprekend, een daling in de waarde van het pand. De koopprijzen van het pand zullen daardoor eveneens dalen. Gezien het feit dat beleggers de afnemers van projectontwikkelaars zijn, leidt een daling in de koopprijs voor beleggers tot een daling in de winsten voor projectontwikkelaars. Minder winst leidt tot een lagere *ebitda* voor projectontwikkelaars, hetgeen op haar beurt leidt tot minder ruimte voor renteaftrek.

De vastgoedsector zal dus hard worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Enerzijds omdat dit een kapitaalintensieve sector is, waarin vaak sprake is van hoge schuldratio's. Anderzijds kan de renteaftrekbepaling bij beleggers ertoe leiden dat de *ebitda* van projectontwikkelaars daalt. Dit leidt ertoe dat zij, op grond van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling, nog minder rente kunnen aftrekken.

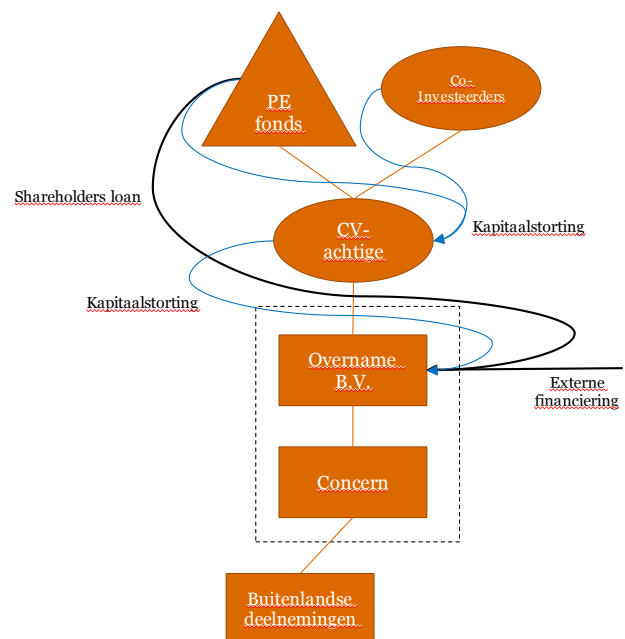
4.3.2. De private equity sector

Private equity structuren zien er vaak uit zoals weergegeven in de afbeelding hiernaast.⁹³ Het *private equity* fonds investeert samen met overige co-investeerders, zoals bijvoorbeeld pensioenfondsen, via een CV-achtige⁹⁴ en een overname-BV in niet-beursgenoteerde concerns. Het betreft hier vaak een concern dat economisch in zwaar weer verkeert, maar waarvan het *private equity* fonds van mening is dat zij dit, door middel van actieve bedrijfsvoering en reorganisatie, weer winstgevend kunnen maken. Het verdienmodel van *private equity* fonds is dan ook – kort door de bocht - als volgt: het kopen van een niet-beursgenoteerd concern voor een lage prijs om het binnen een aantal jaren met winst te verkopen.



Voor de overname van het concern trekt de overname-BV zo veel mogelijk vreemd vermogen aan. Dit heeft twee redenen.⁹⁵ Ten eerste haalt het *private equity* fonds een hoger rendement op haar investering indien zo veel mogelijk met vreemd vermogen wordt gefinancierd (zij verstrekt dus zogenoemde *shareholder loans* aan de overname-BV). Dit hogere rendement heeft te maken met het feit dat het *private equity* fonds minder eigen vermogen hoeft in te leggen, maar wel recht heeft op een even groot deel van de winst. Ten tweede is het voor de BV fiscaal gunstig om te financieren met vreemd vermogen, omdat rentekosten in aftrek mogen worden gebracht van de winst.

De financiering van een *private equity* structuur ziet er derhalve vaak uit zoals opgenomen in de afbeelding hiernaast. Het *private equity* fonds verstrekt een *shareholder loan* aan de overname-BV. Daarnaast wordt, middels kapitaalstortingen, een klein deel van de overname gefinancierd met eigen vermogen. Tot slot trekt de overname-BV, voor zover mogelijk, externe financiering aan. Volgens Kamerleden Nijboer en Groot zijn schuldratio's van 80% bij de overname-BV geen uitzondering.⁹⁶ Voorgaande leidt ertoe dat de rentekosten zich bevinden op het niveau van de overname-BV. Deze overname-BV zal geen operationele winsten maken en eventueel slechts, onder de deelnemingsvrijstelling vrijgestelde, deelnemingsdividenden ontvangen. Om er toch voor te zorgen



⁹³ Kamerstukken II 2014/15, nr. 34 267, nr. 2, p. 6-7 (Initiatiefnota van de leden Nijboer en Groot over private equity: einde aan excessen).

⁹⁴ De CV-achtige is vaak gevestigd in een land met een laag effectief belastingtarief.

⁹⁵ Kamerstukken II 2014/15, nr. 34 267, nr. 2, p. 7 (Initiatiefnota van de leden Nijboer en Groot over private equity: einde aan excessen).

⁹⁶ Kamerstukken II 2014/15, nr. 34 267, nr. 2, p. 8 (Initiatiefnota van de leden Nijboer en Groot over private equity: einde aan excessen).

dat de hoge rentekosten bij de overname-BV kunnen worden afgetrokken zal de overname-BV een fiscale eenheid vormen met het (Nederlandse deel van het) concern.⁹⁷

De hoge schuldratio's, zoals hierboven beschreven, zijn de voornaamste reden waardoor *private equity* gehouden concerns⁹⁸ in de toekomst hard zullen worden geraakt door de earningsstripping-bepaling. Dit wordt versterkt doordat het concern (in het begin) weinig winsten zal maken als gevolg van economische tegenspoed. Dit leidt tot een lage *ebitda*.

Tot slot verdient nog opmerking dat de vraag hoe hard een *private equity* gehouden concern wordt geraakt niet slechts afhangt van de escapes die wel/niet worden geïmplementeerd, maar ook van het voortbestaan van de huidige renteaftrekbepalingen. Zoals al opgemerkt in voetnoot 100 worden *private equity* structuren op dit moment vaak geraakt door de renteaftrekbepaling van art. 15ad Wet VPB. Hierdoor is slechts de rente op leningen tot 60% van de verkrijgingsprijs van de gevoegde dochters volledig aftrekbaar. Als art. 15ad blijft bestaan naast de earningsstripping-bepaling geldt een dubbel vereiste: rente op leningen tot 60% van de verkrijgingsprijs volledig aftrekbaar én het financieringskostensurplus voor maximaal 30% van de *ebitda* aftrekbaar. Indien art. 15ad wordt afgeschaft is, vanzelfsprekend, slechts de earningsstripping-bepaling van toepassing.

4.3.3. De publiek-private samenwerking

In art. 4 lid 4 onderdeel b anti-ontwijkingsrichtlijn is een escape opgenomen die inhoudt dat leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten worden uitgesloten voor de berekening van het financieringskostensurplus. Zoals in paragraaf 2.7 opgemerkt worden langlopende openbare-infrastructuurprojecten in Nederland vaak uitgevoerd aan de hand van de zogenoemde publiek-private samenwerking (PPS). Om te bepalen of moet worden gekozen voor de escape in art. 4 lid 4 onderdeel b, moet eerst worden bepaald of deze sector überhaupt wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

Uit de reacties op de internetconsultatie van zowel Loyens & Loeff en Allen & Overy als VNO-NCW blijkt dat kenmerkend is van PPS-projecten dat deze met veel vreemd vermogen worden gefinancierd en worden ondergebracht in aparte vennootschappen.⁹⁹ Financieren met vreemd vermogen leidt, zoals eerder beargumenteerd, tot een hoger rendement. Daarbij komt dat, gezien het feit dat de Nederlandse overheid de afnemer is, het risico op wanbetaling klein is.

De hoge schuldratio's in deze sector leiden ertoe dat kan worden beargumenteerd dat ook deze sector risico loopt om door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling te worden geraakt.

⁹⁷ Dit leidt ertoe dat de overname-BV tegen de werking van art. 15ad Wet VPB aanloopt. In dit artikel is, kort gezegd, renteaftrek in principe beperkt voor zover rente niet wordt afgetrokken van de eigen winsten, met daarbij een drempel van € 1.000.000 óf renteaftrek op leningen tot 60% van de verkrijgingsprijs van de gevoegde dochters, waarbij dit percentage ieder jaar met 5 procentpunt afloopt. Van deze laatste optie zal bij *private equity* vaak gebruik worden gemaakt.

⁹⁸ Ik benoem expliciet *private equity* gehouden concerns, omdat het belangrijk is om te beseffen dat het niet het *private equity* fonds is dat wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling, maar het concern waarvan zij de aandelen houden.

⁹⁹ Reactie van Allen & Overy en Loyens & Loeff op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Amsterdam: 18 augustus 2017, p. 2 (online publiek); Reactie VNO-NCW op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 21 augustus 2017, p. 4 (online publiek).

4.3.4. De financiële sector

Tot slot ga ik in op de financiële sector. Voor financiële ondernemingen is in art. 4 lid 7 eveneens een escape opgenomen. Deze escape houdt in dat financiële ondernemingen worden uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling. In het consultatiedocument¹⁰⁰ wordt beargumenteerd dat financiële ondernemingen niet worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling, omdat banken in principe meer rentebaten hebben dan rentekosten (geld uitlenen is tenslotte het verdienmodel van banken). Voor banken zal dit inderdaad kloppen. Als echter wordt gekeken naar de definitie van financiële onderneming in art. 2 lid 5 anti-ontwijkingsrichtlijn (zie ook bijlage 2) blijkt dat het begrip financiële onderneming naast banken ook pensioeninstellingen en verzekeraars omvat. Voor deze belastingplichtigen geldt niet per definitie dat de rentebaten de rentekosten zullen overstijgen. Echter, zullen veel van deze financiële ondernemingen subjectief zijn vrijgesteld van de vennootschapsbelasting op grond van art. 5 Wet VPB. Daardoor worden zij eveneens niet geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. De financiële sector zal dus voor veruit het grootste deel niet worden geraakt door de earningsstripping-bepaling. Slechts voor financiële ondernemingen die geen negatief financieringskostensurplus hebben of niet subjectief zijn vrijgesteld geldt dat zij, net als alle andere belastingplichtigen, grote kans hebben om te worden geraakt indien sprake is van één van de factoren zoals benoemd in paragraaf 4.2. Dit zal per financiële onderneming verschillen.

4.3.5. Subconclusie

Voor de vastgoedsector, *private equity* sector en de publiek-private samenwerking heb ik beargumenteerd dat zij waarschijnlijk zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. De voornaamste reden hiervoor is gelegen in het feit dat bij de belastingplichtigen in deze sectoren vaak sprake is van hoge schuldratio's. Daarnaast is de vastgoedsector een kapitaalintensieve sector, waardoor de verhouding *ebitda*/balanstotaal in deze sector vaak laag is. Verder bestaat voor projectontwikkelaars het risico dat de winsten, door toepassing van de earningsstripping-bepaling bij de beleggers, gaan dalen. Ook *private equity* gehouden concerns zullen vaak, in verband met het verdienmodel van *private equity* fondsen, (in de aanvang van een overname) lage winsten kennen. Lage winsten leiden tot een lage *ebitda* en derhalve tot een lagere aftrekmogelijkheid.

Voor de financiële sector ben ik tot de conclusie gekomen dat ondernemingen in deze sector, in verband met een negatief financieringskostensurplus of vrijstellingen in de VPB, vaak niet zullen worden geraakt door de earningsstripping-bepaling. Slechts een kleine groep financiële ondernemingen zal wél worden geraakt door de earningsstripping-bepaling. Het zal dan per belastingplichtige verschillen of hij wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

4.4. Het MKB versus grote ondernemingen

In deze paragraaf staat de vraag centraal of het MKB of juist de grote ondernemingen, ongeacht de sector waarin zij zich bevinden, harder zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. De meest optimale manier om deze vraag te beantwoorden, is aan de hand van empirisch onderzoek. In dit empirische onderzoek moet elke factor, zoals beschreven in paragraaf

¹⁰⁰ Consultatiedocument implementatie ATAD1, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

4.2, worden berekend voor het MKB en voor de grote ondernemingen. Je bepaalt dus bijvoorbeeld de gemiddelde schuldratio voor het MKB en de gemiddelde schuldratio voor de grote ondernemingen. Deze twee factoren moeten vervolgens met elkaar worden vergeleken om een conclusie te trekken welke groep het meeste risico loopt om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Als voor alle factoren het MKB en de grote ondernemingen met elkaar zijn vergeleken kan tenslotte de vraag worden beantwoord of het MKB of juist grote ondernemingen harder zullen worden geraakt door de earningsstripping-bepaling.

Er is echter één groot probleem bij de uitvoering van dit empirische onderzoek, namelijk het feit dat fiscale cijfers van belastingplichtigen niet publiek beschikbaar zijn. Fiscale data betreft vertrouwelijke data waar ik in dit onderzoek geen toegang tot heb. Het is een optie om, bij gebrek aan fiscale cijfers, het empirische onderzoek uit te voeren aan de hand van commerciële cijfers. Ik ben echter van mening dat tussen fiscale en commerciële cijfers dusdanig veel verschillen kunnen zitten dat geen goede conclusies kunnen worden getrokken uit de commerciële cijfers.¹⁰¹ Derhalve blijft mijn onderzoek beperkt tot onderzoeken uitgevoerd door anderen die wel gebruik hebben kunnen maken van Nederlandse fiscale cijfers.

Ik heb in dit kader twee onderzoeken gevonden: I) een onderzoek van Vrijburg¹⁰² dat zich richt op de schuldratio's in het MKB en II) het proefschrift van Speet¹⁰³, waarin (onder andere) onderzoek wordt gedaan naar schuldratio's van grote ondernemingen. Deze twee onderzoeken zal ik hierna met elkaar vergelijken. Voordat ik dit doe vergelijk ik de rentepercentages op vreemd vermogen van het MKB en van de grote ondernemingen. Commerciële rentepercentages kennen voor de earningsstripping-bepaling in principe geen fiscale afwijkingen en kunnen dus als zodanig met elkaar worden vergeleken.

4.4.1. De hoogte van het rentepercentage op vreemd vermogen

In 2012 is door De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) onderzoek gedaan naar de rentepercentages van het MKB in vergelijking met grote ondernemingen.¹⁰⁴ Dit hebben zij gedaan aan de hand van rentepercentages op kleine bedrijfsleningen en grote bedrijfsleningen. In dit onderzoek is naar voren gekomen dat het MKB stelselmatig tegen hogere rentepercentages aanloopt dan de grote onderneming.¹⁰⁵ Naar aanleiding hiervan zijn Kamervragen¹⁰⁶ gesteld, waarop minister Verhagen van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in zijn antwoorden mogelijke redenen geeft voor het verschil in rentepercentages. De oorzaken van het renteverskil zijn volgens Minister Verhagen: *“de relatief hoge transactiekosten van kleine kredieten, de informatie asymmetrie (minder informatie beschikbaar) bij de financiering van kleine bedrijven, de grotere deskundigheid van grotere bedrijven op financieel gebied, de grotere kwetsbaarheid van MKB bedrijven voor de uitval van personeel en voor*

¹⁰¹ Bij deze verschillen denk ik bijvoorbeeld aan het verschil in kwalificatie tussen eigen vermogen en vreemd vermogen (belastingplichtigen hebben immers fiscaal gezien een *incentive* om vermogen te kwalificeren als vreemd vermogen), maar ook aan verschillen in de winstbepaling waardoor bijvoorbeeld de fiscale *ebitda* en de commerciële *ebitda* flink van elkaar kunnen afwijken.

¹⁰² H. Vrijburg, 'Ongelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen is gewenst', *Economisch Statistische Berichten* (ESB) 2017/4753.

¹⁰³ N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017.

¹⁰⁴ De Nederlandsche Bank, *Overzicht Financiële Stabiliteit Najaar 2012*, nr. 16, p. 18-19 (online publiek).

¹⁰⁵ In 2012 is dit ongeveer 1,75 procentpunt hoger.

¹⁰⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 435 (kamervragen).

het wegvallen van klanten en de lagere solvabiliteit van het MKB in combinatie met een beperkte toegang tot extern eigen vermogen.”¹⁰⁷ Een stelselmatig hoger rentepercentage op vreemd vermogen voor het MKB leidt tot een groter risico voor het MKB om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

4.4.2. Schuldratio MKB (het onderzoek van Vrijburg)

In het kader van de schuldratio's van het MKB heeft Vrijburg onderzoek gedaan naar de fiscale ongelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. De bedrijven die in zijn dataset zijn opgenomen zijn belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting in het jaar 2006 met een maximum balanstotaal van 22 miljoen euro.¹⁰⁸

Vrijburg deelt het MKB op in twee groepen: microbedrijven¹⁰⁹ en overige-bedrijven. Voor de kleinste 25% van de microbedrijven, gemeten aan de hand van de hoeveelheid vaste activa, laat hij zien dat de gemiddelde schuldratio 95% procent bedraagt. Voor de grootste 25% van de overige bedrijven is deze schuldratio 61%. Tussen deze twee uitersten is de gemiddelde schuldratio 50%. Uit voorgaande kan worden afgeleid dat de gemiddelde schuldratio van het MKB meer dan 50% bedraagt.

Vrijburg noemt twee oorzaken voor de hoge schuldratio's in het MKB. Ten eerste laat hij zien dat bedrijven die veel vrij beschikbare eigen middelen hebben of veel dividend uitkeren een lagere schuldratio hebben dan bedrijven die weinig vrij beschikbare eigen middelen hebben of weinig dividend uitkeren. Vrijburg suggereert in dit kader dat het MKB wel anders wil financieren, maar dat zij door beperkingen op de kapitaalmarkt niet anders kunnen financieren. De beperkingen op de kapitaalmarkt die het MKB ervaart is dus de eerste oorzaak voor de hoge schuldratio's.

De tweede oorzaak is gelegen in de zogenoemde *debt bias* die belastingplichtigen ervaren: doordat vreemd vermogen fiscaal wordt gefaciliteerd zijn belastingplichtigen eerder geneigd om met vreemd vermogen te financieren dan met eigen vermogen. Deze *debt bias* geeft weliswaar aan waarom de schuldratio's hoog zijn, echter sluit deze, mijns inziens, niet specifiek aan bij het MKB. Grote ondernemingen ervaren namelijk net zo goed een *debt bias*, aangezien voor hen vreemd vermogen eveneens fiscaal is gefaciliteerd.¹¹⁰

4.4.3. Schuldratio grote ondernemingen (het onderzoek van Speet)

Betreffende grote ondernemingen, heeft Speet op grond van aangiftegegevens van de Belastingdienst empirisch onderzoek gedaan naar renteaftrekbepalingen en de financiering van grote ondernemingen. Grote ondernemingen zijn in haar onderzoek gedefinieerd als controleplichtige lichamen op grond van het BW 2 Titel 9.¹¹¹

¹⁰⁷ *Aanhangsel Handelingen II 2012/13*, 435, p. 2 (kamervragen).

¹⁰⁸ De dataset betreft een (niet-publieke) dataset van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), waarbij de data is afgeleid vanuit belastingaangiften.

¹⁰⁹ Microbedrijven kennen een balanstotaal van minder dan € 2.000.000 of een omzet van minder dan € 1.000.000.

¹¹⁰ Vrijburg geeft in dit kader ook nog aan dat de *debt bias* voor het MKB wel eens kleiner zou kunnen zijn dan voor grote ondernemingen, aangezien het MKB rekening zal moeten houden met haar beperkingen op de kapitaalmarkt.

¹¹¹ Controleplicht ontstaat indien aan twee van de volgende drie vereisten wordt voldaan: I) een balanstotaal groter dan 6 miljoen euro, II) een netto omzet groter dan 12 miljoen euro, III) gemiddeld over een boekjaar meer dan 50 fulltime medewerkers in dienst. Ik merk hierbij op dat Speet een andere definitie hanteert dan

Omdat renteaftrekbeperkingen in de tijd zijn veranderd/ingevoerd, concentreert Speet zich in haar onderzoek op de financiering van ondernemingen over de tijd heen. Ik kijk echter slechts naar de schuldratio's die zij laat zien voor het jaar 2005¹¹²:

Schuldratio	Percentage ondernemingen in 2005
0% - 20%	52%
20% - 40%	12%
40% - 60%	11%
60% - 80%	11%
80% - 100%	14%

Bovenstaand betekent dat de gemiddelde schuldratio van grote ondernemingen in 2005 tussen de 24,6% en 44,6% ligt.

Uit het onderzoek van Vrijburg heb ik geconcludeerd dat de gemiddelde schuldratio voor het MKB meer dan 50% is. Het onderzoek van Speet laat een gemiddelde schuldratio voor grote ondernemingen zien tussen de 24,6% en 44,6%. Dit betekent dus dat het MKB een hogere schuldratio heeft. Op grond van deze hogere schuldratio heeft het MKB een grotere kans om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling dan grote ondernemingen.

4.4.4. *Rajan en Zingales*

Hoewel ik hiervoor heb opgemerkt dat ik - doordat fiscale en commerciële cijfers veel verschillen kennen - in dit onderzoek beperkt blijf tot fiscale cijfers, wil ik toch een opmerking maken over een op commerciële cijfers gebaseerd onderzoek, uitgevoerd door Rajan en Zingales¹¹³. Zij onderzoeken namelijk de kapitaalstructuur in de G7-landen¹¹⁴ en komen voor zes van de zeven landen tot een tegenovergesteld resultaat dan mijn conclusie op basis van de onderzoeken van Vrijburg en Speet. De resultaten van Rajan en Zingales laten namelijk zien dat, behalve in het geval van Duitsland, grotere ondernemingen een hogere schuldratio hebben dan kleinere ondernemingen. Omdat zij geen verklaring kunnen vinden voor een afwijking in Duitsland concluderen Rajan en Zingales dat, in zijn algemeenheid, de schuldratio bij grote ondernemingen groter is dan bij kleine ondernemingen, maar dat niet duidelijk is waarom dit zo is.

De vraag rijst nu waarom Nederlandse fiscale onderzoeken een tegenovergesteld resultaat laten zien. Het is lastig om hier een uitspraak over te doen. Het verschil kan enerzijds zijn gelegen in de verschillen tussen commerciële en fiscale cijfers. Ik betwijfel echter of de verschillen in deze cijfers dusdanig groot zijn dat een tegenovergesteld effect ontstaat. Een andere reden kan zijn gelegen in het Nederlandse fiscale beleid. In Nederland is rente aftrekbaar en wordt bij beperkingen op deze aftrekbaarheid vrijwel altijd het MKB ontzien. Financiering met vreemd vermogen is derhalve voor het MKB nóg aantrekkelijker dan voor grote ondernemingen. Dit kan een verschil verklaren tussen de Nederlandse

Vrijburg, waardoor er in de data gedeeltelijk overlap zal zitten. Voor de vergelijking is dit, mijns inziens, geen groot probleem.

¹¹² N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017, p. 62.

¹¹³ R.G. Rajan & L. Zingales, 'What do we know about capital structure? Some evidence from international Data', *The Journal of Finance*, vol. 50, no. 5 (december 1995), p. 1421-1460.

¹¹⁴ De G-7 landen zijn de Verenigde Staten, Japan, Duitsland, Frankrijk, Italië, Verenigd Koninkrijk en Canada.

schuldratio's van het MKB en grote ondernemingen en de algemene trend dat de schuldratio bij grote ondernemingen groter is dan bij het MKB.

4.4.5. Subconclusie

Naar aanleiding van een onderzoek van DNB, heb ik geconcludeerd dat het MKB een stelselmatig hoger rentepercentage op vreemd vermogen moet betalen. Dit leidt ertoe dat het MKB een grotere kans heeft om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Daarnaast heb ik aan de hand van de onderzoeken van Vrijburg en Speet geconcludeerd dat het MKB een hogere schuldratio heeft dan de grote ondernemingen. Onderzoek van Rajan en Zingales laten voor andere landen een tegenovergesteld effect zien. Het is niet helemaal duidelijk waarom de Nederlandse situatie afwijkt van deze andere landen, maar een eventuele reden kan worden gevonden in het Nederlandse fiscale beleid.

Of voorgaande per saldo ook betekent dat het MKB harder zal worden geraakt door de earningsstripping-bepaling is, vanzelfsprekend, nog afhankelijk van de overige twee factoren, te weten de ratio *ebitda*/balanstotaal en de verhouding in- en uitlenen.¹¹⁵ Hoewel nader empirisch onderzoek naar deze factoren dus moet plaatsvinden om met zekerheid te kunnen zeggen dat het MKB harder wordt geraakt, zijn de hogere schuldratio en rentepercentage, mijns inziens, wel sterke aanwijzingen dat dit het geval is.

4.5. Conclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond is welke soorten belastingplichtigen zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Aan de hand van de rekenregel uit de hoofdregel heb ik in paragraaf 4.2 beargumenteerd dat de volgende factoren ervoor zorgen dat belastingplichtige een grotere kans heeft om te worden geraakt door de hoofdregel: I) een hoge schuldratio, II) een lage ratio *ebitda*/balanstotaal (weinig winsten of een kapitaalintensieve onderneming), III) hoge rentepercentages op vreemd vermogen en tot slot IV) een lage verhouding tussen in- en uitlenen.

Nadat ik deze factoren heb bepaald, heb ik voor een aantal sectoren, aan de hand van die factoren, beoordeeld of zij waarschijnlijk (hard) zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstrippingbepaling. Hieruit ontstaat het volgende overzicht:

Sector	(Hard) geraakt door de earningsstripping-bepaling?	Waarom?
Vastgoedsector	Ja	Hoge schuldratio's, hoge balanstotalen. Lage winsten bij projectontwikkelaars.
Private equity sector	Ja	Hoge schuldratio's en lage winsten
Publiek-private samenwerking	Ja	Hoge schuldratio's

¹¹⁵ Met betrekking tot de verhouding in- en uitlenen laat Speet zien dat voor grote ondernemingen in 2005 63% van de totale rentelasten wordt gecompenseerd door rentebaten. Omdat Vrijburg in dit kader niets laat zien, kan ik deze helaas niet vergelijken met het MKB.

Financiële ondernemingen	Het grootste deel van de groep niet, voor het overige deel per belastingplichtige bepalen.	Banken niet doordat zij, in principe, een negatief financieringskostensurplus hebben. Daarnaast zijn veel financiële ondernemingen subjectief vrijgesteld van de vennootschapsbelasting op grond van art. 5 Wet VPB.
---------------------------------	--	--

Tot slot heb ik getracht om te bepalen of het MKB, of dat grote ondernemingen, meer risico lopen om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Aan de hand van onderzoeken van Vrijburg, Speet en DNB heb ik geconcludeerd dat, door hogere schuldratio's en hogere rentepercentages in het MKB, grote kans bestaat dat het MKB harder wordt geraakt. Om voorgaande met volledige zekerheid te zeggen adviseer ik om nader empirisch onderzoek te doen naar de ratio *ebitda*/balanstotaal en de verhouding in- en uitlenen van het MKB en de grote ondernemingen.

5. Hoofdstuk 5: De hoofdregel en het toepassingsbereik

5.1. Inleiding

In de hoofdstukken 3 en 4 is bepaald wat de doelstelling is van de earningsstripping-bepaling en wie worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. In dit hoofdstuk staan de hoofdregel en het toepassingsbereik van de earningsstripping-bepaling centraal. De hoofdregel van de earningsstripping-bepaling houdt in dat het financieringskostensurplus van de belastingplichtige aftrekbaar is tot een maximum van 30% van de *ebitda*. Daarbij kan Nederland kiezen om het percentage van 30% te verlagen en om de berekening op grond van *ebit* in plaats van *ebitda* te laten plaatsvinden. Betreffende het toepassingsbereik zijn er drie keuzemogelijkheden voor Nederland: I) toepassing per entiteit, II) toepassing op fiscale eenheidsniveau en III) toepassing op lidstaatniveau.

Zowel voor de verplichte hoofdregel met haar keuzemogelijkheden als voor het toepassingsbereik onderzoek ik wat de gevolgen zijn voor I) de belastingplichtige, II) het huidige kader van wet- en regelgeving en III) de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Nadat ik deze gevolgen heb geanalyseerd, beoordeel ik of Nederland gebruik moet maken van de keuzemogelijkheden in de hoofdregel en de escape om de earningsstripping-bepaling toe te passen op fiscale eenheids- of lidstaatniveau. In dit hoofdstuk wordt zodoende antwoord gegeven op de volgende twee deelvragen:

- *Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welke wijze moet de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet?*
- *Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welk niveau moet de earningsstripping-bepaling worden toegepast?*

5.2. De hoofdregel

Voor belastingplichtige leidt de invoering van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling tot een drietal economische gevolgen: economisch dubbele belasting, de stijging van de kosten van vreemd vermogen en een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen.

5.2.1. Economisch dubbele belasting

Het eerste economische gevolg betreft het risico op economisch dubbele belasting voor de belastingplichtige. Indien een belastingplichtige wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling, wordt haar rente in aftrek beperkt. De rente, die hij betaalt, zal echter bij de ontvanger van de rente in principe in aanmerking worden genomen als rentebate voor de vennootschapsbelasting. De rente is dus belast bij het ene subject, maar niet aftrekbaar bij het andere subject. Voorgaande wordt economisch dubbele belasting genoemd.¹¹⁶ Economisch dubbele belasting is, vanzelfsprekend, voor belastingplichtige een negatief economisch gevolg van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

¹¹⁶ Let op dat natuurlijk slechts sprake is van economisch dubbele belasting indien rente wordt betaald aan een andere belastingplichtige gevestigd in een land waar rentebaten effectief worden belast.

5.2.2. *Stijging van de kosten van vreemd vermogen*

Een ander economisch gevolg betreft het feit dat de rentekosten die een belastingplichtige maakt, voor die belastingplichtige een reële kostenpost zijn. De aftrekbaarheid van rente leidt ertoe dat een gedeelte, afhankelijk van de hoogte van het vennootschapsbelastingtarief, van die kostenpost vervalt. Met een Nederlands vennootschapsbelastingtarief van 25% vervalt 25% van de reële kostenpost voor de belastingplichtige. Op het moment dat rente bij de belastingplichtige, als gevolg van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling, dus nog maar gedeeltelijk in aftrek kan worden genomen, stijgen de effectieve kosten van vreemd vermogen voor de belastingplichtige. Dit heeft twee gevolgen: ten eerste kan, bij een gebrek aan afwenteling, het rendement dalen op investeringen die zijn gefinancierd met vreemd vermogen. Hierdoor zullen belastingplichtigen minder willen betalen voor deze investeringen dan voorheen. De prijzen van desbetreffende investeringen zullen dan ook dalen.¹¹⁷ Ten tweede kan de belastingplichtige, door de hogere kosten van vreemd vermogen, minder vreemd vermogen aantrekken. Indien een belastingplichtige ook niet zomaar eigen vermogen kan aantrekken - bijvoorbeeld door beperkingen op de kapitaalmarkt - kan de belastingplichtige minder betalen voor haar investeringen dan voorheen. Dit leidt eveneens tot een daling van de prijzen. Economisch gevolg van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling is dus een stijging van de effectieve kosten van vreemd vermogen, hetgeen gepaard gaat met een daling van de prijzen van investeringen die zijn gefinancierd met vreemd vermogen.

5.2.3. *Gelijkere behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen*

Zoals al eerder opgemerkt worden eigen vermogen en vreemd vermogen anders behandeld. De rente op vreemd vermogen is immers, in tegenstelling tot dividend op eigen vermogen, aftrekbaar. Gevolg van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling is dat rente niet langer volledig aftrekbaar is van de fiscale winst, maar nog maar voor 30% van de fiscale winst (vermeerderd met waardeveranderingen, afschrijvingen en het financieringskostensurplus). Een beperking in de aftrekbaarheid van rente betekent dat vreemd vermogen en eigen vermogen voortaan gelijk worden behandeld. Vooruitlopend op de effectiviteit van de hoofdregel merk ik direct op dat, gezien de doelstelling van de Nederlandse regering om eigen vermogen en vreemd vermogen gelijk te behandelen, de hoofdregel als zodanig effectief werkt. Echter, gegeven de huidige lage rentestand¹¹⁸ kan men argumenteren dat de gevolgen van deze gelijkere behandeling voor de belastingplichtige maar klein zijn. Derhalve benoem ik slechts dat eigen vermogen en vreemd vermogen gelijk worden behandeld, dat dit ten goede komt van de effectiviteit van de hoofdregel, maar ga ik niet nader in op de gevolgen hiervan voor belastingplichtigen.

5.2.4. *Het huidige kader van wet- en regelgeving*

Bezien vanuit het huidige kader van wet- en regelgeving, is het belangrijkste om op te merken dat de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling een generieke renteaftrekbeperking betreft. De reeds bestaande renteaftrekbeperkingen in Nederland betreffen daarentegen specifieke renteaftrekbeperkingen.¹¹⁹ Kenmerkend van een generieke renteaftrekbeperking is dat deze, in de basis, geldt voor iedere belastingplichtige, elke vorm van rente en is vormgegeven aan de hand van een mathematische methode. Een mathematische methode betekent dat sprake is van een algemene

¹¹⁷ Dit is hetzelfde effect zoals beschreven voor de vastgoedsector in paragraaf 4.3.1.

¹¹⁸ De huidige 12-maands Euribor is bijvoorbeeld zelfs negatief -0,191% (03-11-2017).

¹¹⁹ Dit zijn bijvoorbeeld de renteaftrekbeperkingen van art. 10a, 13l en 15ad Wet VPB.

rekenregel, zonder aan te sluiten bij bepaalde rechtshandelingen die duiden op belastingontwijking. Specifieke renteaftrekbeperkingen sluiten daarentegen wél aan bij specifieke belastingplichtigen, specifieke soorten rente of specifieke rechtshandelingen die duiden op belastingontwijking.¹²⁰

Het verschil in soorten renteaftrekbeperkingen leidt ertoe, dat in het consultatiedocument de vraag wordt opgeworpen of specifieke renteaftrekbeperkingen moeten worden afgeschaft naar aanleiding van de implementatie van de earningsstripping-bepaling.¹²¹ In het regeerakkoord lijkt antwoord te worden gegeven op deze vraag. Hierin wordt namelijk opgemerkt: '*Enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft (met uitzondering van de specifieke renteaftrekbeperking gericht tegen winstdrainage).*'¹²² Het lijkt er dus op dat bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft, met uitzondering van de winstdrainagebepaling van art. 10a Wet VPB. Gezien de eenvoud van het belastingstelsel - hetgeen één van de doelstellingen is van het Nederlandse belastingstelsel - is de afschaffing van specifieke renteaftrekbeperkingen in ieder geval een goede keuze. Het voordeel van specifieke renteaftrekbeperkingen is daarentegen dat deze beter aansluiten bij belastingontwijking en daardoor in zoverre effectiever kunnen zijn. Om de vraag of specifieke renteaftrekbeperkingen moeten worden afgeschaft op een juiste manier te beantwoorden, moet, naar mijn mening, voor elke specifieke renteaftrekbeperking afzonderlijk worden beschreven hoe deze werkt en wat hier de achtergrond van is. Omwille van de omvang van dit onderzoek kan ik hier (helaas) niet dieper op ingaan.

5.2.5. De effectiviteit van de hoofdregel

Voor de bepaling van de effectiviteit van de hoofdregel is van belang dat deze is vormgegeven aan de hand van een mathematische methode. Het voordeel hiervan is dat grondslaguitholling, in de letterlijke zin van het woord, geheel wordt tegengegaan. De belastingplichtige kan immers haar fiscale winstgrondslag nog maar voor 30% uithollen door middel van rentekosten. In zoverre werkt de earningsstripping-bepaling dus bijzonder effectief.

In hoofdstuk 3 heb ik echter uiteengezet dat pas sprake is van belastingontwijking indien winstverschuiving en grondslaguitholling leiden tot een resultaat dat niet in overeenstemming is met de economische realiteit. Voor de toepassing van de hoofdregel maakt het niet uit of sprake is van een resultaat dat in overeenstemming is met de economische realiteit, maar wordt elke vorm van grondslaguitholling bestreden. In zoverre gaat de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling dus verder dan haar doelstelling. De OESO noemt in dit kader nog dat, doordat renteaftrek wordt gekoppeld aan de *ebitda*, er wordt aangesloten bij economische activiteiten.¹²³ Zij suggereert daarmee, mijns inziens, dat zodoende toch wordt aangesloten bij de economische realiteit. Ik ben echter van mening dat het maken van winsten niet een vereiste is voor economische activiteiten en de aansluiting bij de *ebitda* dus niet per definitie betekent, dat wordt aangesloten bij de economische realiteit. In zoverre gaat de hoofdregel dus verder dan de doelstelling en is deze niet effectief.

¹²⁰ Art. 10a Wet VPB sluit bijvoorbeeld aan op rechtshandeling rondom winstdrainage. Art. 13l Wet VPB is daarentegen eveneens vormgegeven aan de hand van een mathematische methode, maar beperkt slechts deelnemingsrente en moet derhalve, mijns inziens, nog steeds worden aangemerkt als specifieke renteaftrekbeperking.

¹²¹ De vraag wordt in het consultatiedocument gekoppeld aan de implementatie van de groepsescape. Deze twee dingen moeten, mijns inziens, los van elkaar worden benaderd. Derhalve ga ik hier niet verder op in.

¹²² Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67.

¹²³ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 8.

5.3. De keuzemogelijkheden bij de hoofdregel

5.3.1. Verlaging van het percentage van 30%

Zowel in het consultatiedocument als in het regeerakkoord lijkt Nederland niet te willen kiezen voor een verlaging van het percentage van 30%.¹²⁴ Voor de vraag of dit de juiste keuze is moet een afweging worden gemaakt tussen enerzijds de (extra) economisch dubbele belasting die ontstaat bij een verlaging van het percentage en anderzijds de hoeveelheid derdenrente die kan worden afgetrokken.¹²⁵

De eerste, de (extra) economisch dubbele belasting die ontstaat bij een verlaging van het percentage van 30%, is, vanzelfsprekend, vanuit het oogpunt van belastingplichtige niet gewenst. In dit kader wordt in OESO-Actieplan 4 verwezen naar een onderzoek, uitgevoerd onder multinationale ondernemingen door BIAC¹²⁶/PwC.¹²⁷ Uit dit onderzoek blijkt dat bij een aftrekbaar percentage van 30%, 13% van de multinationale ondernemingen wordt geraakt door de earningsstripping-bepaling (en dus risico loopt op economisch dubbele belasting). Bij een percentage van 10% stijgt dit naar 38% van de multinationale ondernemingen. Vanuit dit perspectief moet dus, vanzelfsprekend, voor een percentage van 30% worden gekozen.

De tweede, de aftrekbaarheid van derdenrente, wordt gebruikt als indicatie voor belastingontwijking en heeft zodoende betrekking op de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. In geval van derdenleningen en bijbehorende derdenrente wordt namelijk in zijn algemeenheid uitgegaan dat deze leningen zakelijk zijn en voortkomen vanuit een reële financieringsbehoefte. Derhalve houden derdenleningen geen verband met belastingontwijking. Rente op derdenleningen moet dus, vanuit het perspectief van belastingontwijking, altijd kunnen worden afgetrokken.¹²⁸ Bezien vanuit de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, moet het aftrekbaar percentage zodoende worden gesteld zodat zo veel mogelijk derdenrente kan worden afgetrokken, zonder dat belastingplichtigen veel meer dan slechts derdenrente kunnen aftrekken.¹²⁹

In OESO-Actieplan 4 wordt opgemerkt dat indien een aftrekbaar percentage van 30%, 13% van de ondernemingen beperkt in renteaftrek, de overige 87% van de ondernemingen ál hun rente kunnen aftrekken.¹³⁰ Dit betekent dus ook dat 87% van de ondernemingen al hun derdenrente kan aftrekken. Bij een percentage van 10% kan dezelfde redenering worden toegepast en daalt het aantal ondernemingen dat al haar derdenrente kan aftrekken naar 62%. Hoewel voorgaande feitelijk juist is, geeft dit, mijns inziens, een vertekend beeld. Dit komt doordat in dit geval de aanname wordt gemaakt dat als een belastingplichtige wordt beperkt in renteaftrek, dit ook direct een beperking van de aftrek van derdenrente betreft. Dit hoeft, mijns inziens, niet het geval te zijn. De percentages 87% en 62% zijn zodoende ondergrenzen en kunnen veel hoger liggen.

¹²⁴ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 4; Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67.

¹²⁵ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 93-98; P. Hoogterp, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147.

¹²⁶ BIAC: Business and Industry Advisory Committee to the OECD.

¹²⁷ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 96-97; OESO BEPS Actieplan, Annex B, Table B.2 en B.3;

¹²⁸ Dit betekent overigens niet dat indien rente geen derdenrente is, maar dus voortkomt vanuit interne leningen, deze rente per definitie niet aftrekbaar zou moeten zijn, omdat sprake is van belastingontwijking.

¹²⁹ Renteaftrek die groter is dan de daadwerkelijke rente die wordt betaald op derdenleningen wordt immers, zoals in hoofdstuk 3 al opgenomen, aangemerkt als risicoscenario van belastingontwijking.

¹³⁰ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 96-97; OESO BEPS Actieplan, Annex B, Table B.2 en B.3;

De volgende resultaten uit het BIAC/PwC onderzoek geven, mijns inziens, een betere indicatie: 72% van de onderzochte ondernemingen geniet, bij een percentage van 30%, een renteaftrek meer dan twee maal de derdenrente. 47% geniet in dat kader zelfs een renteaftrek van meer dan zes maal de derdenrente. Bij een percentage van 10% geniet 47% van de onderzochte ondernemingen een renteaftrek van meer dan twee maal de derdenrente. Een renteaftrek die groter is dan de derdenrente wordt aangemerkt als één van de risicoscenario's van belastingontwijking. Zodoende leidt een aftrekbaar percentage van 10% tot de meest effectieve uitkomst.

5.3.1.1. *Subconclusie*

Het is lastig om op grond van voorgaande een afweging te maken. Als Nederland kiest voor een aftrekbaar percentage van 10%, hebben, naar mijn mening, wel heel veel belastingplichtigen de kans op economisch dubbele belasting. Kiest Nederland daarentegen voor 30%, dan vind ik het risico op belastingontwijking wel heel groot. De keuze, die Nederland moet maken, moet derhalve worden gezien in samenhang met de keuzes voor overige escapes. Indien Nederland bijvoorbeeld kiest voor de *ebitda*-uitzondering is in principe, ongeacht het percentage opgenomen in de hoofdregel, alle derdenrente van het concern aftrekbaar. Nederland zou dan bijvoorbeeld makkelijker kunnen kiezen voor een verlaging van het aftrekbare percentage naar 10%. Ik kom derhalve in het hoofdstuk betreffende de groepsescape nogmaals terug op de vraag of Nederland moet kiezen voor de verlaging van het percentage van 30%.

5.3.2. *Berekening op basis van *ebit* in plaats van *ebitda**

Betreffende de berekening op basis van *ebit* of *ebitda* wordt uit het consultatiedocument en regeerakkoord niet helemaal duidelijk waar Nederland voor lijkt te kiezen. In het consultatiedocument wordt namelijk wél gecorrigeerd voor afschrijvingen, maar worden afwaarderingen expliciet uitgesloten.¹³¹ Nederland kiest hier dus voor een berekening op basis van de '*ebit*'. In het regeerakkoord daarentegen wordt gesproken over *ebitda* zonder daarbij expliciet in te gaan op afwaarderingen.¹³²

Feit blijft dat indien de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling aan gaat sluiten bij *ebit* in plaats van *ebitda* dit betekent dat niet langer wordt gecorrigeerd voor afschrijvingen en afwaarderingen. Doordat *ebitda* wel corrigeert voor afschrijvingen en afwaarderingen, is dit een vrij neutraal begrip. Voor de hoogte van de aftrekbare rente maakt het namelijk niet uit of een belastingplichtige afschrijft of afwaarderingen heeft. Als de aftrekbare rente wordt berekend op basis van *ebit* gaat afschrijven en afwaarderen wel een rol spelen. Belastingplichtigen, die veel afschrijven of afwaarderen, worden dan harder geraakt door de earningsstripping-bepaling dan belastingplichtigen die dit niet doen. Dit betekent eveneens dat de kapitaalintensieve sector nog harder zal worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. In deze sector wordt namelijk, in verband met de vele activa op de balans, vaak meer afgeschreven en afgewaardeerd.

Vanuit economisch oogpunt kan ik geen rechtvaardiging bedenken om renteaftrek meer te beperken bij belastingplichtigen die veel afschrijven of afwaarderen, zoals onder andere de kapitaalintensieve sector. De Europese Commissie lijkt deze optie voornamelijk te benoemen in de richtlijn om aan te

¹³¹ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 22.

¹³² Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67.

geven dat sprake is van een minimumrichtlijn en dat lidstaten dus ook alternatieve berekeningsmethoden kunnen implementeren, zolang deze niet ruimer uitwerken dan de gegeven minimumstandaard.¹³³ Bekeken vanuit de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling is van belang of belastingplichtigen die veel afschrijven of afwaarderen meer doen aan belastingontwijking en derhalve harder moeten worden geraakt door de earningsstripping-bepaling. Ik ben van mening dat er geen aanleiding is om dit te concluderen en derhalve, gezien vanuit de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de berekening van de hoofdregel moet plaatsvinden op grond van *ebitda*.

Tot slot kan nog worden beargumenteerd, dat de keuze voor de berekening van de renteaftrek op basis van *ebit* de procyclische werking van de earningsstripping-bepaling versterkt. Een afwaardering leidt immers tot minder ruimte voor renteaftrek. De procyclische werking is voor belastingplichtige nadelig, omdat zij op die manier wordt 'bestraft' als het economisch minder goed gaat. Dit versterkt economische tegenspoed. Voorgaande pleit dus eveneens voor een berekening op basis van *ebit* in plaats van *ebitda*.

Alle hiervoor genoemde gevolgen bij elkaar genomen ben ik van mening dat Nederland niet moet kiezen voor de berekening op basis van *ebit* (of *ebitd*) in plaats van *ebitda*.

5.4. Toepassing van de earningsstripping-bepaling

Nederland kan de earningsstripping-bepaling op drie manieren toepassen: ten eerste kan Nederland de escape niet implementeren. De earningsstripping-bepaling wordt dan per entiteit toegepast. Ten tweede kan Nederland de escape zodanig implementeren dat de earningsstripping-bepaling op het niveau van de fiscale eenheid wordt toegepast. Tot slot kan Nederland ook nog kiezen voor de toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau.

5.4.1. Een economisch gelijkwaardige situatie anders behandelen

Indien Nederland kiest om de escape niet te implementeren leidt dat ertoe dat de earningsstripping-bepaling per entiteit wordt toegepast. De toepassing per entiteit kan ertoe leiden dat iets wat economische hetzelfde is, anders wordt behandeld doordat sprake is van een andere juridische vorm. Ik illustreer dit aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel, een concern heeft een financieringskostensurplus van € 400.000 en een *ebitda* van € 1.000.000. In het eerste geval bestaat het concern uit één entiteit waarin, vanzelfsprekend, het volledige financieringskostensurplus en de volledige *ebitda* tot uitdrukking komen. In het tweede geval bestaat het concern uit twee belastingplichtige entiteiten, waarbij de verdeling als volgt is:

- Entiteit 1: € 350.000 financieringskostensurplus en € 600.000 *ebitda*
- Entiteit 2: € 50.000 financieringskostensurplus en € 400.000 *ebitda*

In het eerste geval, waarbij sprake is van één entiteit, is € 300.000¹³⁴ van het financieringskostensurplus aftrekbaar. In het tweede geval mag entiteit 1 € 180.000 van haar financieringskostensurplus aftrekken en mag entiteit 2 haar volledige financieringskostensurplus van

¹³³ Preambule 6 anti-ontwijkingsrichtlijn.

¹³⁴ $30\% \times € 1.000.000 = € 300.000$

€ 50.000 aftrekken.¹³⁵ Dit leidt ertoe dat het concern in totaal € 230.000 mag aftrekken. Dit is € 70.000 minder renteaftrek, dan in de situatie waarbij sprake is van maar één entiteit. Dit is dus een voorbeeld van een situatie die economisch hetzelfde is, maar vanwege haar juridische vorm anders wordt behandeld.¹³⁶

Naar aanleiding van bovenstaand voorbeeld kan worden beargumenteerd dat de earningsstripping-bepaling niet per entiteit moet worden toegepast, omdat in dat geval het risico bestaat dat economisch gelijkwaardige situaties anders worden behandeld.

Bij wijze van tegenargument kan men echter stellen dat het in de praktijk niet noodzakelijk is om wettelijk te regelen dat economisch gelijkwaardige situaties gelijkwaardig worden behandeld, indien het concern er zelf voor kan zorgen dat zij niet wordt benadeeld. Het concern moet haar financieringskostensurplus en *ebitda* dan op een dusdanige manier verdelen over de entiteiten zodat zij geen nadeel lijdt. Er vanuit gaande dat belastingplichtigen in principe op zoek zijn naar de fiscaal meest gunstige weg, kan worden beargumenteerd dat het concern dit zal doen. De vraag in dit kader is echter of het concern in staat is om de *ebitda* en het financieringskostensurplus op de meest gunstige manier te verdelen. Het concern kan namelijk niet weten hoeveel winst, en dus ook *ebitda*, zij in de toekomst precies zal behalen. Optimale verdeling zal dan ook in veel gevallen vrijwel onmogelijk zijn. Ik ben derhalve van mening dat er een reële kans bestaat dat sommige belastingplichtigen worden benadeeld vanwege hun juridische vorm.

Een andere nadelig gevolg van een formele toepassing is dat het voor belastingplichtige vrij eenvoudig is om belasting te ontwijken door middel van aanpassingen in haar juridische structuur, zonder dat deze, economisch gezien, leiden tot een verandering. Het makkelijkste voorbeeld hiervan moet worden gezien in samenhang met de franchise. De 'per entiteit toepassing' betekent namelijk ook dat per entiteit een franchise mag worden toegepast. In het meest extreme geval kan belastingplichtige nieuwe entiteiten oprichten, in al deze verschillende entiteiten kleine stukjes van de rentekosten en de winst laten vallen, zodat zij elke keer maximaal gebruik kan maken van de franchise. Zodoende kan zij toch haar volledige financieringskostensurplus aftrekken. Op die manier wordt belastingplichtige niet langer effectief geraakt door de earningsstripping-bepaling, terwijl, als wordt aangesloten bij de economische realiteit, dit wel de bedoeling zou moeten zijn. De toepassing per entiteit kan er dus toe leiden dat de belastingplichtige de werking van de earningsstripping-bepaling vrij gemakkelijk kan verzachten of geheel onder deze bepaling kan uitkomen. Uit voorgaande kan, mijns inziens, worden geconcludeerd dat de toepassing per entiteit eveneens niet ten goede komt aan de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling.

Indien de earningsstripping-bepaling niet per entiteit, maar op het niveau van de fiscale eenheid wordt toegepast bestaat eveneens het risico dat economisch gelijkwaardige situatie anders worden behandeld. Indien immers geen sprake is van een fiscale eenheid wordt de earningsstripping-bepaling dan ook per entiteit toegepast. Een toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau leidt daarentegen tot een meer economische toepassing waardoor economisch gelijkwaardige

¹³⁵ Entiteit 1: $30\% \times € 600.000 = € 180.000$. Entiteit 2: $30\% \times 400.000 = € 120.000$. Omdat entiteit 2 maar € 50.000 aan financieringskostensurplus heeft kan zij maximaal € 50.000 aftrekken.

¹³⁶ In dit voorbeeld pakt het hebben van meerdere entiteiten nadelig uit voor belastingplichtige. Dit is echter niet altijd het geval. Het hebben van meerdere entiteiten kan namelijk ook voordelig uitpakken voor belastingplichtige.

situaties niet anders zullen worden behandeld. De belastingplichtige kan dan eveneens niet zomaar onder de werking van de earningsstripping-bepaling uitkomen. Dit komt doordat het voor de renteaftrek dan immers niet langer uitmaakt hoeveel juridische entiteiten de belastingplichtige heeft. Zodoende zal de earningsstripping-bepaling in het geval van toepassing op lidstaatniveau eveneens effectiever uitwerken.

5.4.2. Praktische moeilijkheden en uitvoeringskosten

Het nadeel van de toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau is de vraag hoe dit praktisch moet worden uitgewerkt. Alle entiteiten doen in de praktijk afzonderlijk aangifte. Indien voor de berekening van de aftrekbare rente alle entiteiten van hetzelfde concern gevestigd in Nederland moeten worden samengenomen, ontstaan een aantal praktische moeilijkheden.

De eerste moeilijkheid betreft de concernbepaling: welke entiteiten behoren tot hetzelfde concern in een lidstaat? Hier kan bijvoorbeeld worden aangesloten bij het begrip 'gelieerde onderneming', zoals opgenomen in art. 2 lid 4 van de richtlijn, of bij het begrip 'verbonden lichaam', zoals opgenomen in art. 10a Wet VPB. In die gevallen wordt aangesloten bij een 25%- respectievelijk 33¹/₃%-belang. Deze percentages zijn, naar mijn mening, een wat minimale verbondenheidseis voor de toepassing op lidstaatniveau. Daarbij komt dat de aansluiting bij deze betrekkelijk kleine belangen, in de praktijk ertoe kan leiden dat een belastingplichtige tot twee of meerdere concerns behoort. Derhalve kan beter niet bij deze begrippen worden aangesloten. Andere mogelijke opties zijn bijvoorbeeld de aansluiting bij een meerderheidsbelang, bij de entiteiten die worden opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening of bij art. 2:24b van het Burgerlijk Wetboek¹³⁷.

Als is vastgesteld welke entiteiten tot hetzelfde concern behoren, moet voor deze entiteiten gezamenlijk de *ebitda* en het financieringskostensurplus worden berekend. Zoals eerder opgemerkt zijn de *ebitda* en het financieringskostensurplus gebaseerd op fiscale cijfers. Dit betekent dat van elke entiteit binnen het concern deze fiscale cijfers bekend moeten zijn. Fiscale cijfers zijn geen openbare cijfers. In dit kader kan het concern daardoor tegen het probleem aanlopen dat, bij gebrek aan informatie, de *ebitda* en het financieringskostensurplus niet op concernniveau kunnen worden berekend. Echter, indien voor het concernbegrip wordt aangesloten bij de commerciële geconsolideerde jaarrekening, moet dit in de praktijk geen groot probleem zijn. Dit komt doordat deze jaarrekening in de praktijk, kort gezegd, aansluit bij de meerderheid van de stemrechten. Daardoor verwacht ik dat de fiscale cijfers binnen de entiteiten van de commerciële geconsolideerde jaarrekening bekend zullen zijn.

Als tenslotte voorgaande moeilijkheden zijn opgelost, rest nog de vraag hoe de verdeling van de aftrekbare rente over de verschillende belastingplichtigen in het concern moet plaatsvinden. Dit kan bijvoorbeeld naar rato van de *ebitda* of naar rato van de rentekosten. Hoewel de berekening naar rato van de *ebitda* tot gevolg kan hebben dat een belastingplichtige zonder rentekosten tóch rente mag aftrekken van haar fiscale winst, prefereer ik deze methode boven de methode naar rato van de rentekosten. Deze laatste methode kan namelijk leiden tot uitholling van de belastinggrondslag, en in meest extreme geval zelfs tot verliezen. De verliezen leiden er dan toe dat (een gedeelte van) de rente,

¹³⁷ Art. 2:24b BW: 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.' Vanwege de subjectiviteit in dit begrip (wanneer zijn vennootschappen organisatorisch verbonden?), geniet deze niet mijn voorkeur.

door middel van verliesverrekening, pas in een later jaar effectief in aftrek kan worden gebracht.¹³⁸ Dit leidt tot een liquiditeitsnadeel voor belastingplichtige.

Voorgaande praktische moeilijkheden zijn weliswaar allemaal op te lossen, maar zullen, vanzelfsprekend, wel extra uitvoeringskosten voor belastingplichtigen meebrengen. Indien de earningsstripping-bepaling niet op lidstaatniveau maar op fiscale eenheidsniveau wordt toegepast, ontstaan de hiervoor genoemde praktische moeilijkheden en bijbehorende uitvoeringskosten niet. Dit komt doordat in dat geval wordt aangesloten bij de belastingplichtigen die zelfstandig aangifte doen voor de vennootschapsbelasting. Indien de escape in zijn geheel niet wordt geïmplementeerd, en de earningsstripping-bepaling per entiteit wordt toegepast, ontstaan eveneens praktische problemen en bijbehorende uitvoeringskosten. In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan moeilijkheden ten aanzien van leningen binnen de fiscale eenheid en de vraag hoe hier mee om moet worden gegaan. Vanuit het oogpunt van praktische moeilijkheden en uitvoeringskosten kan derhalve het best worden gekozen voor de toepassing van de earningsstripping-bepaling op het niveau van de fiscale eenheid.

5.4.3. *Het huidige kader van wet- en regelgeving*

Allereerst kan ik uit bovenstaande concluderen dat Nederland in ieder geval niet moet kiezen voor de toepassing van de earningsstripping-bepaling per entiteit. De toepassing van de earningsstripping-bepaling per entiteit leidt namelijk I) tot het risico dat economisch gelijkwaardige gevallen anders worden behandeld, II) tot een minder effectieve earningsstripping-bepaling en III) tot praktische moeilijkheden en uitvoeringskosten. Met andere woorden: Nederland moet in ieder geval de escape implementeren en zodoende de earningsstripping-bepaling op fiscale eenheidsniveau of lidstaatniveau toepassen.

In het consultatiedocument past Nederland de earningsstripping-bepaling op fiscale eenheidsniveau toe.¹³⁹ Naar mijn mening moet er echter nog een laatste (zeer recent) aspect worden meegenomen in de afweging of de earningsstripping-bepaling moet worden toegepast op fiscale eenheids- of lidstaatniveau. In de afgelopen maanden zijn namelijk veel ontwikkelingen geweest betreffende de fiscale eenheid. Deze ontwikkelingen startten feitelijk op 2 september 2015: het moment dat het Hof van Justitie EU het zogenoemde *groupe steria*-arrest wijst.¹⁴⁰ Dit arrest betreft een Franse zaak waarin, kort gezegd, wordt bepaald dat per element van voordeel in een fiscale eenheid moet worden bekeken of voldoende rechtvaardiging bestaat om dit voordeel uitsluitend in binnenlandse situaties¹⁴¹ toe te staan: de zogenoemde per-element-benadering. Op 8 juli 2016 heeft de Hoge Raad in twee zaken prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU over de toepasselijkheid van de per-element-benadering op het Nederlandse fiscale eenheidsregime.¹⁴² Het betreft hier onder andere een zaak met een belanghebbende gevestigd in meerdere landen. Deze belanghebbende verricht rechtshandelingen waardoor rente, op grond van art. 10a Wet VPB, in aftrek wordt beperkt. De belanghebbende beroept

¹³⁸ De verrekening in een later jaar kan pas plaatsvinden als in een later jaar wél voldoende winsten zijn.

¹³⁹ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 4.

¹⁴⁰ Hof van Justitie EU 2 september 2015, C-368/14 (Groupe Steria).

¹⁴¹ De voordelen van de fiscale eenheid worden namelijk uitsluitend in binnenlandse situaties toegestaan, omdat de fiscale eenheid slechts in binnenlandse situaties kan worden aangegaan.

¹⁴² Publicatieblad van de Europese Unie 2016/C 371/05, Zaak C-398/16: Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden (Nederland) op 18 juli 2016 — X BV tegen Staatssecretaris van Financiën.

zich in dit kader op het feit dat, indien sprake was geweest van een binnenlandse situatie, zij een fiscale eenheid had kunnen vormen, en zodoende art. 10a Wet VPB niet van toepassing was geweest.

Op 25 oktober jl. heeft Advocaat-Generaal (hierna A-G) Campos Sánchez-Bordona van het Hof van Justitie EU een conclusie genomen, waarin belanghebbende in het gelijk wordt gesteld. Zodoende wordt de per-element-benadering eveneens toegepast op het Nederlandse fiscale eenheidsregime.¹⁴³ Hoewel de conclusie van de A-G niet bindend is, en het Hof van Justitie EU de prejudiciële vragen nog moet beantwoorden, heeft de Nederlandse wetgever alvast spoedmaatregelen aangekondigd voor het geval het Hof van Justitie EU de conclusie van de A-G volgt.¹⁴⁴ Deze spoedmaatregelen houden in dat een aantal regelingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting moeten worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is. Op deze manier worden binnenlandse en buitenlandse situaties gelijk behandeld. De wetgever noemt in dit kader onder andere de renteaftrekbepalingen van art. 10a en 13l Wet VPB.

Indien de earningsstripping-bepaling dusdanig wordt geïmplementeerd dat deze moet worden toegepast op het niveau van de fiscale eenheid, is de spoedmaatregel, zoals aangekondigd door de Nederlandse wetgever, ook van toepassing op de earningsstripping-bepaling. Dit betekent dat de earningsstripping-bepaling dan moet worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is. In de praktijk leidt de implementatie op fiscale eenheidsniveau dan tot een implementatie per entiteit. De implementatie per entiteit heb ik hiervoor aangemerkt als niet gewenst. De earningsstripping-bepaling moet derhalve, mijns inziens, niet op fiscale eenheidsniveau worden geïmplementeerd, maar op het niveau van de lidstaat.¹⁴⁵ Hierbij moet ik opmerken dat de verwachting bestaat dat het Hof van Justitie EU vóór 1 januari 2019 - de implementatiedatum van de earningsstripping-bepaling - een beslissing gaat nemen. De wetgever hoeft zodoende niet het risico in te schatten of het Hof van Justitie EU de A-G gaat volgen, maar kan deze uitspraak afwachten.

Tot slot merk ik nog op dat, indien de per-element-benadering van toepassing wordt verklaard op het Nederlandse fiscale eenheidsregime, de kans bestaat dat het fiscale eenheidsregime plaats moet maken voor een zogenoemde *group relief*. Een *group relief* geeft, kort gezegd, de mogelijkheid aan groepen om verliezen binnen de groep over te dragen (en zodoende te verrekenen met winsten in de groep). Dit is dus een soort fiscale eenheid, met als enige element van voordeel de onderlinge verliesoverheveling. Omdat er geen andere elementen van voordeel zijn aan een *group relief* speelt de per-element-benadering geen rol. Voor de vraag of de earningsstripping-bepaling dan moet worden toegepast per entiteit, op het niveau van de *group relief* of op lidstaatniveau moet dan een afweging worden gemaakt tussen I) economisch gelijkwaardige situaties anders behandelen, II) de mogelijkheid tot belastingontwijking en III) de praktische moeilijkheden (eenvoud) en hoge uitvoeringskosten. De eerste twee afwegingen zullen vrijwel hetzelfde blijven als hiervoor uiteengezet met het fiscale eenheidsregime. Met betrekking tot de praktische moeilijkheden (eenvoud) en hoge uitvoeringskosten

¹⁴³ Hof van Justitie EU 25 oktober 2017, C-398/16 C-399/16 (Concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona).

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 34323, nr. 20 (Kamerbrief).

¹⁴⁵ Je kunt je afvragen in hoeverre de toepassing op fiscale eenheidsniveau en de toepassing op lidstaatniveau van elkaar verschilt als het de belemmeringen van het vrije verkeer betreft. De toepassing op lidstaatniveau kan er immers ook toe leiden dat belastingplichtige een voordeel verkrijgt doordat zij in hetzelfde land is gevestigd ten opzichte van een grensoverschrijdende situatie. Om te bepalen of je voorgaande juist is moet het Europese secundaire recht (de anti-ontwijkingsrichtlijn) worden getoetst aan het Europese primaire recht (de vrije verkeersbepalingen). Omwille van de omvang kan ik hier (helaas) niet dieper op ingaan.

zal de toepassing per entiteit de voorkeur verdienen ten opzichte van de toepassing op niveau van de *group relief* of lidstaat. Dit komt doordat, in het geval van *group relief*, alle entiteiten nog steeds afzonderlijk aangifte doen. De invoering van een *group relief* leidt er zodoende, naar mijn mening, niet toe dat de earningsstripping-bepaling moet worden toegepast op het niveau van de *group relief*.

5.4.4. Subconclusie

Schematisch ziet, op dit moment, de keuze voor het toepassingsgebied van de earningsstripping-bepaling er als volgt uit:

Toepassing	Economisch gelijkwaardige situaties ongelijk behandelen?	Mogelijkheid tot belastingontwijking?	Praktische moeilijkheden (eenvoud) en hoge uitvoeringskosten?	Problemen in combinatie met de per-element-benadering?
Toepassing per entiteit	Ja	Ja	Ja	Nee
Toepassing op fiscale eenheidsniveau	Ja	Ja	Nee	Ja
Toepassing op lidstaatniveau	Nee	Nee	Ja	Nee

Mijns inziens moet, in de huidige wetenschap, worden gekozen voor de toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau.

5.5. Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de hoofdregel met haar keuzemogelijkheden en het toepassingsbereik van de earningsstripping-bepaling centraal. Voor beide onderdelen is naar voren gekomen wat de gevolgen zijn van de verschillende keuzes die Nederland kan maken. Naar aanleiding van deze gevolgen heb ik beoordeeld of Nederland gebruik moet maken van de keuzemogelijkheden in de hoofdregel en de escape om de earningsstripping-bepaling toe te passen op fiscale eenheids- of lidstaatniveau. Hierbij stonden de volgende deelvragen centraal: *“Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welke wijze moet de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet?”* en *“Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welk niveau moet de earningsstripping-bepaling worden toegepast?”* Schematisch uitgewerkt moet Nederland de volgende keuzes maken:

Hoofdregel	Escape	Keuzemogelijkheden	Aanvullende keuzes	Implementatie
Het financieringskosten-surplus kan worden afgetrokken voor 30% van de <i>ebitda</i> .		Verlaging van het percentage van 30%.		Afhankelijk van het opnemen van een groepsescape. Wel groepsescape: verlagen

		Berekening op basis van <i>ebit</i> in plaats van <i>ebitda</i> .		Berekening op basis van <i>ebitda</i>
	Toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau.	Berekening op het niveau van het groepsregime (in NL: fiscale eenheidsniveau) of berekening op het niveau van alle entiteiten in de lidstaat, ongeacht eventueel groepsregime.		Berekening op lidstaatniveau.

6. Hoofdstuk 6: Uitsluitingen

6.1. Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de hoofdregel en het toepassingsbereik van de earningsstripping-bepaling centraal stonden, komen in dit hoofdstuk de escapes in de vorm van uitsluitingen aan bod. Achtereenvolgens zijn dit: de franchise, de uitsluiting van de 'op-zichzelf-staande-entiteit', de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten en tot slot de uitsluiting van financiële ondernemingen. Voor elke escape met eventuele bijbehorende keuzemogelijkheden onderzoek ik, net als in het vorige hoofdstuk, wat de gevolgen zijn van de verschillende keuzes die Nederland kan maken.¹⁴⁶ Tot slot beoordeel ik voor elke escape en keuzemogelijkheid of Nederland deze, gezien de onderzochte gevolgen, moet implementeren. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt als volgt: *Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de escapes met betrekking tot uitsluitingen implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet Nederland deze uitsluitingen implementeren?*

6.2. De franchise

De eerste uitsluiting betreft de zogenoemde franchise. Deze escape geeft Nederland de mogelijkheid om in ieder geval de eerste drie miljoen euro aan financieringskostensurplus toe te staan in aftrek. Zowel in het consultatiedocument als in het regeerakkoord wordt ook daadwerkelijk gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een franchise te implementeren.¹⁴⁷ Het gevolg hiervan is dat belastingplichtigen met een financieringskostensurplus van minder dan drie miljoen euro effectief worden uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling. Feitelijk betekent dit dat het MKB wordt uitgesloten van de earningsstripping-bepaling. De vraag die hierbij opkomt is of Nederland, gezien de verschillende gevolgen, het MKB moet ontzien?

6.2.1.1. Ontzien van het MKB

In hoofdstuk 4 heb ik al geconcludeerd dat het MKB een hogere schuldratio en een hoger rentepercentage heeft dan grote ondernemingen. Hieruit blijkt dat, hoewel voor volledige zekerheid nader onderzoek vereist is, de kans groot is dat het MKB harder wordt geraakt door de earningsstripping-bepaling dan grote ondernemingen. Tenzij er een reden bestaat om het MKB harder te raken dan de grote ondernemingen, bestaat er dus een rechtvaardiging om het MKB gedeeltelijk te ontzien. Echter, door de implementatie van de franchise wordt het MKB niet slechts ontzien, maar wordt het gehele MKB uitgesloten. Voorgaande leidt tot de vraag of dit gerechtvaardigd kan worden vanuit de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling.

¹⁴⁶ Belangrijk om op te merken is dat uitsluitingen er in zijn algemeenheid toe leiden dat eigen vermogen en vreemd vermogen minder gelijk worden behandeld dan op grond van de hoofdregel. Bezien vanuit die doelstelling zou dus geen enkele uitsluiting moeten worden geïmplementeerd. De algemene doelstelling van het tegengaan van belastingontwijking botst hier met de specifieke doelstelling van de Nederlandse regering. Ik ben echter van mening dat de eerste prioriteit is dat belastingontwijking zo goed mogelijk wordt tegengegaan en dat daarna pas wordt gekeken naar de extra doelstelling van de Nederlandse wetgever dat eigen en vreemd vermogen gelijk moeten worden behandeld. Derhalve ga ik in dit hoofdstuk op deze doelstelling niet verder in.

¹⁴⁷ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 4; Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67.

In OESO-actieplan 4 is, in dit kader, opgemerkt dat sommige entiteiten een dusdanig klein risico op belastingontwijking hebben dat deze moeten worden uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling.¹⁴⁸ Het is moeilijk om te bepalen of het MKB daadwerkelijk minder aan belastingontwijking doet, omdat niet goed te toetsen is wat de intenties zijn van een belastingplichtige die bepaalde rechtshandelingen verricht. Duidelijk is wel dat belastingontwijking via rentekosten, zoals aangegeven in hoofdstuk 3, pas in grensoverschrijdende situaties een belastingvoordeel oplevert. Slechts in grensoverschrijdende situaties is immers sprake van verschillende belastingtarieven. Logisch gevolg hiervan is dat belastingontwijking meer voorkomt bij de grote multinationale ondernemingen dan bij het, toch vaak in Nederland gevestigde, MKB. In zoverre lijkt er dus een aanwijzing te zijn dat bij het MKB minder risico bestaat op belastingontwijking.

Daarbij komt dat, indien de franchise wordt ingevoerd, de earningsstripping-bepaling zich concentreert op die belastingplichtigen, waarbij tenminste sprake is van substantiële belastingontwijking. Gevolg hiervan is dat enerzijds de Nederlandse belastingdienst niet alle kleine entiteiten hoeft te controleren, maar zich kan richten op de grote multinationale ondernemingen. Dit komt ten goede van de administratieve lasten voor de Nederlandse overheid. Hoewel het doel van de anti-ontwijkingsrichtlijn niet specifiek is gericht op substantiële belastingontwijking, maar op alle vormen van belastingontwijking, vind ik het logisch dat wordt aangesloten bij substantiële belastingontwijking. Dit komt doordat substantiële belastingontwijking, vanzelfsprekend, het meest schadelijk is. Anderzijds leidt de implementatie van de franchise ertoe dat kleine belastingplichtigen niet worden opgezadeld met ingewikkelde wettelijke renteaftrekbeperkingen. Dit beperkt de administratieve lasten van deze kleinere belastingplichtigen en maakt het Nederlandse belastingstelsel eenvoudiger.

6.2.1.2. Het huidige kader van wet- en regelgeving

Tot slot wil ik nog opmerken dat het invoeren van een franchise geen nieuw beleid is als het Nederlandse renteaftrekbeperkingen betreft. Zowel art. 13l als art. 15ad Wet VPB kennen namelijk een franchise. Art. 13l stelt dat het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente aftrekbaar is tot een bedrag van € 750.000. De franchise van art. 15ad houdt in dat de eerste € 1.000.000 aan overnamerente in ieder geval aftrekbaar is. Redenen voor deze franchise zijn, net als bij de earningsstripping-bepaling, te vinden in de beperking van administratieve lasten en het ontzien van het MKB zonder dat de betreffende renteaftrekbeperkingen niet langer effectief werken.¹⁴⁹ De implementatie van een franchise in de earningsstripping-bepaling past dus in het huidige kader van wet- en regelgeving.

Bovenstaande in aanmerking genomen ben ik van mening dat, gezien de gevolgen van de franchise, Nederland deze moet implementeren in haar nationale wet. Het MKB wordt immers door de hoofdregel, zonder rechtvaardiging, harder geraakt dan de grote ondernemingen. Daarbij komt dat uitsluiting van het gehele MKB niet ten koste gaat van de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling en ten goede komt aan de administratieve lasten van zowel de Nederlandse overheid als de

¹⁴⁸ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 54; De OESO geeft in dit kader geen specifieke voorbeelden van entiteiten die moeten worden uitgesloten.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33003, nr. 10, p. 21 (Nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken II* 2011/12, 33287, nr. 7, p. 22 (Nota naar aanleiding van het verslag).

kleinere belastingplichtigen. Tot slot past een franchise ook nog in het systeem van huidige renteaftrekkbeperkingen.

6.2.2. *Verlaging van de franchise*

Indien in Nederland de franchise implementeert, rijst de vraag voor welk bedrag deze moet worden geïmplementeerd. Nederland heeft tenslotte, op grond van het minimumkarakter van de richtlijn, de mogelijkheid om de franchise te verlagen. Hoewel in het consultatiedocument is gekozen voor een franchise van drie miljoen euro, lijkt de nieuwe regering te kiezen voor een verlaagde franchise van één miljoen euro.¹⁵⁰

6.2.2.1. *Ontzien van het MKB*

Gevolg van een verlaging van de franchise is dat minder belastingplichtigen baat hebben bij de franchise en dat de belastingplichtigen die hier nog baat bij hebben de kleinere belastingplichtigen zijn. Het volgende illustreert dit: een franchise van drie miljoen en een rentestand van bijvoorbeeld 2% leiden ertoe dat een belastingplichtige de rente op leningen tot 150 miljoen euro volledig kan aftrekken. Dit betekent dus dat alle belastingplichtigen met een balanstotaal tot tenminste 150 miljoen euro effectief geen gevolgen ondervinden van de earningsstripping-bepaling.¹⁵¹ Indien de franchise wordt verlaagd naar bijvoorbeeld één miljoen euro, leidt dit ertoe dat belastingplichtigen met een balanstotaal tot tenminste 50 miljoen euro effectief geen gevolgen ondervinden van de earningsstripping-bepaling. Als voorgaande wordt doorgetrokken naar de doelstelling om het MKB te ontzien door middel van een franchise, kan men zich afvragen of bij een franchise van drie miljoen euro nog langer kan worden gesproken van het ontzien van het MKB. De definitie van MKB, zoals gehanteerd door de Europese Commissie, luidt als volgt¹⁵²: een balanstotaal van 43 miljoen euro óf minder dan 250 werknemers en een omzet van maximaal 50 miljoen euro. Bij een doelstelling om het MKB te ontzien past een franchise van één miljoen euro dus beter.

6.2.2.2. *Richtlijnen van de OESO*

Daarbij komt dat volgens OESO-Actieplan 4 de hoogte van de franchise moet afhangen van een aantal factoren, zoals bijvoorbeeld de huidige economische situatie en de rentestand.¹⁵³ Een voorbeeld hiervan is te vinden in Duitsland: bij de invoering van de earningsstripping-bepaling in 2008 heeft Duitsland in eerste instantie gekozen voor een franchise van één miljoen euro. Echter, in verband met de financiële en economische crisis is de franchise, met terugwerkende kracht, verhoogd naar een franchise van drie miljoen euro.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 4; Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67; Wat het gevolg is voor de opbrengsten van de overheid van een verlaging van de franchise is niet duidelijk. Hiernaar is namelijk slechts onderzoek gedaan in combinatie met het implementeren van de groepsescape. Daardoor is niet duidelijk welke verandering in opbrengsten het gevolg is van de groepsescape en welke van de verlaging van de franchise. (Rapport Werkgroep fiscaliteit, juli 2016, p. 86-90).

¹⁵¹ Dit is onder de voorwaarde dat geen sprake is van een negatief eigen vermogen.

¹⁵² <http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/>

¹⁵³ OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 56.

¹⁵⁴ F.J. Elswier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

Als nu wordt gekeken naar de huidige Nederlandse situatie ziet men enerzijds dat de Nederlandse economie weer sterk aan het groeien is en anderzijds dat de rentestand lager is dan ooit.¹⁵⁵ Beide aspecten geven aanleiding om de franchise te verlagen naar één miljoen euro. Een groeiende economie zou moeten leiden tot groeiende winsten. Dit zorgt ervoor dat de *ebitda* stijgt en de belastingplichtige voldoende ruimte heeft om rente af te trekken. Daarnaast betekent een lage rentestand dat relatief veel vreemd vermogen kan worden aangetrokken, waarvan de rente volledig aftrekbaar is. Hierbij moet worden opgemerkt dat de earningsstripping-bepaling voor de lange termijn wordt ingevoerd. Het (telkens) veranderen van de hoogte van de franchise, afhankelijk van de conjunctuur, komt, naar mijn mening, niet ten goede aan de eenvoud van het Nederlandse belastingstelsel. Voorgaande is zodoende, hoewel de factoren door de OESO als ‘van belang’ zijn bestempeld, niet het sterkste argument voor een verlaging van de franchise op lange termijn.

6.2.2.3. *Paradoxaal effect*

Een ander aspect dat moet worden meegenomen betreft een zogenoemd ‘paradoxaal effect’ dat kan ontstaan indien een franchise te hoog wordt vastgesteld. Dit paradoxale effect houdt in dat belastingplichtigen de grens van de franchise gaan opzoeken.¹⁵⁶ Belastingplichtigen die, voordat de earningsstripping-bepaling werd ingevoerd, weinig met vreemd vermogen waren gefinancierd, gaan dan meer financieren met vreemd vermogen. Een te hoge franchise leidt ertoe dat de Nederlandse doelstelling – het stimuleren van financieren met eigen vermogen ten opzichte van de financiering met vreemd vermogen – niet wordt nagestreefd. Ook dit argument pleit dus voor een verlaging van de franchise.

6.2.2.4. *Het huidige kader van wet- en regelgeving*

Tot slot rijst de vraag of een verlaging van de franchise past in het huidige kader van wet- en regelgeving of dat beter kan worden aangesloten bij een franchise van drie miljoen euro. In het eerste opzicht, gezien de nominale getallen, is een franchise van één miljoen euro meer in lijn met de franchise van art. 13l en 15ad Wet VPB. Echter, moet, mijns inziens, eveneens worden gekeken naar het soort rente waarop de franchise ziet. In het geval van art. 13l betreft dit deelnemingsrente en in het geval van 15ad is dit overnamerente. Het gaat dus niet om de totale rente van belastingplichtige, maar om rente die specifiek wordt gekoppeld aan het hebben van deelnemingen of verband houdt met de overname van een andere entiteit. De earningsstripping-bepaling betreft geen specifieke soorten rente, maar alle soorten rente. Dit pleit voor een hogere franchise. Echter, heeft de earningsstripping-bepaling slechts betrekking op nettorente, waardoor een franchise die in de buurt ligt bij de franchise van art. 13l en 15ad het best aansluit in het huidige wettelijke kader.

De reden dat de franchise van art. 13l en art. 15ad van elkaar afwijken is gelegen in de budgettaire opbrengsten. De franchise van art. 13l stond namelijk aanvankelijk ook op € 1.000.000, maar is in verband met het gebrek aan budgettaire opbrengsten verlaagd naar € 750.000.¹⁵⁷

¹⁵⁵ <https://www.cpb.nl/persbericht/economische-groei-trekt-stevig-aan> ; De huidige 12-maands Euribor is bijvoorbeeld zelfs negatief – 0,191% (03-11-2017).

¹⁵⁶ F.J. Elsweier en J. van Strien, ‘De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?’, *WFR* 2012/182; In dit artikel wordt verwezen naar een Duits onderzoek, waarin dit paradoxale effect naar voren is gekomen.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33287, nr. 22, p. 2 (Vierde Nota van Wijziging).

Alle bovenstaande argumenten in aanmerking genomen, kom ik tot de conclusie dat Nederland, gezien vanuit de gevolgen, moet kiezen voor de verlaging van de franchise naar één miljoen euro.

6.2.3. Berekeningsmethode

De laatste keuzemogelijkheid met betrekking tot de implementatie van de franchise betreft de berekeningsmethode van deze franchise. Uit hoofdstuk 2 blijkt dat Nederland kan kiezen voor de 'hoogste-van-de-twee-methode' en de 'alles-of-niets-methode'. De 'alles-of-niets-methode' wordt in Duitsland gehanteerd en levert daar veel kritiek op. Dit komt doordat deze voor de belastingplichtige onevenredig kan uitwerken.¹⁵⁸ Ik illustreer dit aan de hand van het volgende voorbeeld:

- Belastingplichtige A heeft een financieringskostensurplus van € 2.999.999 en een *ebitda* van € 9.000.000.
- Belastingplichtige B heeft een financieringskostensurplus van € 3.000.001 en eveneens een *ebitda* van € 9.000.000.

Op grond van de 'alles-of-niets-methode' mag belastingplichtige A haar volledige financieringskostensurplus van € 2.999.999 aftrekken en belastingplichtige B maar € 2.700.000. Belastingplichtige B wordt dus voor (iets meer dan) drie ton in haar renteaftrek beperkt, terwijl belastingplichtige A, met een gelijke *ebitda* en een nagenoeg gelijk financieringskostensurplus, niet wordt beperkt in haar renteaftrek. Voorgaande laat zien dat de 'alles-of-niets-methode' onevenredig kan uitwerken voor een belastingplichtige.

In geval van de 'hoogste-van-de-twee-methode' kan een onevenredige werking niet ontstaan, omdat bij deze methode altijd tenminste drie miljoen euro van het financieringskostensurplus mag worden afgetrokken van de fiscale winst. Derhalve moet Nederland kiezen voor deze methode.

6.2.4. Subconclusie

Naar aanleiding van bovenstaande argumenten concludeer ik dat, gezien vanuit de gevolgen voor I) de belastingplichtige, II) het huidige kader van wet- en regelgeving en III) de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, Nederland een franchise van één miljoen euro moet implementeren, waarvan de berekening moet geschieden aan de hand van de 'hoogste-van-de-twee-methode'.

6.3. Uitsluiting van een 'op-zichzelf-staande-entiteit'

Deze escape houdt in dat een belastingplichtige, die geen deel uitmaakt van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern én geen gelieerde onderneming of vaste inrichting heeft, wordt uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling. Het regeerakkoord gaat niet in op de uitsluiting van een 'op-zichzelf-staande-entiteit'. Het consultatiedocument daarentegen gaat hier wél op in en kiest ervoor om deze escape te implementeren in de Nederlandse wet.¹⁵⁹ De gevolgen voor belastingplichtigen die voldoen aan de vereisten van een 'op-zichzelf-staande-entiteit' zijn, vanzelfsprekend, gunstig: zij worden immers uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling.

¹⁵⁸ F.J. Elsweier en J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

¹⁵⁹ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 4.

Als wordt gekeken naar de drie risicoscenario's van grondslaguitholling en winstverschuiving, zoals beschreven in hoofdstuk 3, vallen twee zaken op: er is altijd sprake van een grensoverschrijdende situatie en derhalve altijd van meerdere entiteiten die onderling rechtshandelingen verrichten. In geval van een belastingplichtige die kwalificeert als 'op-zichzelf-staande-entiteit', kan geen sprake zijn van verbonden lichamen die onderling rechtshandelingen verrichten. Daarbij komt dat rechtshandelingen met derden per definitie zakelijke rechtshandelingen zijn. Derhalve vormt de 'op-zichzelf-staande-entiteit' geen risico voor belastingontwijking.

6.3.1.1. Het huidige kader van wet- en regelgeving

Naar mijn mening is het belangrijkste nadeel van deze escape dat Nederland, indien zij deze escape implementeert, in haar nationale wet twee verschillende definities voor gelieerde onderneming gaat hanteren.¹⁶⁰ Gezien het minimumkarakter van de richtlijn kan Nederland voor de earningsstripping-bepaling niet aansluiten bij het percentage van $33\frac{1}{3}\%$. Zij kan echter wel overwegen om het percentage opgenomen in art. 10a Wet VPB te verlagen naar de 25% die wordt gehanteerd door de anti-ontwijkingsrichtlijn. Naar mijn mening zou dit ten goede komen van de eenvoud van het Nederlandse belastingstelsel.

6.3.2. Subconclusie

Bezien vanuit de gevolgen en de doelstelling om belastingontwijking tegen te gaan, moet Nederland, mijns inziens, de escape implementeren en 'op-zichzelf-staande-entiteiten' uitsluiten van de werking van de earningsstripping-bepaling. Om eveneens de eenvoud van het belastingstelsel te bevorderen raad ik aan dat Nederland het huidige percentage voor gelieerde ondernemingen van $33\frac{1}{3}\%$ uit art. 10a Wet VPB verlaagt naar 25%, zoals opgenomen in de anti-ontwijkingsrichtlijn.

6.4. Uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten

Art. 4 lid 4 onderdeel b anti-ontwijkingsrichtlijn geeft Nederland de mogelijkheid om een belastingplichtige toe te staan dat leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten worden uitgesloten van de berekening van het financieringskostensurplus. In hoofdstuk 2 is al aangegeven dat langlopende openbare-infrastructuurprojecten in Nederland vaak worden uitgevoerd aan de hand van een zogenoemde publiek-private samenwerking. Daarnaast is in hoofdstuk 4 beargumenteerd dat belastingplichtigen die deze projecten uitvoeren ook daadwerkelijk groot risico lopen om te worden geraakt door de earningsstripping-bepaling, omdat deze projecten veelvuldig met vreemd vermogen worden gefinancierd.

Indien leningen ter financiering van openbare-infrastructuurprojecten worden uitgesloten voor de berekening van het financieringskostensurplus, is het gevolg dat rente op deze leningen bij belastingplichtigen, mits geen sprake van andere renteaftrekbepalingen, aftrekbaar is van de fiscale winst. Gezien het feit dat rentekosten voor belastingplichtigen reële kosten zijn is dit, vanzelfsprekend, gunstig voor deze belastingplichtigen. Daarbij komt dat, indien rente op deze leningen niet aftrekbaar is door de werking van de earningsstripping-bepaling, voor bestaande projecten kan worden

¹⁶⁰ De ene sluit aan bij een percentage van $33\frac{1}{3}\%$ (art. 10a lid 4 t/m 7 Wet VPB) en de andere bij een percentage van 25% (art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn).

beargumenteerd dat de projecten verkeerd zijn geprijsd.¹⁶¹ De kosten zijn immers hoger dan verwacht, doordat rente niet langer volledig aftrekbaar is. Derhalve kunnen belastingplichtigen in financiële moeilijkheden komen. Dit is, vanzelfsprekend, een ongewenst gevolg voor deze belastingplichtigen.

Voorgaande argumenten zijn argumenten die ervoor pleiten om de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuur projecten, gezien vanuit de gevolgen voor belastingplichtigen, wél te implementeren in de Nederlandse wet. Belangrijkste argument tegen de implementatie van deze escape betreft het argument van een moeilijke cijfermatige uitwerking, omdat slechts specifieke leningen worden uitgesloten en niet een gehele belastingplichtige. Dit leidt voor de belastingplichtige tot extra uitvoeringskosten. Dit is dan ook de reden dat de escape in het consultatiedocument niet wordt geïmplementeerd in de Nederlandse nationale wet.¹⁶² Echter, gezien het feit dat de meeste van dit soort projecten in afzonderlijke entiteiten worden uitgevoerd, worden de betreffende belastingplichtigen door de werking van deze escape vaak per saldo volledig uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling.¹⁶³ Een moeilijke cijfermatige uitwerking is dus maar zeer beperkt. Dit argument weegt derhalve, mijns inziens, niet op tegen de andere argumenten. Bezien vanuit bovenstaande gevolgen moet de escape betreffende de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten dus door Nederland worden geïmplementeerd.

6.4.1. Effectiviteit

Bezien vanuit de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling rijst de vraag of het hebben van een hoge schuldratio in de publiek private sector, zoals opgemerkt in hoofdstuk 4, is ingegeven vanuit het motief van belastingontwijking. In de reacties op de internetconsultatie van VNO-NCW, Allen & Overy en Loyens & Loeff¹⁶⁴ worden een drietal zakelijke redenen voor deze hoge schuldratio's aangedragen: ten eerste is dat de aard van de projecten. Het betreft projecten die worden gekwalificeerd als 'van algemeen belang'. Ten tweede wordt aangedragen dat, doordat de projecten een publieke opdrachtgever kennen slechts een klein risico op belastingontwijking bestaat. Tot slot wordt benoemd dat het overgrote deel van de leningen extern is gefinancierd en derhalve zakelijk is.

Hoewel de eerste twee aangedragen argumenten geen objectieve aanwijzingen zijn om te concluderen dat geen sprake is van belastingontwijking, onderschrijf ik dat de aard van de projecten en de verwikkeling met de publieke sector aanleiding geven om te verwachten dat geen sprake is van belastingontwijking.¹⁶⁵ Voorgaande lijkt eveneens de enige reden te zijn dat de Europese Commissie

¹⁶¹ Reactie van Allen & Overy en Loyens & Loeff op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Amsterdam: 18 augustus 2017, p. 2 (online publiek); Dit is natuurlijk slechts het geval indien eveneens geen eerbiedigende werking wordt geïmplementeerd.

¹⁶² Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 15 (online publiek).

¹⁶³ Reactie VNO-NCW op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 21 augustus 2017, p. 4 (online publiek); Reactie van Allen & Overy en Loyens & Loeff op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Amsterdam: 18 augustus 2017, p. 5 (online publiek).

¹⁶⁴ Reactie VNO-NCW op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 21 augustus 2017, p. 4 (online publiek); Reactie van Allen & Overy en Loyens & Loeff op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Amsterdam: 18 augustus 2017, p. 5 (online publiek).

¹⁶⁵ Zowel in preambule 8 van de anti-ontwijkingsrichtlijn als in het OESO BEPS Actieplan 4, paragraaf 108, wordt expliciet opgemerkt dat financieringsregelingen rondom openbare-infrastructuurprojecten weinig tot geen risico's op belastingontwijking inhouden.

deze escape heeft opgenomen in de richtlijn.¹⁶⁶ Het laatste argument betreft daarentegen wél een objectieve aanwijzing dat geen sprake is van belastingontwijking: externe leningen worden immers altijd bestempeld als zakelijk.¹⁶⁷ Naar mijn mening moet derhalve, gezien vanuit de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten eveneens worden geïmplementeerd.

6.4.2. *Subconclusie*

Gezien de verschillende gevolgen van de escape ter uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten moet Nederland, in tegenstelling tot het consultatiedocument, mijns inziens, de escape implementeren.

6.5. Uitsluiting van financiële ondernemingen

Op grond van art. 4 lid 7 anti-ontwijkingsrichtlijn kunnen financiële ondernemingen worden uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling. In hoofdstuk 4 is al naar voren gekomen dat financiële ondernemingen in de vorm van banken waarschijnlijk, ongeacht de opname van een escape, niet worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Dit komt doordat banken meestal een negatief financieringskostensurplus hebben. Veel van de overige financiële ondernemingen, zoals pensioeninstellingen en verzekeraars, zijn op grond van art. 5 Wet VPB subjectief vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting. Daardoor worden ook zij niet geraakt door de earningsstripping-bepaling. Het implementeren van de uitsluiting van financiële ondernemingen zal dan ook weinig effect hebben.

Het gebrek aan effect en eventuele afbakeningsproblemen met betrekking tot het begrip financiële onderneming heeft de wetgever in het consultatiedocument doen besluiten om de escape ter uitsluiting van financiële ondernemingen niet te implementeren.¹⁶⁸ In de reacties op de internetconsultatie wordt weinig kritiek geleverd op deze keuze: veel reacties gaan niet in op de keuze om de escape niet te implementeren. Uit de reactie van het Verbond van Verzekeraars¹⁶⁹ blijkt zelfs dat zij het eens zijn met de wetgever. Slechts de Redactie Vakstudie Nieuws geeft kritiek en benoemd het risico dat niet alle financiële ondernemingen een negatief financieringskostensurplus zullen hebben.¹⁷⁰ Ik onderschrijf de mening van de Redactie Vakstudie Nieuws en vind dat de escape ter uitsluiting van financiële ondernemingen wél moet worden geïmplementeerd in de Nederlandse nationale wet, zodat alle financiële ondernemingen in ieder geval hetzelfde worden behandeld.

¹⁶⁶ De Redactie Vakstudie Nieuws suggereert in haar reactie op de internetconsultatie dat deze escape slechts is opgenomen om de laatste lidstaten ertoe te brengen om vóór de anti-ontwijkingsrichtlijn te stemmen. Dit kan ik echter niet uit de stukken van de Europese Commissie afleiden. Stel dat dit al het geval is, dan lijkt Nederland in ieder geval, gezien het feit dat zij de escape niet opneemt in het consultatiedocument, niet één van deze lidstaten te zijn die heeft geëist dat deze escape werd opgenomen in de richtlijn,

¹⁶⁷ Ik moet hierbij opmerken dat, indien Nederland kiest voor de *ebitda*-uitzondering als groepsescape, de derdenrente van het concern in principe geheel aftrekbaar is, en dit niet langer een sterk argument is.

¹⁶⁸ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 15 (online publiek).

¹⁶⁹ Reactie Verbond van Verzekeraars op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 17 augustus 2017, p. 6 (online publiek).

¹⁷⁰ Reactie Vakstudie Nieuws op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 10 augustus 2017, p. 1 (online publiek).

Het feit dat financiële ondernemingen (meestal) niet worden geraakt door de earningsstripping-bepaling, betekent overigens niet dat financiële ondernemingen zich nooit schuldig maken aan belastingontwijking. De nieuwe regering stelt in dit kader, in het regeerakkoord, een thin-cap-achtige regel voor die belastingontwijking bij financiële ondernemingen moet tegengaan.¹⁷¹ Dit voorstel versterkt dat financiële ondernemingen moeten worden uitgesloten van de earningsstripping-bepaling. Indien de wetgever het begrip financiële onderneming namelijk kan afbakenen voor deze nieuwe thin-cap-regel, kan zij dit, naar mijn mening, ook voor de earningsstripping-bepaling. Derhalve moet, ondanks dat het weinig effect zal hebben, de escape ter uitsluiting van financiële ondernemingen door Nederland worden geïmplementeerd.

6.6. Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de volgende escapes centraal: de franchise, de uitsluiting van de ‘op-zichzelfstaande-entiteit’, de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten en tot slot de uitsluiting van financiële ondernemingen. Voor alle escapes en bijbehorende keuzemogelijkheden is naar voren gekomen wat de gevolgen zijn van de verschillende keuzes die Nederland kan maken. Daarna heb ik beoordeeld of Nederland de betreffende escape moet implementeren. Voor alle uitsluitingen is naar voren gekomen dat Nederland deze moet implementeren in de Nederlandse nationale wet. Schematisch ziet dit er als volgt uit:

Hoofdregel	Escape	Keuzemogelijkheden	Implementatie
Het financieringskosten-surplus kan worden afgetrokken voor 30% van de <i>ebitda</i> .	Franchise van € 3.000.000	‘hoogste-van-de-twee-methode’ of ‘alles-of-niets-methode’.	Implementatie van een franchise van € 1.000.000, berekend volgens de ‘hoogste-van-de-twee-methode’.
		Verlaging van de franchise.	
	Uitsluiting van een ‘op-zichzelfstaande-entiteit’.		Implementatie van de uitsluiting van een ‘op-zichzelfstaande-entiteit’. Bij voorkeur in combinatie met een verlaging van het percentage verbondenheid van 33 1/3% van art. 10a Wet VPB naar 25%.

¹⁷¹ Regeerakkoord 2017-2021, ‘Vertrouwen in de toekomst’, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N 147, p. 67.

	Uitsluiting voor leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten.		Implementatie van de uitsluiting voor leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten.
	Uitsluiting van financiële ondernemingen.		Implementatie van de uitsluiting van financiële ondernemingen

7. Hoofdstuk 7: De groepsescapes

7.1. Inleiding

Nederland kan er, op grond van art. 4 lid 5 anti-ontwijkingsrichtlijn, voor kiezen om een groepsescape te implementeren. Zij heeft de keuze tussen de EV-uitzondering en de *ebitda*-uitzondering. In hoofdstuk 2 heb ik al aangegeven dat de bewijslast voor beide groepsescapes bij de belastingplichtige ligt. Dit leidt ertoe dat de belastingplichtige kan kiezen of zij al dan niet gebruik maakt van een geïmplementeerde groepsescape. Beide groepsescapes raken daarnaast geen specifieke sectoren belastingplichtigen. Zij kunnen namelijk voor elke belastingplichtige, die onderdeel is van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern, leiden tot een ruimere renteaftrek dan volgt uit de hoofdregel.

In het consultatiedocument neemt de wetgever nog geen standpunt in betreffende de implementatie van een groepsescape. Zij stellen daar slechts de vraag of de voorkeur uitgaat naar het implementeren van een groepsescape óf naar het afschaffen van de specifieke renteaftrekbeperkingen. In het Regeerakkoord van Rutte 3 wordt gekozen om de specifieke renteaftrekbeperkingen (gedeeltelijk) af te schaffen, en zodoende geen groepsescape te implementeren.¹⁷² De wetgever koppelt de keuze voor een groepsescape dus aan de huidige specifieke renteaftrekbeperkingen. Ik ben echter van mening dat de vraag of een groepsescape moet worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet afzonderlijk moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen van de implementatie van de groepsescape. Het al dan niet voortbestaan van de specifieke renteaftrekbeperkingen moet hier, mijns inziens, een meer ondergeschikte rol in spelen.

In dit hoofdstuk onderzoek ik derhalve wat de gevolgen zijn als deze groepsescapes worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet. Aan de hand van deze gevolgen beoordeel ik in paragraaf 7.4 of en welke groepsescape Nederland moet implementeren in de nationale wet. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt derhalve als volgt: *Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, een groepsescape implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de groepsescape implementeren?* Als ik tot de conclusie kom dat Nederland een bepaalde groepsescape moet implementeren, ga ik vervolgens in op vraag in hoeverre de te implementeren groepsescape een verzachting van de hoofdregel kan bieden voor belastingplichtigen in de vastgoedsector of in de *private equity* sector. Daarbij beoordeel ik of deze eventuele verzachting gerechtvaardigd is vanuit de doelstelling van de earningsstripping-bepaling. Dit doe ik omdat betreffende sectoren in hoofdstuk 4 zijn aangemerkt als sectoren, die hard worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

7.2. De EV-uitzondering

De EV-uitzondering vergelijkt de ratio eigen vermogen/balanstotaal van de belastingplichtige met de ratio eigen vermogen/balanstotaal van het concern waarin de belastingplichtige zich bevindt. Indien de belastingplichtige een gelijke/hogere ratio heeft ten opzichte van het concern, mag hij zijn volledige financieringskostensurplus aftrekken.¹⁷³ Het feit dat het gehele financieringskostensurplus aftrekbaar

¹⁷² Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67.

¹⁷³ Als de ratio van belastingplichtige maximaal twee procentpunt lager is dan de ratio van het concern worden de ratio's nog geacht gelijk te zijn.

is voor de belastingplichtige die voldoet aan de EV-uitzondering, is, vanzelfsprekend, een positief gevolg voor deze belastingplichtige. Daarbij merk ik direct op dat de EV-uitzondering een ‘alles-of-niets’-karakter heeft: de belastingplichtige die voldoet aan de uitzondering mag ál zijn rentekosten aftrekken, terwijl de belastingplichtige die niet voldoet aan deze uitzondering terugvalt op de hoofdregel. Er is geen middenweg - bijvoorbeeld door gedeeltelijke verruiming van de renteaftrek - tussen deze twee ‘uitersten’.

7.2.1. De gevolgen

In hoofdstuk 4 zijn een viertal factoren weergegeven die ertoe kunnen leiden dat een belastingplichtige wordt geraakt door de earningsstripping-bepaling. Dit zijn I) een hoge schuldratio, II) een lage ratio *ebitda*/balanstotaal, III) hoge rentepercentages op vreemd vermogen en IV) een lage verhouding tussen in- en uitlenen. De EV-uitzondering sluit, in tegenstelling tot de hoofdregel, slechts aan bij de verhouding eigen vermogen/balanstotaal van belastingplichtige ten opzichte van het concern. Dit betekent dat van de vier factoren, zoals hiervoor genoemd, nog slechts de hoogte van de schuldratio een rol speelt bij de vraag of belastingplichtige wordt beperkt in haar renteaftrek. De vraag of een schuldratio hoog is, wordt bij de EV-uitzondering beoordeeld ten opzichte van het concern.

Het feit dat een aantal factoren niet meer van belang is voor de aftrekbaarheid van de rente heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat het procyclische effect van de hoofdregel wordt tegengegaan. Het is immers, voor de vraag of rente mag worden afgetrokken, niet langer van belang hoeveel winsten een belastingplichtige heeft. Daarnaast leidt de EV-uitzondering ertoe dat de hoogte van het balanstotaal geen rol meer speelt bij de aftrekbaarheid van rente. Derhalve kan deze groepsescape (onder andere) een uitweg bieden voor kapitaalintensieve ondernemingen die hard worden geraakt op grond van de hoofdregel.

Tot slot, naast een aantal factoren die niet meer van belang zijn voor de EV-uitzondering ten opzichte van de hoofdregel, kan ik ook nog een factor onderscheiden die juist wel van belang wordt. Dit betreft de mate van interne/derden leningen. De interne leningen, die belastingplichtige op haar enkelvoudige balans heeft staan, zijn niet zichtbaar op de geconsolideerde balans van het concern. De EV-uitzondering maakt een vergelijking tussen deze enkelvoudige en geconsolideerde balans. Dit betekent dat het voor een belastingplichtige met een hoge schuldratio als gevolg van veel interne leningen, moeilijker is om aan de EV-uitzondering te voldoen, dan voor een belastingplichtige met een even hoge schuldratio als gevolg van externe leningen.¹⁷⁴

7.2.2. De effectiviteit

Hiervoor is al nader toegelicht dat de EV-uitzondering een vergelijking maakt tussen de enkelvoudige balans van de belastingplichtige en de geconsolideerde balans van het concern. Op deze geconsolideerde balans zijn slechts derdenleningen zichtbaar. Bij de EV-uitzondering hangt zodoende de verruiming van de renteaftrek af van de hoeveelheid derdenleningen van het concern. Voorgaande sluit goed aan bij de doelstelling van de earningsstripping-bepaling: derdenleningen worden immers als zakelijk bestempeld en kunnen dus niet zijn aangegaan met het oog op belastingontwijking. In zoverre leidt de implementatie van de EV-uitzondering dus tot een effectievere earningsstripping-bepaling.

¹⁷⁴ Zie voor een voorbeeld bijlage 3.

Echter, de definitie van derdenleningen betreft in dit kader alle leningen van niet geconsolideerde partijen. Voor de vraag of een lichaam moet worden meegenomen in de consolidatie wordt in geval van de commerciële geconsolideerde jaarrekening aangesloten bij het begrip *control*. *Control* betreft de situatie dat een lichaam overheersende zeggenschap kan uitoefenen over een andere vennootschap. Dit gaat vaak gepaard met een meerderheid van de stemrechten.¹⁷⁵ Derdenleningen, zoals gehanteerd in het kader van de commerciële geconsolideerde jaarrekening, zijn dus de leningen van lichamen waarop geen *control* is.

Als nu wordt gekeken naar het begrip derdenleningen in het kader van belastingontwijking ziet men dat wordt aangesloten bij leningen die niet zijn verkregen van gelieerde ondernemingen of verbonden lichamen. Voor het begrip verbonden lichaam wordt in Nederland, kort gezegd, aangesloten bij een aandelenbelang van 33 1/3%.¹⁷⁶ In de anti-ontwijkingsrichtlijn wordt gesproken van een gelieerde onderneming en wordt zodoende aangesloten bij een aandelenbelang van 25%.¹⁷⁷ Het lijkt er derhalve op alsof het criterium voor *control* een strenger criterium is dan het criterium voor gelieerde of verbonden entiteit. Dit betekent dat een lichaam sneller als gelieerde onderneming of verbonden lichaam wordt aangemerkt dan als lichaam waarop *control* wordt uitgeoefend. Voorgaande leidt ertoe dat leningen die zichtbaar zijn op de commerciële geconsolideerde balans nog steeds kunnen kwalificeren als leningen van een gelieerde onderneming of verbonden lichaam. Dit betekent dat deze leningen nog steeds verband kunnen houden met belastingontwijking. Derhalve ben ik van mening dat de vergelijking met de commerciële geconsolideerde balans niet volledig aansluit bij de doelstelling van het tegengaan van belastingontwijking. Implementatie van de EV-uitzondering leidt zodoende tot een effectievere earningsstripping-bepaling dan als deze niet wordt geïmplementeerd, maar sluit niet volledig aan bij de doelstelling van het tegengaan van belastingontwijking. Zodoende is de EV-uitzondering nog niet optimaal wat betreft de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling.

7.3. De *ebitda*-uitzondering

De *ebitda*-uitzondering maakt feitelijk de vergelijking tussen de groepsratio¹⁷⁸ en het percentage van 30% uit de hoofdregel. Indien de groepsratio namelijk hoger is dan 30%, mag belastingplichtige dit hogere percentage hanteren voor de berekening van de aftrekbaarheid van haar rente volgens de hoofdregel. Naast de keuze om deze groepsescape te implementeren heeft Nederland ook nog twee aanvullende keuzes. De eerste betreft de wijze van de bepaling van een derde en de tweede betreft de berekeningswijze van het financieringskostensurplus. Beide keuzemogelijkheden komen hierna eveneens aan bod.

7.3.1. De gevolgen

De *ebitda*-uitzondering sluit middels haar groepsratio aan bij de begrippen 'financieringskostensurplus' en '*ebitda*'. Dit is hetzelfde als bij de hoofdregel. Daarnaast zijn voor de *ebitda*-uitzondering alle vier de factoren, zoals beschreven in hoofdstuk 4, nog steeds van belang voor de aftrekbaarheid van het financieringskostensurplus. Hoewel alle factoren van belang blijven, leveren deze bij de *ebitda*-uitzondering enerzijds een tegenovergesteld effect op ten opzichte van de

¹⁷⁵ PricewaterhouseCoopers Accountants N.V., *Handboek financiële verslaggeving: Jaarrekening 2017*, Den Haag: Sdu uitgevers 2017.

¹⁷⁶ Artikel 10a lid 4 t/m 7 Wet VPB

¹⁷⁷ Artikel 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.

¹⁷⁸ De groepsratio wordt als volgt berekend: financieringskostensurplus van het concern ten opzichte van derden / groepsebitda.

hoofdregel, en gelden deze anderzijds nog slechts op derden- en concernniveau. Ik illustreer dit aan de hand van twee voorbeelden. Ten eerste leidt, op grond van de hoofdregel, een hoog rentepercentage bij een belastingplichtige (op alle leningen) tot het risico dat de belastingplichtige hard wordt geraakt door de hoofdregel. De belastingplichtige wordt dan beperkt in zijn aftrek van het financieringskostensurplus. Op grond van de *ebitda*-uitzondering geldt voorgaande omgekeerd en nog slechts op derden- en concernniveau: een hoog rentepercentage bij het concern op derdenleningen leidt tot een hogere groepsratio en dus tot een hoger percentage aftrek van het financieringskostensurplus. Een ander voorbeeld luidt als volgt: op grond van de hoofdregel leiden veel schulden, zowel interne- als derdenleningen, bij de belastingplichtige tot een risico op weinig renteaftrek. Op grond van de *ebitda*-uitzondering leiden veel schulden aan derden bij het concern tot een hogere groepsratio en dus tot een hogere renteaftrek.

Voorgaande betekent feitelijk, dat precies die belastingplichtigen die op grond van de hoofdregel risico lopen om hard te worden geraakt door de earningsstripping-bepaling, op grond van de *ebitda*-uitzondering (gedeeltelijk) kunnen worden ontzien. Voorgaande geldt slechts mits de factoren op derden en concernniveau ongeveer hetzelfde zijn. De belastingplichtigen die baat hebben bij deze groepsescape zijn dus belastingplichtigen in een concern met veel derdenleningen, hoge rentepercentages op derdenleningen, weinig winsten, hoge balanstotalen (kapitaalintensief concern) en een lage verhouding tussen in- en doorlenen (van en aan derden).

7.3.2. De effectiviteit

Betreffende de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling is het van belang dat de *ebitda*-uitzondering aansluit bij de rente op derdenleningen van het concern. Feitelijk mag, bekeken op concernniveau, alle rente op derdenleningen worden afgetrokken. Zoals ik al eerder heb aangegeven, kan derdenrente nooit verband houden met belastingontwijking, en gaat de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling in dit kader te ver ten opzichte van de doelstelling. Doordat de *ebitda*-uitzondering aansluit bij derdenrente wordt beter aangesloten bij de doelstelling van het tegengaan van belastingontwijking. Vanuit dit eerste opzicht lijkt de *ebitda*-uitzondering dus te leiden tot een verbetering van de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling.

Voordat kan worden bepaald hoe de verbetering van de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling naar aanleiding van de *ebitda*-uitzondering zich verhoudt tot de verbetering van de effectiviteit naar aanleiding van de EV-uitzondering, moet eerst een keuze worden gemaakt betreffende de wijze van de bepaling van een derde.

7.3.2.1. De wijze van de bepaling van een derde

In hoofdstuk 2 heb ik aangegeven dat de wijze van de bepaling van een derde via twee methoden mogelijk is. De eerste methode houdt in dat derden alle entiteiten zijn die niet zijn opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. De tweede methode sluit daarentegen eveneens aan bij gelieerde ondernemingen en merkt derhalve als derde aan: iedereen die niet is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening én geen gelieerde onderneming is zoals opgenomen in art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.

Indien wordt aangesloten bij de eerste methode, ontstaat hetzelfde 'probleem' als bij de EV-uitzondering: voor derdenleningen wordt dan niet aangesloten bij gelieerde ondernemingen maar

slechts bij alle entiteiten die niet zijn opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Er is van consolidatie pas sprake als *control* wordt uitgeoefend. Het begrip *control* lijkt daarbij een strikter begrip dan het begrip gelieerde onderneming. Voorgaande kan ertoe leiden dat leningen van gelieerde ondernemingen tóch op de commerciële geconsolideerde balans staan en zodoende worden aangemerkt als derdenlening. Dit sluit niet goed aan bij de doelstelling van het tegengaan van belastingontwijking. Door te kiezen voor de tweede methode, de methode die gelieerde ondernemingen eveneens uitsluit als derden, wordt dit probleem ondervangen.

Een nadelig gevolg voor de belastingplichtige van de tweede methode betreft het feit, dat een striktere methode wordt gehanteerd, waardoor belastingplichtige minder baat zal hebben bij de groepsescape. Daarnaast kan worden beargumenteerd dat de tweede methode eveneens leidt tot meer uitvoeringskosten voor belastingplichtige. Dit komt doordat in dat geval niet ‘gewoonweg’ kan worden aangesloten bij de leningen die in de commerciële geconsolideerde jaarrekening zijn opgenomen, maar aanvullend moet worden bepaald welke van deze leningen van gelieerde ondernemingen zijn. In het kader van belastingontwijking is het echter, zoals al eerder opgemerkt, gebruikelijk om aan te sluiten bij de gelieerde onderneming. Naast het feit dat het vanuit het huidige kader van wet- en regelgeving derhalve het meest logisch is om aan te sluiten bij de tweede methode, verwacht ik eveneens, dat veel belastingplichtigen al weten welke ondernemingen worden aangemerkt als gelieerde onderneming. De extra uitvoeringskosten, die de tweede methode met zich mee brengt, zijn in dat geval verwaarloosbaar.

Alle voorgaande argumenten meegenomen, moet, mijns inziens, worden gekozen voor de tweede methode. Iedereen die niet is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening én geen gelieerde onderneming is, zoals opgenomen in art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn, wordt dan aangemerkt als derde.¹⁷⁹

7.3.2.2. *De wijze van de berekening van het financieringskostensurplus*

Tot slot heeft Nederland nog de keuze voor de wijze van de berekening van het financieringskostensurplus. In hoofdstuk 2 zijn een drietal invullingen van dit begrip gegeven: ten eerste de aansluiting bij rentekosten en rentebaten zoals opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening (hierna: commercieel financieringskostensurplus). Ten tweede de aansluiting bij rentekosten en –baten zoals opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening waarop een aantal aanpassingen worden gemaakt (hierna: gecorrigeerd financieringskostensurplus). Tot slot kan ook nog worden aangesloten bij het begrip financieringskostensurplus uit art. 2 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn (hierna: fiscaal financieringskostensurplus).

Vanuit effectiviteitsoogpunt is de keuze voor het fiscale financieringskostensurplus de meest effectieve keuze. Dit komt doordat in geval van het fiscale financieringskostensurplus expliciet wordt aangesloten bij belaste rentebaten en aftrekbare rentekosten, zoals opgenomen in art. 2 lid 2 anti-ontwijkingsrichtlijn. Deze wijze van berekening geeft fiscaal de meest juiste uitkomst van de

¹⁷⁹ Hierbij wil ik nog opmerken dat Nederland ook zou kunnen aansluiten bij de definitie van verbonden lichaam, zoals opgenomen in art. 10a lid 4 t/m 7 Wet VPB. Ik raad dat echter niet aan, omdat Nederland dan, mits zij ook de uitsluiting van de ‘op-zichzelf-staande-entiteit’ implementeert, binnen de earningsstripping-bepaling twee verschillende verbondenheidscriteria naast elkaar moet hanteren.

hoeveelheid derdenrente. Echter, het fiscale financieringskostensurplus vereist informatie over de fiscale cijfers binnen het gehele concern. In het kader van de toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatsniveau heb ik beargumenteerd dat het verkrijgen van deze informatie mogelijk moet zijn, indien voor het begrip concern wordt aangesloten bij de geconsolideerde jaarrekening. Echter, gaat het in dit geval niet om concernniveau binnen de lidstaat, maar om concernniveau over alle lidstaten en derdenlanden heen. Ik betwijfel in dit kader of het haalbaar is voor Nederlandse entiteiten om toegang te krijgen tot de fiscale cijfers van alle entiteiten in verschillende landen binnen hetzelfde concern.¹⁸⁰ Derhalve moet Nederland, ondanks dat het de meest effectieve keuze is, mijns inziens, niet kiezen voor het fiscale financieringskostensurplus.

Van het commerciële financieringskostensurplus en het gecorrigeerde financieringskostensurplus zal de eerste de manier zijn die voor de belastingplichtige de minste uitvoeringskosten met zich meebrengt. Dit komt omdat rentekosten en –baten dan gewoonweg af te lezen zijn uit de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Daarentegen ligt het gecorrigeerde financieringskostensurplus dichter tegen het fiscale financieringskostensurplus aan en leidt deze dus tot een effectievere earningsstripping-bepaling. De vraag of het gecorrigeerde financieringskostensurplus economisch voordeel kan opleveren voor belastingplichtig - doordat deze bijvoorbeeld per saldo leidt tot meer renteaftrek- verschilt per belastingplichtige. Voor de vraag hoe het financieringskostensurplus voor de *ebitda*-uitzondering moet worden berekend, moet derhalve een afweging worden gemaakt tussen enerzijds de effectiviteit en anderzijds de uitvoeringskosten. Omdat belastingplichtige niet verplicht is om de *ebitda*-uitzondering toe te passen en zodoende niet verplicht kan worden geconfronteerd met extra uitvoeringskosten, weegt, mijns inziens, de effectiviteit zwaarder. Zodoende moet worden gekozen voor het gecorrigeerde financieringskostensurplus.

7.3.3. Onzekerheid

Tot slot moet nog worden opgemerkt dat Vleggeert¹⁸¹ in zijn reactie op de internetconsultatie aangeeft dat, in verband met de onzekerheid van de hoogte van de groeps*ebitda*, niet voor de *ebitda*-uitzondering moet worden gekozen. Ik ben echter van mening dat, gezien vanuit de effectiviteit, de onzekerheid van de groeps*ebitda* het voor de belastingplichtige moeilijker maakt om te zodanig te structureren dat een belastingvoordeel wordt behaald. Dit leidt ertoe dat de belastingplichtige beter zal aansluiten bij zijn reële financieringsbehoefte. Voorgaande past goed bij de Nederlandse doelstelling, dat financieren met vreemd vermogen minder moet worden gestimuleerd vanuit de fiscaliteit.

7.4. Subconclusie

De eerste vraag die moet worden beantwoord, is of Nederland, gezien vanuit de gevolgen van de groepsescapes, überhaupt een groepsescape moet implementeren. Deze vraag kan, mijns inziens, bevestigend worden beantwoord. Een groepsescape kan enerzijds voor belastingplichtigen, die onderdeel zijn van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern, leiden tot een ruimere renteaftrek dan op grond van de hoofdregel. Dit is, vanzelfsprekend, gezien vanuit de gevolgen voor belastingplichtige, gunstig. Daarnaast leiden beide groepsescapes tot een verbetering van de

¹⁸⁰ Voorgaande wordt versterkt indien de Nederlandse entiteit(en) maar een klein onderdeel zijn van een groot multinationaal concern.

¹⁸¹ Reactie J. Vleggeert op het consultatiedocument implementatie ATAD1, 2017, p. 4 (online publiek);

effectiviteit van de earningsstripping-bepaling ten opzichte van de hoofdregel. Dit komt doordat de hoofdregel uitsluitend een rekenregel betreft en beide groepsescapes trachten daarentegen om belastingontwijking beter tegen te gaan door middel van het aansluiten bij derdenrente.

Voorgaande voordelen van de groepsescapes moeten worden afgezet tegen de uitvoeringskosten om de groepsescape toe te passen. Gezien het feit dat een belastingplichtige kan kiezen of zij gebruik maakt van de groepsescape, kan elke belastingplichtige deze afweging voor zichzelf maken. Dit leidt ertoe dat geen enkele belastingplichtige verplicht met hoge uitvoeringskosten wordt geconfronteerd. Voorgaande leidt er, naar mijn mening, toe dat in ieder geval een groepsescape moet worden geïmplementeerd.

Voordat kan worden beoordeeld van welke groepsescape gebruik moet worden gemaakt, moet eerst worden opgemerkt dat de *ebitda*-uitzondering, in tegenstelling tot de EV-uitzondering, nog een aantal keuzemogelijkheden kent. Dit betreft de invulling van de definities ‘financieringskostensurplus’ en ‘derden’. Indien Nederland kiest voor de *ebitda*-uitzondering moet zij deze zodanig implementeren dat I) de berekening van het financieringskostensurplus plaatsvindt op grond van de commerciële geconsolideerde jaarrekening waarop correcties worden gemaakt en II) het begrip ‘derde’ iedereen betreft die niet is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening én geen gelieerde onderneming is.

Indien voor de *ebitda*-uitzondering de begrippen worden geïmplementeerd zoals hierboven aangegeven, moeten de volgende aspecten worden meegenomen in de overweging voor welke groepsescape Nederland moet kiezen:

EV-uitzondering	Ebitda-uitzondering
Gevolg voor belastingplichtige die voldoet aan deze uitzondering is dat haar gehele financieringskostensurplus aftrekbaar is.	Gevolg voor de belastingplichtige die baat heeft bij deze uitzondering is dat zij een hoger percentage van het financieringskostensurplus mag aftrekken dan op grond van de hoofdregel. (dit is dus hoger dan 30%)
Alles-of-niets-karakter	Geen alles-of-niets-karakter. Het percentage aftrekbaarheid loopt op afhankelijk van de groepsratio.
De volgende factoren zijn van belang: <ul style="list-style-type: none"> - Schuldratio - De mate van interne leningen / derdenleningen 	Alle factoren, zoals beschreven in hoofdstuk 4, zijn van belang, maar werken precies tegenovergesteld. Daarnaast is de mate van interne leningen / derdenleningen van belang.
Merkt elke lening verkregen van een niet geconsolideerde entiteit aan als derdenlening. Een lening van een gelieerde onderneming of verbonden lichaam kan zodoende eveneens worden aangemerkt als derdenlening.	Sluit bij de definitie van derdenlening zowel aan bij geconsolideerde entiteiten als bij gelieerde ondernemingen zoals opgenomen in art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn.
Is voorspelbaarder, waardoor de belastingplichtige kan aansturen op een ‘kunstmatig’ goede verhouding eigen vermogen / balanstotaal.	Is onvoorspelbaar, waardoor de belastingplichtige zal aansluiten bij haar reële financieringsbehoefte.

Hoewel de EV-uitzondering ruimer uitwerkt voor belastingplichtige doordat, indien wordt voldaan aan deze uitzondering, het gehele financieringskostensurplus aftrekbaar is, kent deze ook een alles-of-niets-karakter. Dit laatste kan ertoe leiden dat belastingplichtigen die zich in vrijwel gelijke situaties

bevinden heel verschillend worden behandeld.¹⁸² Het voordeel van de *ebitda*-uitzondering is dat geen risico bestaat op zo'n eventueel onredelijke uitwerking. Daarnaast leidt de systematiek van de *ebitda*-uitzondering ertoe dat precies die belastingplichtigen die hard door de hoofdregel worden geraakt, verruiming kunnen krijgen op grond van de *ebitda*-uitzondering. De EV-uitzondering kan ook verruiming bieden voor belastingplichtigen die hard worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling, maar sluit qua systematiek minder goed aan doordat niet alle factoren van invloed zijn. Betreffende de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling leiden beide groepsescapes tot een verbetering van de effectiviteit ten opzichte van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. De EV-uitzondering sluit echter, in tegenstelling tot de *ebitda*-uitzondering, in het kader van derdenleningen, niet aan bij gelieerde ondernemingen. De EV-uitzondering streeft derhalve minder goed de doelstelling van de earningsstripping-bepaling na. Tot slot geeft het onvoorspelbaarheidskarakter van de *ebitda*-uitzondering een *incentive* aan de belastingplichtige om aan te sluiten bij haar reële financieringsbehoefte.

Alle gevolgen in overweging nemend, kom ik tot de conclusie dat Nederland de *ebitda*-uitzondering moet implementeren als groepsescape.

7.4.1. *Verlaging van het percentage aftrekbaarheid van de hoofdregel*

In paragraaf 5.3.1 heb ik beargumenteerd dat de vraag of Nederland het percentage van 30% aftrekbaarheid uit de hoofdregel moet verlagen, afhankelijk is van de implementatie van de *ebitda*-uitzondering. Doordat de *ebitda*-uitzondering ertoe leidt dat, in principe, alle derdenrente van het concern aftrekbaar is, kan het percentage aftrekbaarheid uit de hoofdregel, mijns inziens, worden verlaagd naar 10% zonder dat belastingplichtigen onredelijk worden beperkt in hun renteaftrek. Ik ben derhalve van mening dat Nederland het percentage aftrekbaarheid uit de hoofdregel moet verlagen naar 10%.

7.5. De vastgoedsector en de *private equity* sector

Zoals in de inleiding aangegeven, onderzoek ik hierna of de *ebitda*-uitzondering een verzachting van de hoofdregel kan bieden voor de vastgoedsector en de *private equity* sector. Daarbij beoordeel ik of deze eventuele verzachting, gezien de doelstelling van de earningsstripping-bepaling, te rechtvaardigen is.

7.5.1. *Vastgoedsector*

In hoofdstuk 4 is beargumenteerd dat de belastingplichtigen in de vastgoedsector, vanwege haar kapitaalintensiteit en hoge schuldratio's, waarschijnlijk hard worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Zoals beargumenteerd in paragraaf 7.3.1., zijn hoge schuldratio's en hoge balanstotalen, mits eveneens aanwezig op derden- en concernniveau, juist een reden dat belastingplichtige baat kan hebben bij de *ebitda*-uitzondering. Onroerende zaken worden vaak gefinancierd met een hypotheek verkregen door een bank, een derde. Daarnaast ligt het voor de hand dat alle entiteiten in het vastgoedconcern hoge balanstotalen en hoge schuldratio's hebben. Voorgaande geldt slechts indien de belastingplichtige zich in een vastgoedconcern bevindt, waarbij

¹⁸² Een belastingplichtige die ratio eigen vermogen/balanstotaal heeft van twee procent minder dan het concern mag alles aftrekken, terwijl een belastingplichtige die een ratio eigen vermogen/balanstotaal heeft van drie procent minder dan het concern volledig terugvalt op de hoofdregel en 'slechts' 30% van het financieringskostensurplus mag aftrekken.

alle verschillende entiteiten beleggen in vastgoed. In dit geval zal ook op concernniveau sprake zijn van een hoog balanstotaal en een hoge schuldratio. Voorgaande leidt ertoe dat een belastingplichtige in de vastgoedsector goede kans maakt op een groepsratio hoger dan 30%. Hierdoor heeft hij baat bij de *ebitda*-uitzondering en geniet hij een ruimere renteaftrek dan op grond van de hoofdregel.

7.5.1.1. *Gerechtvaardigd?*

Of de verzachting voor de vastgoedsector, op grond van de doelstelling van de earningsstripping-bepaling gerechtvaardigd is, ligt aan de vraag in hoeverre de hoge schuldratio en de lage verhouding *ebitda*/balanstotaal te maken hebben met belastingontwijking. De lage verhouding *ebitda*/balanstotaal heeft niets te maken met belastingontwijking in de vorm van winstverschuiving. Voorgaande is namelijk gewoonweg het resultaat van hoge balanstotalen als gevolg van het onroerend goed dat op de balans staat. Winsten kunnen hier verhoudingsgewijs niet tegenop. De hoge schuldratio zal vaak voortkomen uit zakelijke derdenleningen. De vastgoedsector kan veelvuldig met vreemd vermogen van derden financieren, omdat op dit vreemd vermogen een hypotheekrecht zal rusten. Het risico voor de bank is derhalve maar klein. Slechts indien het overige deel van het onroerend goed is gefinancierd met *shareholder loans* kan grondslaguitholling een rol spelen. Echter, zal deze *shareholder loan* voor de *ebitda*-uitzondering vaak niet kwalificeren als derdenlening, waardoor deze niet leidt tot een verruiming van de hoofdregel. Het feit dat de vastgoedsector dus baat zal hebben bij de *ebitda*-uitzondering komt derhalve, mijns inziens, overeen met de doelstelling van de earningsstripping-bepaling.

7.5.2. *De private equity sector*

In hoofdstuk 4 is al opgemerkt dat *private equity* gehouden concerns, vanwege hoge schuldratio's, waarschijnlijk eveneens hard zullen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Zoals in dat hoofdstuk ook vermeld is de hoge schuldratio bij het *private equity* gehouden concern meestal gevolg van een hoge *shareholder loan* verkregen van het *private equity* fonds. Voor de vraag of de *ebitda*-uitzondering voor de *private equity* sector verzachting kan bieden van de gevolgen van de hoofdregel is derhalve van belang of de *shareholder loan* voor de *ebitda*-uitzondering wordt aangemerkt als interne lening of als derdenlening. Slechts indien de *shareholder loan* wordt aangemerkt als derdenlening, biedt de *ebitda*-uitzondering namelijk in principe verzachting. Om te kwalificeren als derdenlening, in de zin van de *ebitda*-uitzondering, is vereist dat de lening niet is verkregen van een entiteit die is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening én niet is verkregen van een gelieerde onderneming. Op grond van IFRS 10 wordt het *private equity* fonds niet opgenomen in de geconsolideerde balans.¹⁸³ De *shareholder loan* is derhalve zichtbaar op de commerciële geconsolideerde balans en dus niet verkregen van een entiteit die is opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Daarnaast is het niet waarschijnlijk dat het *private equity* fonds wordt aangemerkt als gelieerde onderneming, in de zin van art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn, omdat het fonds vaak investeert met meer dan vier investeerders. Derhalve is de *shareholder loan* niet verkregen van een gelieerde onderneming. Voorgaande leidt ertoe dat het *private equity* fonds naar alle waarschijnlijkheid kwalificeert als derde en zodoende de *shareholder loan* wordt aangemerkt als derdenlening (en de rente op de *shareholder loan* als derdenrente). Dit laatste leidt tot een aanzienlijke stijging van de groepsratio. Hetgeen er op haar beurt toe leidt, dat het *private equity* gehouden concern waarschijnlijk baat heeft bij de *ebitda*-uitzondering. Zodoende heeft zij een reële kans op

¹⁸³ International Financial Reporting Standard 10, *Consolidated financial statements*, onder 4 c.

hogere renteaftrek dan op grond van de hoofdregel. Voorgaande wordt (in het begin) versterkt doordat het *private equity* gehouden concern (in het begin) lage winsten zal hebben. Dit leidt eveneens tot een stijging van de groepsratio.

7.5.2.1. *Gerechtvaardigd?*

Of de verzachting voor *private equity* gehouden concerns op grond van de doelstelling van de earningsstripping te rechtvaardigen is, ligt aan de vraag of hoge *shareholder loans* iets te maken hebben met belastingontwijking. Voornaamste zakelijke reden van deze *shareholder loans* is gelegen in het feit dat een *private equity* fonds een hoger rendement op haar investering kan maken, indien zo veel mogelijk met vreemd vermogen wordt gefinancierd. Dit komt doordat het fonds dan minder eigen vermogen hoeft in te leggen, maar nog steeds recht heeft op een even groot deel van de winst. Er kan dus een zakelijke reden worden gevonden voor de hoge schuldratio's naar aanleiding van *shareholder loans* in de *private equity* sector. De verzachting, gezien vanuit de doelstelling, lijkt dus gerechtvaardigd te zijn.

Echter, de Nederlandse regering lijkt het van groot belang te vinden dat de *private equity* sector minder met vreemd vermogen gaat financieren.¹⁸⁴ Voorgaande hoeft niet per definitie te betekenen dat geen groepsescape moet worden ingevoerd. Het is bijvoorbeeld een argument dat Nederland zou moeten kiezen voor de *ebitda*-uitzondering met een derdenbegrip dat aansluit bij het verbonden lichaam, zoals opgenomen in art. 10a lid 4 t/m 7 Wet VPB, in plaats van bij de gelieerde onderneming, zoals opgenomen in de anti-ontwijkingsrichtlijn. Het begrip verbonden lichaam merkt namelijk eveneens de samenwerkende groep aan als verbonden lichaam. Een *private equity* fonds zal vaak kwalificeren als samenwerkende groep en derhalve worden aangemerkt als verbonden lichaam.¹⁸⁵ Gevolg daarvan is dat de *shareholder loan* niet wordt aangemerkt als derdenlening en de rente op deze *shareholder loan* niet zorgt voor een stijging van de groepsratio. In dat geval zal de *private equity*-sector namelijk meestal geen baat hebben bij de groepsescape.

7.5.3. *Subconclusie*

Zowel de vastgoedsector als *private equity* gehouden concerns zullen baat hebben bij de *ebitda*-uitzondering. Hoewel dit voor beide sectoren gerechtvaardigd kan worden op grond van de doelstelling van de earningsstripping-bepaling, betwijfel ik voor de *private equity* gehouden concerns of de Nederlandse regering deze sector daadwerkelijk wil ontzien. Indien zij dit niet willen, kunnen zij eventueel kiezen voor een derdenbegrip dat aansluit bij verbonden lichaam, zoals opgenomen in art. 10a lid 4 t/m 7 Wet VPB. Het *private equity* fonds zal dan waarschijnlijk niet als derde kwalificeren en zodoende zal het *private equity* gehouden concern geen baat hebben bij de *ebitda* uitzondering.

¹⁸⁴ Dit maak ik op uit het feit dat de zogenoemde excessen in de *private equity* sector al langere tijd op de politieke agenda staan (zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2016/17*, 34552, nr. 3, p. 28-29 (Memorie van Toelichting)) en het feit dat Nederland tracht regelgeving van andere renteaftrekbeperkingen dusdanig aan te passen dat ook de *private equity* sector wordt geraakt (denk hierbij bijvoorbeeld aan de intrede van de zogenoemde samenwerkende groep).

¹⁸⁵ Het begrip verbonden lichaam is in 2017 uitgebreid met de samenwerkende groep. Uit de Memorie van Toelichting van het Belastingplan 2017 blijkt dat een belangrijke reden hiervoor is gelegen in het aanmerken van *private equity* fondsen als verbonden lichaam.

7.6. Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de groepsescapes, te weten de EV-uitzondering en de *ebitda*-uitzondering centraal. De deelvraag van dit hoofdstuk luidde als volgt: *Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, een groepsescape implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de groepsescape implementeren?* Voor beide groepsescapes is naar voren gekomen wat de gevolgen zijn van de verschillende groepsescapes. Op basis hiervan heb ik geconcludeerd dat de *ebitda*-uitzondering moet worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet. De implementatie van de *ebitda*-uitzondering leidt er, in navolging van hoofdstuk 5, eveneens toe dat het percentage aftrekbaarheid van de hoofdregel moet worden verlaagd naar 10%. Schematisch ziet dit er als volgt uit:

Hoofdregel	Keuzemogelijkheden	Aanvullende keuzes	Implementatie
Het financieringskosten-surplus kan worden afgetrokken voor 30% van de <i>ebitda</i> ,	Verlaging van het percentage van 30%		Verlagen tot 10%.
	Groepsescape: EV-uitzondering		Niet implementeren
	Groepsescape: <i>Ebitda</i> -uitzondering	Wijze van berekening van het financieringskosten-surplus van een derde. Wijze van de bepaling van een derde.	Implementatie van de <i>ebitda</i> -uitzondering met een gecorrigeerd financieringskosten-surplus en de bepaling van een derde op basis van zowel de geconsolideerde jaarrekening als de gelieerde entiteit.

De implementatie van de *ebitda*-uitzondering leidt er in principe toe dat zowel de vastgoedsector als de *private equity* sector verzachting krijgen van de gevolgen van de hoofdregel, tenzij het begrip gelieerde entiteit wordt ingevuld aan de hand van art. 10a lid 4 t/m 7 Wet VPB (het verbonden lichaam). In dat geval krijgt slechts de vastgoedsector een verzachting van de gevolgen van de hoofdregel.

8. Hoofdstuk 8: Verrekening over de tijd en overgangsrecht

8.1. Inleiding

In de vorige hoofdstukken is bepaald hoe de earningsstripping-bepaling moet worden toegepast, of bepaalde belastingplichtigen, leningen of soorten financieringskostensurplus moeten worden uitgesloten en of belastingplichtigen gebruik moeten mogen maken van een groepsescape. In dit hoofdstuk staan een tweetal escapes centraal die niet zo zeer gaan over de wijze van de berekening van het aftrekbare financieringskostensurplus, maar die te maken hebben met een eventuele verrekening over de tijd en de vraag of sprake moet zijn van overgangsrecht, de zogenoemde eerbiedigende werking.

Hoewel het consultatiedocument kiest om geen overgangsrecht te implementeren, maar wél een verrekening over de tijd, doet het Regeerakkoord van Rutte 3 over beide escapes geen uitspraken.¹⁸⁶ De vraag of Nederland een verrekening over de tijd en/of overgangsrecht moet implementeren, moet, mijns inziens, afhangen van de gevolgen van deze escapes. Derhalve onderzoek ik hierna voor beide escapes met eventuele bijbehorende keuzemogelijkheden, net als in de vorige hoofdstukken, wat de gevolgen zijn van de verschillende keuzes die Nederland kan maken voor I) de belastingplichtige, II) het huidige kader van wet- en regelgeving en III) de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Tot slot beoordeel ik, zowel voor de verrekening over de tijd als voor het overgangsrecht, of en zo ja, op welke wijze, Nederland deze moet implementeren. De deelvragen die bij dit hoofdstuk horen luiden als volgt: *“Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de escape met betrekking tot de verrekening over de tijd implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de verrekening over de tijd implementeren?”* en *“Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, voorzien in een eerbiedigende werking? Zo ja, op welke wijze moet Nederland de eerbiedigende werking implementeren?”*

8.2. Verrekening over de tijd

Nederland kan, op grond van art. 4 lid 6 anti-ontwijkingsrichtlijn drie mogelijke verrekeningen over de tijd implementeren:

- a) onbeperkte voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus;
- b) onbeperkte voorwaartse verrekening en maximaal drie jaren achterwaartse verrekening van het financieringskostensurplus; of
- c) onbeperkte voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus en maximaal vijf jaren voortwenteling van het niet benutte deel van de rentecapaciteit.

8.2.1. Procyclisch effect

Zoals ik in hoofdstuk 4 al heb beschreven kent de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling een procyclisch effect: als het economisch goed gaat met belastingplichtige is er veel ruimte voor renteaftrek en als het economisch minder goed gaat is er minder ruimte voor renteaftrek. Doordat rentekosten reële kosten zijn en een beperking van de renteaftrek in economisch zware tijden de

¹⁸⁶ Consultatiedocument implementatie ATAD1, p. 14-16; Regeerakkoord 2017-2021, ‘Vertrouwen in de toekomst’, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, N145, p. 67.

economische situatie van de belastingplichtige slechts verslechterd, is het procyclische effect voor belastingplichtige een nadelig effect.

8.2.1.1. Voortwenteling/terugwenteling van het financieringskostensurplus

Verrekening over de tijd van het financieringskostensurplus, zowel voorwaarts als achterwaarts, kan de negatieve gevolgen van het procyclische effect (gedeeltelijk) wegnemen. Stel, een belastingplichtige maakt in jaar 1 een verlies, waardoor hij de verschuldigde rente niet kan aftrekken. In jaar 2 maakt de belastingplichtige een hele hoge winst, waardoor hij ruimte overhoudt voor renteaftrek. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus staat toe dat de belastingplichtige in jaar 2 alsnog het financieringskostensurplus, dat in jaar 1 in aftrek is beperkt, mag aftrekken tot een maximum van 30% van de *ebitda* van jaar 2. Het procyclische effect blijft op deze manier wel bestaan: in jaar 2 is veel winst en dus veel aftrek en in jaar 1 is weinig winst en dus weinig aftrek. De gevolgen van deze procyclische werking zijn echter minder nadelig, omdat belastingplichtige haar beperkte rente in een later jaar nog kan aftrekken.

Voorgaand illustreert een voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus. Een achterwaartse verrekening van het financieringskostensurplus leidt tot dezelfde gevolgen. Het enige verschil is dan dat het gaat om jaar 1 met winst en jaar 2 met verlies.

8.2.1.2. Voortwenteling van de rentecapaciteit

De voortwenteling van de rentecapaciteit heeft als verschil, ten opzichte van de voort-/terugwenteling van het financieringskostensurplus, dat deze het procyclische effect daadwerkelijk wegneemt. Ik illustreer dit aan de hand van het volgende voorbeeld: belastingplichtige maakt in jaar 1 winst, maar heeft geen rentekosten. In jaar 2 maakt belastingplichtige een verlies en heeft hij wel rentekosten. In jaar 1 heeft belastingplichtige rentecapaciteit 'over', die hij voort kan wentelen naar jaar 2. Door middel van de voortwenteling van de rentecapaciteit kan belastingplichtige, ondanks het verlies, in jaar 2 tóch rentekosten aftrekken. De voortwenteling van de rentecapaciteit kan er dus toe leiden dat een belastingplichtige in een verliesjaar renteaftrek heeft. Deze voortwenteling neemt derhalve niet 'slechts' de gevolgen, maar het daadwerkelijke procyclische effect van de hoofdregel weg.

De gevolgen van de implementatie van een verrekening over de tijd zijn dus positief, omdat deze verrekening de gevolgen van het nadelige procyclische effect van de hoofdregel (gedeeltelijk) oplost.

8.2.2. Effectiviteit

Bezien vanuit de doelstelling van de earningsstripping-bepaling is geen reden te bedenken om de verrekening over de tijd niet te implementeren. De verrekening over de tijd zorgt immers slechts voor een verruiming binnen de gestelde grenzen van de earningsstripping-bepaling. De belastingplichtige mag immers, gezien over de tijd heen, haar financieringskostensurplus nog altijd aftrekken voor maximaal 30% van *ebitda*. Voorgaande past eveneens het best in de totaalwinstgedachte van de vennootschapsbelasting.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Op basis van de totaalwinstgedachte wordt gekeken naar de totale winst over de gehele looptijd van een onderneming. Op basis van deze gedachte moet dus voor de earningsstripping-bepaling renteaftrek worden toegestaan van 30% van de totale *ebitda* over de gehele looptijd van de onderneming. De jaarwinstbepaling mag een tijdelijk verschil opleveren, maar geen permanent verschil.

Bezien vanuit de doelstelling van het tegengaan van grondslaguitholling - in de letterlijke zin van het woord - kan Nederland, indien zij een verrekening over de tijd implementeert, beter kiezen voor de terugwenteling van het financieringskostensurplus dan voor een voortwenteling van de rentecapaciteit. Voorgaande is gelegen in het feit dat de voortwenteling van de rentecapaciteit kan leiden tot een uitgeholde grondslag in een bepaald jaar. De terugwenteling van het financieringskostensurplus kan elk jaar maximaal leiden tot een renteaftrek van 30% van de *ebitda*. Het gaat hier slechts om een verschil in timing: over de tijd heen maakt het, voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, niet uit of Nederland kiest voor de terugwenteling van het financieringskostensurplus of voor een voortwenteling van de rentecapaciteit.

8.2.3. Het huidige kader van wet- en regelgeving

Als wordt gekeken naar het huidige kader van wet- en regelgeving moet, indien een verrekening over de tijd wordt geïmplementeerd, met een aantal aspecten rekening worden gehouden. In de vennootschapsbelasting kennen we al een verrekening over de tijd in het kader van verliezen. Art. 20 lid 2 Wet VPB staat immers verliesverrekening aan de hand van een *carry back* (1 jaar) en een *carry forward* (9 jaar) toe.¹⁸⁸ Verliesverrekening over de tijd heeft in het verleden al laten zien dat aanvullende regels moeten worden gesteld om belastingontwijking, aan de hand van deze verliesverrekening, te voorkomen. Eén van die regels betreft de zogenoemde handel in verlieslichamen van art. 20a Wet VPB. Ik illustreer dit door middel van een voorbeeld: stel, er is een B.V. met 50 miljoen euro aan verliezen en deze B.V. besluit om haar activiteiten te staken (de B.V. is een verlieslichaam). Een nieuwe ondernemer koopt, vanzelfsprekend, liever een 'lege' B.V. met 50 miljoen euro aan compensabele verliezen, dan dat hij een nieuwe B.V. opricht zonder het recht op compensabele verliezen. Vanuit deze gedachte ontstond handel in zogenoemde verlieslichamen. Om deze handel tegen te gaan is art. 20a Wet VPB ingevoerd. Dit artikel bepaalt dat verliezen niet meer verrekenbaar zijn, indien sprake is van een belangrijke wijziging (> 30%) van het uiteindelijke belang, tenzij (cumulatief) is voldaan aan de beleggingstoets¹⁸⁹, activiteitentoets¹⁹⁰ en de intentietoets^{191, 192}.

Indien Nederland kiest om de verrekening over de tijd in het kader van de earningsstripping-bepaling te implementeren, kan een handel in rentelichamen ontstaan: een nieuwe ondernemer koopt nou eenmaal liever een B.V. waarin nog recht is op renteaftrek dan een B.V. waarin dit niet is. Voorgaande zal, in de ogen van de wetgever, niet gewenst zijn, aangezien renteaftrek is bedoeld ter 'compensatie' van gemaakte rentekosten door de onderneming. Handel in rentelichamen leidt ertoe dat een onderneming recht heeft op renteaftrek, terwijl de rentekosten feitelijk niet zijn gemaakt door de betreffende onderneming. Voorgaande betekent, mijns inziens, dat als verrekening over de tijd wordt

¹⁸⁸ Het Regeerakkoord 2017-2021 (N146 p. 67) geeft aan dat de *carry forward* moet worden beperkt naar 6 jaar, maar tot op heden heeft nog geen wetswijziging plaatsgevonden.

¹⁸⁹ Er is, kort gezegd, voldaan aan de beleggingstoets, indien bezittingen van belastingplichtige in het verliesjaar voor minder dan drie maanden grotendeels uit beleggingen bestaan (art. 20a lid 4 eerste volzin Wet VPB).

¹⁹⁰ Er is, kort gezegd, voldaan aan de activiteitentoets, indien de werkzaamheden, direct voorafgaand aan de wisseling van aandeelhouders, niet met meer dan 70% zijn afgenomen ten opzichte van het oudste verliesjaar (art. 20a lid 4 onderdeel a Wet VPB).

¹⁹¹ Er is, kort gezegd, voldaan aan de intentietoets, indien belastingplichtige ten tijde van de aandeelhouderswisseling geen intentie heeft om binnen drie jaar na de wisseling van aandeelhouders de werkzaamheden te laten afnemen met meer dan 70% (art. 20a lid 4 onderdeel b Wet VPB).

¹⁹² Dit geldt zowel voor voorwaartse als achterwaartse verrekening. Een situatie met achterwaartse verrekening zal echter minder vaak voorkomen, omdat de *carry back* maar 1 jaar betreft.

toegestaan, eveneens regels moeten worden gesteld om handel in rentelichamen tegen te gaan. Naar mijn mening kan de wetgever hiervoor het best aansluiten bij de regels die art. 20a Wet VPB stelt betreffende de handel in verlieslichamen.

De handel in rentelichamen is niet het enige aspect waarmee rekening moet worden gehouden als een verrekening over de tijd wordt geïmplementeerd. Andere aspecten betreffen situaties, gegeven dat de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau wordt toegepast, waarbij een belastingplichtige niet langer tot dezelfde groep in een lidstaat behoort of juist tot een bestaande groep in een lidstaat gaat behoren. De vraag rijst dan hoe moet worden omgegaan met nog te verrekenen financieringskostensurplus of nog voort te wentelen rentecapaciteit. Naar mijn mening is deze situatie vergelijkbaar met het aangaan of verbreken van een fiscale eenheid. Derhalve moet in die situaties eveneens zo veel mogelijk worden aangesloten bij de huidige regelgeving voor verliesverrekening in het kader van het aangaan of verbreken van een fiscale eenheid.¹⁹³

8.2.4. *Subconclusie*

De verrekening over de tijd, in zijn algemeenheid, leidt ertoe dat het procyclische effect van de hoofdregel voor de belastingplichtige minder sterk uitwerkt. Het procyclische effect is economisch nadelig voor belastingplichtige. Dit betekent dat het (gedeeltelijk) wegnemen van dit effect een positief gevolg is van de implementatie van een verrekening over de tijd. Daarbij komt dat de implementatie van een verrekening over de tijd, kijkend naar de doelstelling betreffende het tegengaan van belastingontwijking, niet ten koste gaat van de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Tot slot heb ik hiervoor ook opgemerkt dat aanvullende regelgeving nodig is om de verrekening over de tijd in goede banen te leiden en te zorgen dat geen misbruik kan worden gemaakt van deze verrekening over de tijd (bijvoorbeeld door middel van de handel in rentelichamen). Deze aanvullende regelgeving gaat, mijns inziens, ten koste van de eenvoud van het Nederlandse belastingstelsel. De vraag rijst derhalve of het positieve gevolg van het tegengaan van de procyclische werking opweegt tegen het ingewikkelder worden van het Nederlandse belastingstelsel. Mijns inziens moet deze vraag bevestigend worden beantwoord, omdat voor de extra benodigde regelgeving grotendeels kan worden aangesloten bij reeds bestaande regelgeving aangaande de verrekening van verliezen. Naar mijn mening moet Nederland derhalve in ieder geval een verrekening over de tijd implementeren in de Nederlandse wet.

Vervolgens rijst de vraag voor welke soort verrekening over de tijd Nederland moet kiezen. In principe geldt hoe ruimer de verrekening over de tijd, hoe minder nadelige procyclische gevolgen de belastingplichtige ervaart. De voortwenteling van de rentecapaciteit is vijf jaren, terwijl de terugwenteling van het financieringskostensurplus maar drie jaren betreft. Op basis hiervan moet Nederland dus kiezen voor voortwenteling van de rentecapaciteit. Daarbij zou als voordeel van de voortwenteling van de rentecapaciteit kunnen worden meegenomen dat deze het procyclische effect daadwerkelijk (gedeeltelijk) oplost. De terugwenteling van het financieringskostensurplus verkleint daarentegen slechts de negatieve gevolgen hiervan. Het resultaat over de tijd heen is echter voor belastingplichtige hetzelfde, waardoor dit, mijns inziens, niet uitmaakt.

¹⁹³ Zie hiervoor o.a. de artikelen 15ae en 15af Wet VPB.

Uit voorgaande concludeer ik dat, gezien vanuit de gevolgen van de verrekening over de tijd, Nederland moet kiezen voor de onbeperkte voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus en maximaal vijf jaren voortwenteling van het niet benutte deel van de rentecapaciteit. Nederland moet daarbij aanvullende regelgeving implementeren om de verrekening over de tijd in goede banen te leiden.

8.3. Overgangsrecht

De eerbiedigende werking houdt in dat de earningsstripping-bepaling geen toepassing vindt op leningen die zijn afgesloten vóór 17 juni 2016 (hierna: oude leningen). De earningsstripping-bepaling vindt in dat geval slechts toepassing op wijzigingen van oude leningen of leningen afgesloten vanaf 17 juni 2016 (hierna: nieuwe leningen). Voornamelijk belastingplichtigen die leningen bezitten die niet eenvoudig kunnen worden afgelost en geherfinancierd, hebben baat bij de implementatie van de eerbiedigende werking. Deze belastingplichtigen kunnen hun financieringsstructuur namelijk niet gemakkelijk aanpassen naar aanleiding van veranderende wetgeving. Door middel van een eerbiedigende werking kunnen deze belastingplichtigen tijdelijk worden ontzien.¹⁹⁴

Volgens Schuver¹⁹⁵ is de vraag of een eerbiedigende werking moet worden geïmplementeerd afhankelijk van een aantal beginselen van behoorlijk overgangsbeleid. Dit zijn I) het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen (hierna: rechtszekerheid), II) het non-discriminatiebeginsel, III) het beginsel van technische en financiële uitvoerbaarheid en IV) doelstellingen in het algemeen belang.¹⁹⁶ Het laatste beginsel komt terug in de effectiviteitstoets. De eerste drie beginselen houden daarentegen verband met de gevolgen voor belastingplichtige. De anti-ontwijkingsrichtlijn moet van zichzelf al voldoen aan een gelijke behandeling van belastingplichtigen en zodoende aan het non-discriminatiebeginsel. Derhalve focust dit onderzoek zich op de afweging tussen rechtszekerheid en de technische en financiële uitvoerbaarheid van de eerbiedigende werking.¹⁹⁷

Voordat ik echter deze afweging ga maken, moet eerst worden bepaald of de overwegingen die hebben geleid tot het tot stand komen van de nieuwe regeling, ruimte bieden voor een eerbiedigende werking.¹⁹⁸ Met andere woorden: moeten maatregelen die zijn gericht op het tegengaan van belastingontwijking überhaupt in aanmerking komen voor overgangsrecht? Deze vraag moet, naar

¹⁹⁴ Aedes argumenteert, in haar reactie op het consultatiedocument implementatie ATAD 1, in dit kader dat woningcorporaties belastingplichtigen zijn die veel van dit soort leningen hebben. Hoewel in vorig hoofdstuk al is beargumenteerd dat woningcorporaties hard worden geraakt door de earningsstripping-bepaling en het ontzien van deze sector, vanuit economisch oogpunt, dus positief zou zijn, betreft de eerbiedigende werking een tijdelijke oplossing voor deze sector en is dit, mijns inziens, geen voldoende (op zichzelf staande) reden om deze escape voor iedere belastingplichtige te implementeren.

¹⁹⁵ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Universiteit Leiden 2009, p. 368.

¹⁹⁶ Schuver noemt ook nog het beginsel 'eigendomsrecht'. Hiermee doelt zij op een eventuele schending van het eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM. Echter de criteria voor deze toets worden vaak (ten gunste van de wetgever) in de praktijk heel ruim uitgelegd, waardoor een schending van dit eigendomsrecht, volgens Schuver in fiscale overgangssituaties maar heel zelden voorkomt. Ik zal dit derhalve niet verder meenemen in dit onderzoek.

¹⁹⁷ Dit komt doordat de anti-ontwijkingsrichtlijn in zijn uitgangspunt al moet voldoen aan het non-discriminatiebeginsel. Derhalve ga ik niet verder in op een toets aan dit beginsel.

¹⁹⁸ Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 169, toelichting.

mijn mening, in het kader van de earningsstripping-bepaling, bevestigend worden beantwoord. De earningsstripping-bepaling is namelijk een geheel nieuwe bepaling¹⁹⁹, waarvan de doelstelling weliswaar het tegengaan van belastingontwijking betreft, maar welke is vormgegeven aan de hand van een zeer algemene rekenregel, die naar aard niet direct aansluit bij belastingontwijking. Voorgaande leidt ertoe dat de earningsstripping-bepaling naar karakter in aanmerking moet komen voor een eerbiedigende werking. Zodoende moet tenminste een afweging worden gemaakt of de eerbiedigende werking dan ook daadwerkelijk moet worden geïmplementeerd.

8.3.1. *Rechtszekerheid*

Positief gevolg van het implementeren van de eerbiedigende werking is dat rechtszekerheid van de belastingplichtige wordt gewaarborgd. Rechtszekerheid houdt in dit geval in dat belastingplichtigen niet 'plotseling' worden geconfronteerd met het feit dat rente op bestaande financieringen met vreemd vermogen niet langer aftrekbaar is. Indien geen eerbiedigende werking wordt opgenomen in de Nederlandse wet kan het namelijk zo zijn dat de belastingplichtige op het moment van het aangaan van de financiering verwachtte dat de rente op deze financiering in aftrek kon worden genomen. De wet kende immers op dat moment nog geen earningsstripping-bepaling. Zonder een eerbiedigende werking leidt de earningsstripping-bepaling ertoe dat de rente op deze bestaande financiering toch in aftrek wordt beperkt. Dit maakt een inbreuk op de rechtszekerheid van de belastingplichtige. Voorgaande is het voornaamste argument van partijen om de eerbiedigende werking te implementeren.²⁰⁰

8.3.2. *Het beginsel van technische en financiële uitvoerbaarheid*

Het beginsel van technische en financiële uitvoerbaarheid betreft – gezegd in andere woorden – de praktische uitvoerbaarheid en uitvoeringskosten van een eerbiedigende werking. Schuver geeft ten aanzien van dit beginsel in haar proefschrift aan, dat zij verwacht dat de een eerbiedigende werking waarschijnlijk in het algemeen makkelijk uitvoerbaar is.²⁰¹ In het kader van de earningsstripping-bepaling en de samenloop met huidige specifieke renteaftrekbeperkingen denk ik echter dat dit niet het geval is. Negatieve gevolgen van het implementeren van een eerbiedigende werking zijn namelijk de extra uitvoeringskosten voor zowel belastingplichtige als voor de Belastingdienst. Het hanteren van twee regels naast elkaar zal immers leiden tot meer uitvoeringskosten dan het hanteren van slechts één regel. In onderhavig geval gaat het dan om een samenloop tussen enerzijds het huidige systeem van specifieke renteaftrekbeperkingen, zoals bijvoorbeeld art. 10a, 13l en 15ad Wet VPB, en anderzijds de earningsstripping-bepaling. Indien specifieke renteaftrekbeperkingen niet worden afgeschaft, is, ongeacht implementatie van de eerbiedigende werking, eveneens sprake van een samenloop tussen de huidige regelgeving van specifieke renteaftrekbeperkingen en de earningsstripping-bepaling. De uitvoeringskosten die hiermee gepaard gaan moeten derhalve niet worden verward met de extra uitvoeringskosten die gevolg zijn van de implementatie van de eerbiedigende werking. In dit kader zijn een viertal uitwerkingen mogelijk:

¹⁹⁹ Indien sprake was geweest van reparatiewetgeving in het kader van belastingmisbruik ben ik een andere mening toegedaan.

²⁰⁰ Zie bijvoorbeeld: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1, Amsterdam: 21 augustus 2017, p. 6-7 (online publiek); Reactie Vakstudie-Nieuws op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 10 juli 2017, p. 6 (online publiek).

²⁰¹ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Universiteit Leiden 2009, p. 376.

	Niet afschaffen specifieke renteaftrekbeperkingen	Wel afschaffen specifieke renteaftrekbeperkingen
Wel eerbiedigende werking	<p>Oude leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen</p> <p>Wijzigingen op oude leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen & Earningsstripping-bepaling</p> <p>Nieuwe leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen & earningsstripping-bepaling</p>	<p>Oude leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen</p> <p>Wijzigingen op oude leningen: Earningsstripping-bepaling</p> <p>Nieuwe leningen: Earningsstripping-bepaling</p>
Geen eerbiedigende werking	<p>Oude leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen & earningsstripping-bepaling</p> <p>Wijzigingen op oude leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen & earningsstripping-bepaling</p> <p>Nieuwe leningen: Specifieke renteaftrekbeperkingen & earningsstripping-bepaling</p>	<p>Oude leningen: Earningsstripping-bepaling</p> <p>Wijzigingen op oude leningen: Earningsstripping-bepaling</p> <p>Nieuwe leningen: Earningsstripping-bepaling</p>

Slechts de situaties waarbij op oude leningen specifieke renteaftrekbeperkingen van toepassing zijn en op wijzigingen van oude leningen en nieuwe leningen (een combinatie van specifieke renteaftrekbeperkingen en) de earningsstripping-bepaling van toepassing is, betreffen een samenloop, met bijbehorende extra uitvoeringskosten, die het gevolg is van de eerbiedigende werking. Als de eerbiedigende werking in deze situatie namelijk niet was geïmplementeerd, was ofwel überhaupt geen sprake geweest van een samenloop, dan wel slechts sprake geweest van een samenloop veroorzaakt door de keuze om specifieke renteaftrekbeperkingen niet af te schaffen. De gevolgen van de samenloop voor de belastingplichtige naar aanleiding van de eerbiedigende werking beschrijf ik hierna.

8.3.3. *Gevolgen van de samenloop naar aanleiding van de eerbiedigende werking*

Belangrijkste uitgangspunt bij een eerbiedigende werking is, vanzelfsprekend, dat oude leningen niet onder het nieuwe regime²⁰² mogen vallen en dat nieuwe leningen (en wijzigingen op oude leningen) niet onder het oude regime²⁰³ mogen vallen.²⁰⁴ In dit kader argumenteert de NOB, in haar reactie op de internetconsultatie, dat een onevenwichtig resultaat kan ontstaan. Dit (onevenwichtige) resultaat ontstaat, indien voor de toepassing van het oude regime slechts oude leningen in aanmerking worden genomen en voor de toepassing van het nieuwe regime slechts de nieuwe leningen. In sommige gevallen kan het bijvoorbeeld zo zijn dat de rente op oude en nieuwe leningen tezamen wel uitkomt

²⁰² Met 'nieuw regime' bedoel ik zowel de earningsstripping-bepaling als de combinatie van specifieke renteaftrekbeperkingen en de earningsstripping-bepaling.

²⁰³ Met 'oud regime' bedoel ik het huidige stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen.

²⁰⁴ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1, Amsterdam: 21 augustus 2017, p. 6-7 (online publiek)

boven 30% van de *ebitda*, maar dat indien slechts wordt gekeken naar de rente op nieuwe leningen, deze rente niet uitkomt boven 30% van de *ebitda*. De belastingplichtige wordt dan, door de implementatie van de eerbiedigende werking, niet geraakt door de earningsstripping-bepaling, terwijl dit eigenlijk wel het geval zou moeten zijn. De NOB pleit er daarom voor - en ik ben het met hen eens - dat bij de bepaling van de aftrekbaarheid van de rente, voor zowel het oude als het nieuwe regime, alle schulden mee moeten tellen. De niet-aftrekbare rente moet vervolgens naar rato worden toegedeeld. Ik illustreer dit aan de hand van het volgende voorbeeld: stel, op grond van de earningsstripping-bepaling is € 120 van de totale rente van € 300 niet aftrekbaar. Dit is 40%. Stel, 20% van de totale rente behoort tot leningen die onder het nieuwe regime vallen: dit dus € 60. Derhalve wordt de rente op nieuwe leningen beperkt voor 40% van € 60, te weten € 24. De overige € 36 aan rente op nieuwe leningen is dan wel aftrekbaar.

Bij dit voorbeeld moet, mijns inziens, nog worden opgemerkt dat ik heb aangegeven welk deel van de leningen onder het oude en welk deel van de leningen onder het nieuwe regime valt. Echter, gegeven het feit dat bij wijzigingen in oude leningen slechts het deel van de wijziging onder het nieuwe regime valt, kan het in de praktijk moeilijk zijn om precies te bepalen welk deel van de lening onder het oude en welk deel onder het nieuwe regime valt.

Uit voorgaande blijkt dus dat indien eerbiedigende werking wordt geïmplementeerd elke belastingplichtige I) een volledige analyse (met alle leningen) voor het oude regime moet maken, II) een volledige analyse (met alle leningen) voor het nieuwe regime moet maken, III) vervolgens moet bepalen welke (delen van zijn) leningen onder welk regime vallen en tot slot IV) naar rato moet toerekenen welk deel van de rente wel/niet aftrekbaar is. Dit zal, vanzelfsprekend, leiden tot veel meer uitvoeringskosten dan indien belastingplichtige slechts een volledige analyse (met alle leningen) van het nieuwe regime moet maken. Voorgaand wordt versterkt door het feit dat het oude regime van specifieke renteaftrekbeperkingen wordt ervaren als bijzonder ingewikkeld.

8.3.4. Rechtszekerheid versus uitvoeringskosten en praktische uitvoerbaarheid

Tot slot wordt weer teruggekomen bij de eerste vraag: wegen de extra uitvoeringskosten en moeilijke praktische uitvoering op tegen de rechtsonzekerheid van belastingplichtige? Hoewel deze vraag in principe per belastingplichtige anders kan worden beantwoord, verwacht ik echter dat de extra uitvoeringskosten voor veel belastingplichtigen van dusdanige omvang zullen zijn dat de rechtszekerheid hier niet tegenop weegt. Daarbij komt dat je je kunt afvragen in hoeverre sprake is van rechtszekerheid voor belastingplichtigen, indien zij twee ingewikkelde regimes naast elkaar moeten hanteren. Met één regime is het voor belastingplichtige vaak al ingewikkeld om te bepalen in hoeverre zij recht heeft op renteaftrek. Dit wordt alleen maar ingewikkelder met twee regimes. Bezien vanuit de gevolgen van de earningsstripping-bepaling moet derhalve, mijns inziens, de eerbiedigende werking niet door Nederland worden geïmplementeerd.

8.3.5. Effectiviteit

Naast het feit dat voorgaande al laat zien dat het implementeren van de eerbiedigende werking niet ten goede komt aan de eenvoud van het Nederlandse belastingstelsel, komt de implementatie van de eerbiedigende werking eveneens niet ten goede van de doelstelling om belastingontwijking tegen te gaan. De earningsstripping-bepaling werkt, vanzelfsprekend, (tijdelijk) minder effectief als deze niet op alle leningen van toepassing is. Rente die op grond van de earningsstripping-bepaling niet aftrekbaar zou zijn, kan, door middel van het overgangsrecht, immers toch in aftrek worden

toegestaan. De implementatie van de eerbiedigende werking leidt er zodoende toe dat het langer duurt voordat belastingontwijking wordt tegengegaan. Derhalve, gezien vanuit de doelstelling van de earningsstripping-bepaling, moet eerbiedigende werking eveneens niet worden geïmplementeerd door Nederland.

8.3.6. Subconclusie

Naar aanleiding van bovenstaande kan ik concluderen dat Nederland de earningsstripping-bepaling moet implementeren zonder eerbiedigende werking voor bestaande leningen. Dit komt doordat ik enerzijds verwacht dat voor de meeste belastingplichtigen de rechtszekerheid, die wordt behouden door middel van de implementatie van de eerbiedigende werking, niet opweegt tegen de extra uitvoeringskosten van de eerbiedigende werking. Anderzijds komt de implementatie van de earningsstripping-bepaling eveneens niet ten goede aan de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Overgangsrecht gaat immers ten koste van de eenvoud van het belastingstelsel en leidt ertoe dat het langer duurt voordat belastingontwijking wordt tegengegaan.

8.4. Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de volgende escapes centraal: I) de verrekening over de tijd en II) de eerbiedigende werking. Voor beide escapes is naar voren gekomen wat de gevolgen zijn van de verschillende keuzes die Nederland kan maken. Vervolgens heb ik beoordeeld of en zo ja, op welke wijze, Nederland de betreffende escapes moet implementeren. Schematisch ziet dit er als volgt uit:

Hoofdregel	Escape	Keuzemogelijkheden	Implementatie
Het financieringskosten-surplus kan worden afgetrokken voor 30% van de <i>ebitda</i> .	Verrekening over de tijd	I) Onbeperkt <i>carry forward</i> , II) onbeperkt <i>carry forward</i> en drie jaar <i>carry back</i> of III) onbeperkt <i>carry forward</i> en vijf jaar voortwenteling van de onbenutte rentecapaciteit.	Implementatie van de verrekening over de tijd in de vorm van onbeperkte <i>carry forward</i> en vijf jaar voortwenteling van de onbenutte rentecapaciteit. Belangrijk hierbij is dat ook aanvullende regels worden opgenomen in de Nederlandse wet aangaande de handel in rentelichamen en 'het aangaan/verbreken van een groep op lidstaatniveau'.
	Eerbiedigende werking	Voor alle leningen of slechts leningen van en aan een derde.	Geen implementatie van de eerbiedigende werking.

9. Hoofdstuk 9: Conclusie

Renteaftrek in de vennootschapsbelasting leidt er in de praktijk toe dat belastingplichtigen gekunstelde, fiscaal gedreven constructies opzetten. Op deze manier wordt zoveel mogelijk rente van de winst afgetrokken en zodoende zo min mogelijk belasting betaald. Deze vorm van (kunstmatig gecreëerde) renteaftrek wordt vaak bestempeld als belastingontwijking. In het huidige tijdperk is steeds meer aandacht gekomen voor belastingmisbruik. Dit heeft ertoe geleid dat landen gezamenlijk wetgeving ontwikkelen om belastingontwijking aan de hand van winstverschuiving en grondslaguitholling tegen te gaan. Eén van deze initiatieven betreft de zogenoemde anti-ontwijkingsrichtlijn van de Europese Unie die is aangenomen op 12 juni 2016. Onderdeel van deze anti-ontwijkingsrichtlijn is de zogenoemde earningsstripping-bepaling. Deze bepaling betreft een generieke renteaftrekbeperking die per 1 januari 2019 in de Nederlandse wet moet zijn geïmplementeerd. Als wordt gekeken naar de richtlijntekst wordt duidelijk dat, naast de verplicht te implementeren hoofdregel, Nederland kan kiezen om een achttal escapes in te voeren ter verruiming van die hoofdregel. Bovendien bevindt zich binnen de hoofdregel en de escapes nog een aantal keuzemogelijkheden.

De veelheid aan keuzes resulteert in de vraag welke (combinatie van) keuzes Nederland moet maken ten aanzien van de earningsstripping-bepaling. Hoewel de anti-ontwijkingsrichtlijn al ter consultatie is aangeboden en in dit consultatiedocument en het later gepubliceerde regeerakkoord al (voorzichtig) een aantal keuzes worden gemaakt, is nog geen sprake van definitieve wetsvoorstellen. Daarbij komt dat, mijns inziens, in deze stukken een gedegen onderbouwing ontbreekt. Naar mijn mening moet de vraag op welke wijze Nederland de earningsstripping-bepaling moet implementeren in haar nationale wet afhangen van een drietal gevolgen. Dit betreft I) de gevolgen voor de belastingplichtige, II) de gevolgen voor het huidige kader van wet- en regelgeving en III) de gevolgen voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. In deze scriptie heb ik onderzoek gedaan naar de verschillende, hiervoor genoemde, gevolgen en geef ik een advies over de wijze van implementatie. Dit advies is ook nadat de earningsstripping-bepaling is geïmplementeerd nog relevant, namelijk indien een (ander) kabinet de geïmplementeerde bepaling wenst aan te passen. De hoofdvraag van deze scriptie luidt als volgt:

Op welke wijze moet de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet, indien rekening wordt gehouden met de eventuele gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling?

Om deze hoofdvraag te beantwoorden zijn negen deelvragen opgesteld. In het tweede hoofdstuk stond de earningsstripping-bepaling met al haar verschillende escapes en keuzemogelijkheden centraal. De eerste deelvraag luidde derhalve als volgt:

Welke keuzemogelijkheden heeft Nederland met betrekking tot de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?

De verschillende keuzemogelijkheden kunnen schematisch worden weergegeven:

Hoofdregel	Escape	Keuzemogelijkheden	Aanvullende keuzes
Het financieringskosten-surplus kan worden afgetrokken voor 30% van de <i>ebitda</i> .		Verlaging van het percentage van 30%.	
		Berekening op basis van <i>ebit</i> in plaats van <i>ebitda</i> .	
	Toepassing van de earningsstripping-bepaling op lidstaatniveau.	Berekening op het niveau van het groepsregime (in NL: fiscale eenheidsniveau) of berekening op het niveau van alle entiteiten in de lidstaat, ongeacht eventueel groepsregime.	
	Franchise van € 3.000.000	Verlaging van de franchise.	
		‘Hoogste-van-de-twee-methode’ of ‘alles-of-niets-methode’.	
	Uitsluiting van een ‘op-zichzelf-staande-entiteit’.		
	Eerbiedigende werking	Voor alle leningen of slechts leningen van en aan een derde.	
	Uitsluiting voor leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten.		
Groepsescape	EV-uitzondering		

		<i>Ebitda</i> -uitzondering	Wijze van berekening van het financieringskosten-surplus van een derde.
			Wijze van de bepaling van een derde.
	Verrekening over de tijd	I) Onbeperkt <i>carry forward</i> , II) onbeperkt <i>carry forward</i> en drie jaar <i>carry back</i> of III) onbeperkt <i>carry forward</i> en vijf jaar voortwenteling van de onbenutte rentecapaciteit.	
	Uitsluiting van financiële ondernemingen.		

Zodat in de hoofdstukken 5 tot en met 8 kon worden beoordeeld of bepaalde keuzes bijdragen aan de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, stond in hoofdstuk 3 de volgende deelvraag centraal:

Wat is de doelstelling van de earningsstripping-bepaling uit de anti-ontwijkingsrichtlijn?

De belangrijkste doelstelling van de earningsstripping-bepaling betreft het tegengaan van belastingontwijking aan de hand van winstverschuiving en grondslaguitholling. Belastingontwijking aan de hand van renteaftrek kent een drietal risicoscenario's: I) het alloceren van rentekosten aan hoog belaste landen, II) het kunstmatig creëren van extra rentekosten en/of III) het gebruiken van vreemd vermogen om vrijgestelde deelnemingsvoordelen te behalen. In dit kader heb ik benadrukt dat pas sprake is van belastingontwijking, indien het resultaat van gedane rechtshandelingen niet overeenkomt met de economische realiteit.

Naast de doelstelling, zoals opgesteld door de OESO/Europese Unie, kent Nederland ook aanvullende doelstellingen met betrekking tot haar belastingstelsel. Deze doelstellingen moeten bij de implementatie van een effectieve earningsstripping-bepaling eveneens een rol spelen. Dit betreft enerzijds de doelstelling dat eigen vermogen en vreemd vermogen gelijkjer moeten worden behandeld en anderzijds de doelstelling dat het Nederlandse belastingstelsel zo eenvoudig mogelijk moet zijn.

Om vervolgens naast de effectiviteit ook de gevolgen voor belastingplichtigen van de earningsstripping-bepaling te kunnen bepalen, is eerst van belang wie er worden geraakt door deze earningsstripping-bepaling. Deelvraag 4, die hoort bij hoofdstuk 4, luidt dan ook als volgt:

Welke soorten belastingplichtigen worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling?

In dit hoofdstuk heb ik vier algemene factoren bepaald die ervoor zorgen dat een belastingplichtige een grotere kans heeft om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Deze factoren zijn: I) een hoge schuldratio, II) een lage ratio *ebitda*/balanstotaal (lage winsten of een kapitaalintensieve onderneming), III) hoge rentepercentages op vreemd vermogen en tot slot IV) een lage verhouding tussen in- en uitlenen.

Naast deze algemene factoren heb ik een viertal specifieke sectoren onderzocht. Dit zijn achtereenvolgens de vastgoedsector, de *private equity* sector, de publiek-private samenwerking en de financiële ondernemingen. Voor de eerste drie sectoren heb ik bepaald dat zij (hard) zullen worden geraakt door de earningsstripping-bepaling, omdat zij (een combinatie van) hoge schuldratio's, hoge balanstotalen en/of lage winsten hebben. Voor de financiële sector daarentegen heb ik geoordeeld dat veruit het grootste deel van die groep niet wordt geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Dit komt doordat zij ofwel een negatief financieringskostensurplus zullen hebben dan wel zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting.

Tot slot heb ik aan de hand van onderzoeken van DNB, Vrijburg en Speet beoordeeld of het MKB of juist grote ondernemingen meer risico lopen om te worden geraakt door de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling. Hogere schuldratio's en hogere rentepercentages in het MKB hebben ertoe geleid dat, hoewel ik van mening ben dat nader empirisch onderzoek moet plaatsvinden om dit met volledige zekerheid te zeggen, een grote kans bestaat dat het MKB harder wordt geraakt dan grote ondernemingen.

Vervolgens, in de hoofdstukken 5 tot en met 8, heb ik voor alle escapes afzonderlijk bepaald wat de gevolgen zijn van die escapes met bijbehorende keuzemogelijkheden. Dit betreffen de gevolgen voor I) de belastingplichtige, II) het huidige kader van wet- en regelgeving en III) de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Naar aanleiding van deze gevolgen heb ik voor iedere escape/keuzemogelijkheid bepaald of en zo ja, op welke wijze, deze in de Nederlandse wet moet worden geïmplementeerd. De eerste deelvraag van hoofdstuk 5 luidde als volgt:

Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welke wijze moet de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet?

In het kader van het percentage aftrekbaarheid van de hoofdregel is in hoofdstuk 5 de afweging gemaakt tussen het risico op extra economisch dubbele belasting voor de belastingplichtige bij een verlaging van het percentage en de hoeveelheid ruimte de belastingplichtige heeft om meer dan alleen haar derdenrente af te trekken. Het risico op extra economisch dubbele belasting pleit voor een percentage aftrekbaarheid van 30%, terwijl de ruimte voor renteaftrek anders dan derdenrente pleit

voor een percentage aftrekbaarheid van 10%. Het is in dit kader lastig om te bepalen welk aspect het belangrijkste is. Echter, gezien in samenhang met het implementeren van de *ebitda*-uitzondering – die ertoe leidt dat tenminste alle derdenrente op concernniveau aftrekbaar is – heb ik beargumenteerd dat het percentage aftrekbaarheid moet worden verlaagd naar 10%.

Naast een verlaging van het percentage aftrekbaarheid moet, mijns inziens, de aftrekbaarheid van het financieringskostensurplus worden berekend op basis van *ebitda*. De berekening op basis van *ebit* (of *ebitd*), ten opzichte van *ebitda*, leidt er namelijk toe dat de kapitaalintensieve sector nóg harder wordt geraakt door de earningsstripping-bepaling. Zowel vanuit economisch oogpunt als vanuit de doelstelling van het tegengaan van belastingontwijking is hier geen reden toe. Daarbij komt dat de berekening op basis van *ebit* de procyclische werking versterkt. Dit is, vanzelfsprekend, een negatief gevolg voor de belastingplichtige.

De tweede deelvraag van hoofdstuk 5 luidt als volgt:

Bezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, op welk niveau moet de earningsstripping-bepaling worden toegepast?

Ik ben van mening dat de earningsstripping-bepaling moet worden toegepast op het niveau van de lidstaat. Deze afweging is gemaakt op basis van de volgende, schematisch weergegeven, argumenten:

Toepassing	Economisch gelijkwaardige situaties ongelijk behandelen?	Mogelijkheid tot belastingontwijking?	Praktische moeilijkheden (eenvoud) en hoge uitvoeringskosten?	Problemen in combinatie met de per-element-benadering?
Toepassing per entiteit	Ja	Ja	Ja	Nee
Toepassing op fiscale eenheidsniveau	Ja	Ja	Nee	Ja
Toepassing op lidstaatniveau	Nee	Nee	Ja	Nee

Naar mijn mening wegen de praktische moeilijkheden, die vanzelfsprekend ten koste gaan van de eenvoud van het belastingstelsel, niet op tegen de combinatie van economisch gelijkwaardige situaties ongelijk behandelen en ineffectieve implementatie.

Hoofdstuk 6 betreft de escapes in de vorm van uitsluitingen. In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal:

Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de escapes met betrekking tot uitsluitingen implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet Nederland deze uitsluitingen implementeren?

Schematisch weergegeven kan de deelvraag als volgt worden beantwoord:

Uitsluiting	Gevolgen	Gemaakte keuze
Franchise	Het MKB wordt feitelijk uitgesloten. Dit is terecht, omdat het MKB harder wordt geraakt door de hoofdregel en bij het MKB minder risico lijkt te bestaan op belastingontwijking. Daarbij komt dat door middel van de franchise wordt gefocust op substantiële belastingontwijking. Tot slot past een franchise goed in het huidige kader van wet- & regelgeving (zie bijv. de franchise van art. 13l en 15ad Wet VPB).	Implementeren van de franchise
Verlaging van de franchise	€ 1.000.000 past beter bij de definitie van MKB dan € 3.000.000. Daarbij komt dat de huidige lage rentestand en de groei van de Nederlandse economie aanwijzingen zijn om de franchise te verlagen en het implementeren van een te hoge franchise kan leiden tot een paradoxaal effect. Als laatste is € 1.000.000 meer in lijn met de franchises die we al kennen.	Verlaging van de franchise naar € 1.000.000
Berekeningsmethode	De 'alles-of-niets-methode' kan onevenredig uitwerken voor belastingplichtige	Hoogste-van-de-twee-methode
Uitsluiting van een 'op-zichzelf-staande-entiteit'	De uitsluiting op zichzelf is, vanzelfsprekend, gunstig voor belastingplichtige. Daarbij kent een 'op-zichzelf-staande-entiteit' weinig risico op belastingontwijking. Vanuit het kader van huidige wet- en regelgeving adviseer ik echter om het percentage verbondenheid van 33 1/3% van art. 10a Wet VPB te verlagen naar 25%. Dit komt ten goede aan de eenvoud van het belastingstelsel.	Implementeren van de uitsluiting van een 'op-zichzelf-staande-entiteit'
Uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten	De uitsluiting op zichzelf is, vanzelfsprekend, gunstig voor belastingplichtige. Daarbij komt dat indien de escape niet wordt geïmplementeerd lopende 'van algemeen belang zijnde' projecten verkeerd zijn geprijsd en tot problemen kunnen leiden in de uitvoering. De aard van de projecten en de verwikkeling met de publieke sector geven daarnaast aanleiding om te verwachten dat geen sprake is van belastingontwijking. Verder is het overgrote deel van deze projecten extern gefinancierd, en zodoende zakelijk. Tot slot is, in tegenstelling tot wat de wetgever suggereert, waarschijnlijk geen sprake van een moeilijke cijfermatige uitwerking.	Implementeren van de uitsluiting van leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten
Uitsluiting van financiële ondernemingen	Het overgrote deel van de financiële ondernemingen wordt niet geraakt door de earningsstripping-bepaling. Uitsluiting leidt tot de zekerheid dat alle financiële ondernemingen hetzelfde worden behandeld. Daarnaast is de Nederlandse regering bezig met een thin-cap-achtige regel om belastingontwijking bij financiële ondernemingen tegen te gaan. Belastingontwijking wordt dus voor deze ondernemingen al aangepakt.	Implementeren van de uitsluiting van financiële ondernemingen

Hoofdstuk 7 behandelt de volgende deelvraag:

Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, een groepsescape implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de groepsescape implementeren?

Naar mijn mening moet Nederland de *ebitda*-uitzondering in de Nederlandse wet implementeren, waarbij de berekening plaatsvindt aan de hand van het gecorrigeerde financieringskostensurplus en onder 'derden' moet worden verstaan alle niet-gelieerde entiteiten die niet zijn opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Kort gezegd zijn de belangrijkste overwegingen als volgt: hoewel de EV-uitzondering ruimer uitwerkt, doordat deze leidt tot aftrek van het volledige financieringskostensurplus, kan deze voor de belastingplichtige onredelijk uitwerken. Daarnaast leidt de systematiek van de *ebitda*-uitzondering ertoe dat precies de belastingplichtigen die hard door de hoofdregel worden geraakt, verruiming kunnen krijgen ten aanzien van deze hoofdregel. Daarbij komt dat de EV-uitzondering niet aansluit bij gelieerde ondernemingen, waardoor deze uitzondering, mijns inziens, minder goed de doelstelling van de earningsstripping-bepaling nastreeft. Als laatste geeft het onvoorspelbaarheidskarakter van de *ebitda*-uitzondering een *incentive* aan belastingplichtige om aan te sluiten bij haar reële financieringsbehoefte.

Tot slot heb ik in dit hoofdstuk nog beoordeeld dat, indien de *ebitda*-uitzondering wordt geïmplementeerd, zowel de vastgoedsector als de *private equity* sector verzachting kan krijgen van de gevolgen van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

Tot slot komen in hoofdstuk 8 de verrekening over de tijd en de mogelijkheid tot overgangsrecht aan bod. De eerste hoofdvraag luidt als volgt:

Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, de escape met betrekking tot de verrekening over de tijd implementeren in de Nederlandse wet? Zo ja, op welke wijze moet zij de verrekening over de tijd implementeren?

Nederland moet, mijns inziens, kiezen voor een verrekening over de tijd aan de hand van een onbeperkte *carry forward* en vijf jaren voortwenteling van de rentecapaciteit. Het belangrijkste voordeel van de verrekening over de tijd is dat de gevolgen van het procyclische effect van de earningsstripping-bepaling worden verzacht. Daarbij komt dat een verrekening over de tijd, gezien vanuit de totaalwinstgedachte in de vennootschapsbelasting, niet ten koste gaat van de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling. Zodoende heb ik gekozen voor een zo ruim mogelijke verrekening over de tijd. Nadeel van een verrekening is dat aanvullende regels moeten worden opgesteld om bepaalde situaties (zoals een eventuele handel in rentelichamen) goed te regelen. Dit gaat ten koste van de eenvoud van het Nederlandse belastingstelsel. Echter, doordat voor deze aanvullende regelgeving veelal kan worden aangesloten bij bepalingen die we al kennen van de verliesverrekening, weegt dit, mijns inziens, niet op tegen de voordelen van het tegengaan van het procyclische effect.

De laatste deelvraag luidde als volgt:

Moet Nederland, gezien vanuit de gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, voorzien in een eerbiedigende werking? Zo ja, op welke wijze moet Nederland de eerbiedigende werking implementeren?

Mijns inziens moet Nederland geen overgangsrecht implementeren, omdat ik verwacht dat de uitvoeringskosten van een eerbiedigende werking in de meeste gevallen niet opwegen tegen de rechtszekerheid die ermee wordt behaald. Daarnaast leidt een eerbiedigende werking (tijdelijk) tot een minder effectieve earningsstripping-bepaling.

Tot slot, bij wijze van antwoord op mijn hoofdvraag, moet de earningsstripping-bepaling, mijns inziens, indien ik rekening houd de eventuele gevolgen voor de belastingplichtige, voor het huidige kader van wet- en regelgeving en voor de effectiviteit van de earningsstripping-bepaling, als volgt worden geïmplementeerd:

- Het financieringskostensurplus is aftrekbaar voor 10% van de *ebitda*;
- De earningsstripping-bepaling wordt toegepast op het niveau van de lidstaat;
- Er wordt een franchise van €1.000.000 geïmplementeerd, die wordt berekend aan de hand van de 'hoogste-van-de-twee-methode';
- De 'op-zichzelf-staande-entiteit' wordt uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling. Voor de eenvoud van het Nederlandse belastingstelsel geniet het de voorkeur dat het percentage verbondenheid uit art. 10a Wet VPB van 33 $\frac{1}{3}$ % wordt verlaagd naar de 25%, zoals opgenomen in de richtlijn;
- Leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten worden uitgesloten van de berekening van het financieringskostensurplus;
- Financiële ondernemingen worden uitgesloten van de werking van de earningsstripping-bepaling;
- Belastingplichtige kan gebruik maken van een groepsescape in de vorm van de *ebitda*-uitzondering. De *ebitda*-uitzondering wordt berekend aan de hand van het gecorrigeerde financieringskostensurplus en onder derden wordt verstaan alle niet-gelieerde entiteiten die niet zijn opgenomen in de commerciële geconsolideerde jaarrekening. Het geniet de voorkeur dat wordt aangesloten bij 'gelieerdheid' in de zin van art. 2 lid 4 anti-ontwijkingsrichtlijn. Indien de wetgever echter wenst om *private equity* niet te ontzien, kan het best ten behoeve van 'gelieerdheid' eveneens worden aangesloten bij de samenwerkende groep, zoals opgenomen in art. 10a Wet VPB;
- Er wordt een verrekening over de tijd geïmplementeerd in de vorm van onbeperkte *carry forward* en vijf jaar voortwenteling van de onbenutte rentecapaciteit. Met de implementatie van een eerbiedigende werking moeten eveneens aanvullende regels worden opgenomen in de Nederlandse wet aangaande bijvoorbeeld de handel in rentelichamen en het aangaan/verbreken van een groep op lidstaatniveau;
- Tot slot wordt geen overgangsrecht geïmplementeerd.

Literatuurlijst

Boeken

De Graaf, Kavelaars en Stevens 2016: A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

PwC 2017: PricewaterhouseCoopers Accountants N.V., *Handboek financiële verslaggeving: Jaarrekening 2017*, Den Haag: Sdu uitgevers 2017.

Stevens en De Smit 2017: L.G.M. Stevens, R.C. de Smit, *Elementair belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017

Tijdschriftartikelen

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

Hoogterp 2017: P. Hoogterp, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147.

Kruithof 2013: J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418.

Rajan en Zingales 1995: R.G. Rajan & L. Zingales, 'What do we know about capital structure? Some evidence from international Data', *The Journal of Finance*, vol. 50, no. 5 (december 1995), p. 1421-1460.

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

Vrijburg 2017: H. Vrijburg, 'Ongelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen is gewenst', *Economisch Statistische Berichten (ESB)* 2017/4753.

Websites

Consultatiedocument 2017: Consultatiedocument implementatie ATAD1, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

CPB 2017: <https://www.cpb.nl/persbericht/economische-groei-trekt-stevig-aan>

Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/>

Rijksoverheid: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk>

Jurisprudentie

Hof van Justitie EU 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg).

Hof van Justitie EU 2 september 2015, C-368/14 (Groupe Steria).

Hof van Justitie EU 25 oktober 2017, C-398/16 C-399/16 (Concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 10.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 7.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 22.

Kamerstukken II 2014/15, nr. 34 267, nr. 2.

Kamerstukken II 2017/18, 34323, nr. 20.

Aanhangsel Handelingen II 2012/13, 435.

Overige stukken

Anti-ontwikingsrichtlijn 2016: Richtlijn 2016/1164/EU van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, (*PbEU 2016, L 193/1*).

Allen & Overy en Loyens & Loeff 2017: Reactie van Allen & Overy en Loyens & Loeff op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Amsterdam: 18 augustus 2017.

DNB 2012: De Nederlandsche Bank, *Overzicht Financiële Stabiliteit Najaar 2012*, nr. 16.

Europese Commissie 2015: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad (17 juni 2015), *Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden*.

Europese Raad 2015: Conclusies van de Raad (8 december 2015), *vennootschapsbelasting – grondslagutholling en winstverschuiving*.

Hoge Raad 2016: Publicatieblad van de Europese Unie 2016/C 371/05, Zaak C-398/16: Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden (Nederland) op 18 juli 2016 — X BV tegen Staatssecretaris van Financiën.

KPMG 2015: KPMG, *Cost of Capital Study 2015: value enhancement in the interplay of risks and returns*, 2015.

NOB 2017: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1, Amsterdam: 21 augustus 2017, p. 6 (online publiek).

OECD 2013: Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', OECD Publishing 2013.

OECD 2015: Organisation for Economic Co-operation and Development, '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.

OECD 2016: Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments', Action 4- 2016 Update, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD 2016: Organisation for Economic Co-operation and Development, Public Discussion draft: 'Elements of the design and operation of the group ratio', BEPS Action 4, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 11 juli 2016.

Redactie Vakstudie-Nieuws: Reactie Vakstudie-Nieuws op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 10 juli 2017.

Regeerakkoord 2017: Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie.

Rijksoverheid 2016: Rijksoverheid, *Kiezen voor duurzame groei: Rapport Studiegroep Duurzame Groei*, Bijlage: Rapport Werkgroep fiscaliteit, juli 2016.

Schuver-Bravenboer 2009: M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Universiteit Leiden 2009.

Speet 2017: N.G.H. Speet, Proefschrift, *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen*, University of Amsterdam 2017.

Verbond van Verzekeraars 2017: Reactie Verbond van Verzekeraars op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 17 augustus 2017.

Vleggeert 2017: Reactie J. Vleggeert op het consultatiedocument implementatie ATAD1, 2017.

VNO-NCW 2017: Reactie VNO-NCW op het consultatiedocument implementatie ATAD1, Den Haag: 21 augustus 2017.

Weber 2012: D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees belastingrecht*, onderdeel 5.1.7.C.c.

Bijlage 1

Stel, een belastingplichtige heeft € 5.000.000 aan operationele opbrengsten, € 3.000.000 aan operationele kosten waarvan € 1.000.000 fiscaal niet aftrekbaar zijn. Daarnaast ontvangt de belastingplichtige € 3.500.000 aan dividend dat kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB. De belastingplichtige heeft € 4.000.000 aan rentekosten, waarvan € 1.500.000 niet aftrekbaar is op grond van art. 10a Wet VPB, en € 500.000 aan rentebaten. Tot slot bedragen de fiscale afschrijvingen € 1.000.000.

		Berekening
Fiscale winst	€ 3.000.000	€ 5.000.000 – (€3.000.000 - €1.000.000 ²⁰⁵) ²⁰⁶
Financieringskostensurplus	€ 2.000.000 +	(€ 4.000.000 - € 1.500.000 ²⁰⁷) - € 500.000
Fiscale afschrijvingen	€ 1.000.000 +	
Ebitda	€ 6.000.000	
30% van de <i>ebitda</i>	€ 1.800.000	0,3 x € 6.000.000

Zoals blijkt uit bovenstaande berekening is slechts € 1.800.000 van het financieringskostensurplus aftrekbaar van de fiscale winst. € 200.000 van de rentekosten wordt derhalve op grond van de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling in aftrek beperkt.

²⁰⁵ Doordat wordt aangesloten bij de fiscale winst, verhogen niet-aftrekbare operationele kosten de *ebitda*.

²⁰⁶ Doordat belastingvrije inkomsten worden uitgesloten voor de bepaling van de *ebitda*, wordt het dividend van € 3.500.000 niet meegerekend in de fiscale winst.

²⁰⁷ Niet-aftrekbare rentekosten worden niet meegenomen in de bepaling van het financieringskostensurplus.

Bijlage 2

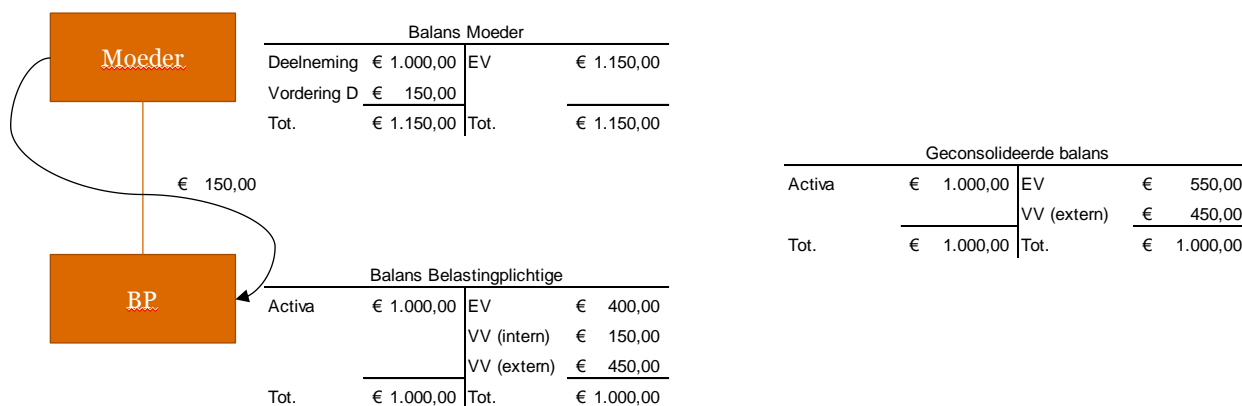
Art. 2 lid 5 anti-ontwikingsrichtlijn:

“financiële onderneming’: een van de volgende entiteiten:

- a) een kredietinstelling of een beleggingsonderneming als omschreven in artikel 4, lid 1, punt 1, van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad of een beheerder van alternatieve beleggingsinstellingen (abi-beheerder) als omschreven in artikel 4, lid 1, onder b), van Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad of een beheermaatschappij van een instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe) als omschreven in artikel 2, lid 1, onder b), van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad;
- b) een verzekeringsonderneming als omschreven in artikel 13, punt 1, van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad;
- c) een herverzekeringsonderneming als omschreven in artikel 13, punt 4, van Richtlijn 2009/138/EG;
- d) een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening die onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad valt, tenzij een lidstaat ervoor heeft gekozen deze richtlijn geheel of gedeeltelijk niet toe te passen op die instelling overeenkomstig artikel 5 van die richtlijn of de gedelegeerde van een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening als bedoeld in artikel 19, lid 1, van die richtlijn;
- e) pensioeninstellingen die pensioenregelingen uitvoeren welke worden beschouwd als socialezekerheidsregelingen die onder Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad en Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad vallen, alsook elke juridische entiteit die is opgericht met het oog op de beleggingen van die regelingen;
- f) een alternatieve beleggingsinstelling (abi) beheerd door een abi-beheerder als omschreven in artikel 4, lid 1, onder b), van Richtlijn 2011/61/EU of een abi die onder toezicht staat uit hoofde van het toepasselijke nationale recht;
- g) een icbe in de zin van artikel 1, lid 2, van Richtlijn 2009/65/EG;
- h) een centrale tegenpartij als omschreven in artikel 2, punt 1, van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad;
- i) een centrale effectenbewaarinstelling als omschreven in artikel 2, lid 1, punt 1, van Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad;”

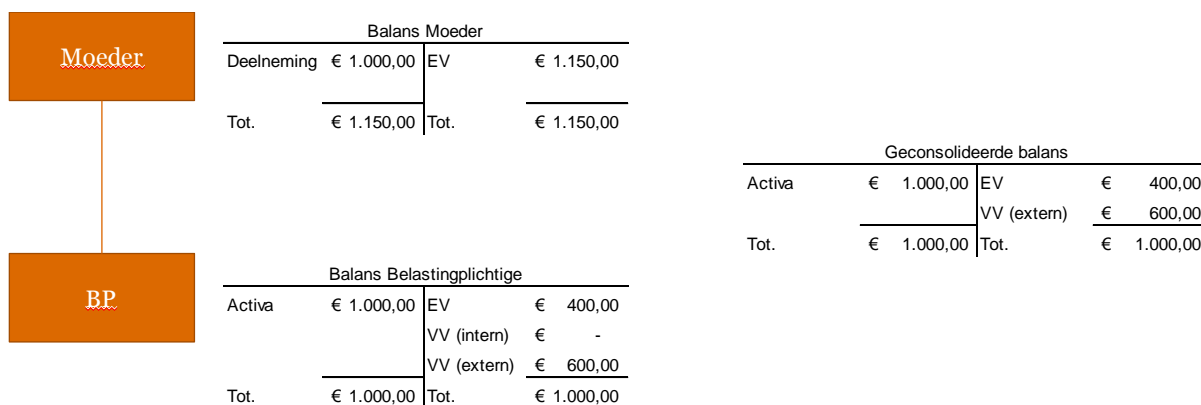
Bijlage 3

In de eerste situatie is sprake van een moederverenootschap die een interne lening van € 150 heeft verstrekt aan haar dochter, de belastingplichtige.



De ratio eigen vermogen/balanstotaal is bij de belastingplichtige 40% (€ 400 / € 1.000). Op de geconsolideerde balans valt de interne lening weg, waardoor het eigen vermogen van het concern € 150 hoger is. Dit leidt tot een ratio eigen vermogen/balanstotaal voor het concern van 55% (€ 550 / € 1.000). Dit is meer dan 2 procentpunt hoger dan de ratio van de belastingplichtige, waardoor de belastingplichtige niet voldoet aan de EV-uitzondering en dus terugvalt op de hoofdregel van de earningsstripping-bepaling.

In de tweede situatie is geen sprake van een interne lening van € 150 van de moederverenootschap aan de belastingplichtige, maar heeft de belastingplichtige deze € 150 van een derde, bijvoorbeeld de bank, geleend. De totale externe schuld is derhalve € 600.



De ratio eigen vermogen/balanstotaal is bij de belastingplichtige nog steeds hetzelfde, namelijk 40% (€ 400 / € 1.000). Echter, op de geconsolideerde balans is nu ook de € 150 zichtbaar die extern extra is geleend. Dit leidt ertoe dat de ratio eigen vermogen/balanstotaal van het concern daalt naar 40% (€ 400 / € 1.000). Dit is gelijk aan de ratio van de belastingplichtige. De belastingplichtige voldoet in dit geval dus wel aan de EV-uitzondering en mag dus haar gehele financieringskostensurplus aftrekken.

In beide gevallen is de schuldratio van de belastingplichtige gelijk (te weten 60%). Echter, doordat in situatie 1 sprake is van een interne lening, voldoet belastingplichtige daar niet aan de EV-uitzondering, terwijl in situatie 2 wel aan de EV-uitzondering wordt voldaan. Het hebben van interne leningen bemoeilijkt dus voor BP belastingplichtige dat wordt voldaan aan de EV-uitzondering en zodoende het gehele financieringskostensurplus mag worden afgetrokken.