



Masterscriptie Fiscale Economie

De reconstructie van de lappendeken die
renteaftrekbeperkingen heet

Naam student:	M.H.P. van Kranenburg
Studentnummer:	361280
Scriptiebegeleider:	prof. dr. P. Kavelaars
Tweede beoordelaar:	drs. M.H.M. Smeets

Rotterdam, 29 mei 2018

'Belastingen zijn naar aard en omvang een politiek fenomeen. Het gaat om doeltreffendheid en rechtvaardigheid. Met vooral de politiek-filosofische aspecten van 'fairness' en legitimiteit hebben fiscalisten moeite'. - C.A.T. Peters

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen.....	6
1. Inleiding en probleemstelling.....	7
1.1 Aanleiding	7
1.2 Doel en probleemstelling	12
1.3 Opzet	16
2. De geldverstrekking.....	18
2.1 Inleiding	18
2.2 Motieven van de Wet VpB 1969	18
2.3 De financieringsbehoefte	19
2.4 Financiering	20
2.4.1 Zeggenschap.....	21
2.4.2 Looptijd van vermogensoverdracht	22
2.4.3 Vergoeding	22
2.4.4 Risico voor het ter beschikking gestelde vermogen.....	22
2.5 Kwalificatie van financieringsinstrumenten.....	23
2.5.1 ‘Bodemloze putlening’.....	24
2.5.2 ‘Schijnlening’.....	25
2.5.3 ‘Deelnemerschapslening’	25
2.6 De onzakelijke lening	29
2.7 Gelieerdheid op grond van het at arm’s-lengthbeginsel	33
2.8 Subconclusie.....	34
3. Renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969	36
3.1 Inleiding	36
3.2 Laagrentende geldlening met lange looptijd.....	36
3.2.1 De werking van 10b.....	38
3.2.2 De noodzaak en doeltreffendheid	39
3.2.3 Europeesrechtelijke houdbaarheid.....	41
3.3 De beperking van aftrek van bovenmatige deelnemingsrente.....	43

3.3.1	Achtergrond en historie	43
3.3.2	De drietrapsraket van 13l.....	45
3.3.3	Europeesrechtelijke houdbaarheid.....	51
3.4	Subconclusie.....	56
4.	Earningsstripping-maatregel	57
4.1	Inleiding	57
4.2	De route naar Base Erosion and Profit Shifting.....	57
4.3	Van ‘Base Erosion and Profit Shifting’ naar de Anti Tax Avoidance directive I	60
4.4	ATAD1	62
4.4.1	Groepsuitzonderingen	64
4.4.2	Voor- en achterwaartse verrekening.....	66
4.4.3	Eerbiedigende werking	66
4.4.4	Sectorale ondernemingsuitzonderingen.....	67
4.5	De Nederlandse EBITDA-regeling	67
4.5.1	Inleiding.....	67
4.5.2	De Nederlandse keuzes aangaande de earningsstripping-maatregel.....	68
4.5.3	Thincapregeling	72
4.5.4	Europese ervaringen met de EBITDA-aftrekbeperking	72
4.6	Subconclusie.....	75
5.	Analyse.....	77
5.1	Inleiding	77
5.2	Schematische beoordeling van het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen .	78
5.3	‘Leidt de invoering van de ESM tot een meer inpasbaar Nederlandse stelsel inzake renteaftrekbeperkingen?’	79
5.3.1	Noodzakelijkheid van de ESM	79
5.3.2	Effectiviteit en efficiëntie van de ESM	80
5.3.3	Eenvoud en uitvoerbaarheid.....	88
5.3.4	Verenigbaarheid van de ESM met Europeesrecht	89
5.4	Leidt de ESM tot een meer inpasbaar stelsel?	92
5.5	Subconclusie.....	93

6. Samenvatting en conclusie	95
Bijlagen	102
Bijlage A	102
Bijlage B	104
Bijlage C.....	106
Literatuurlijst.....	108
Artikelen.....	108
Boeken.....	111
Jurisprudentie.....	112
Hof van Justitie van de Europese Unie	112
Hoge Raad	113
Rechtbanken.....	114
Parlementaire stukken	114
Publicaties EU en OESO	115
Overige bronnen.....	116

Lijst van gebruikte afkortingen

Aant.	Aantekening
ALB	At arm's-lengthbeginsel
ATAD1	Anti Tax Avoidance Directive I
ATAD2	Anti Tax Avoidance Directive II
ATAP	Anti Tax Avoidance Package
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
bv	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EC	Europese Commissie
EcoFin	Europese raad van ministers van financiën
ESM	Earningsstripping-maatregel
EU	Europe Unie
FM	Fiscale Monografieën
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MKB	Midden- en kleinbedrijf
MNE's	Multinationals
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NLF	NLfiscaal
NOB	de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	Nummer
NTRF	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
nv	Naamloze vennootschap
OESO/OECD	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	Pagina
par.	Paragraaf
r.o.	Rechtsoverweging
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Thincapregeling	Thin capitalization-regeling
Uitv.besch. VpB 1971	Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971
vi	Vaste inrichting
V-N	Vakstudie-Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

1. Inleiding en probleemstelling

1.1 Aanleiding

De afgelopen jaren is bekend geworden dat multinationals (hierna: MNE's) *tax planning* toepassen om de grondslag van de winstbelasting te verschuiven en zodoende deze belasting via legale, toch (soms) agressieve belastingconstructies te reduceren tot een minimum van de wereldwijde brutowinst.¹ Dit is de reden dat *tax planning* door de maatschappij en politiek vaak wordt gezien als een kwaadaardig monster dat aan banden moet worden gelegd. Desalniettemin kan onder *tax planning* belastingontduiking en belastingontwijking worden geschaard. Hierbij moet worden opgemerkt dat belastingontwijking terdege in overeenstemming is met de letter van de wet.² Dit zijn dus rechtshandelingen die door de wet worden gelegitimeerd.³ Naar aanleiding van diverse publicaties⁴ ingevolge belastingfraude, belastingontduiking en belastingontwijking is op 5 oktober 2016 besloten tot de instelling van een parlementaire enquête.⁵ Deze enquête werd geleid door de commissie Fiscale Constructies. Het doel hiervan was het vergaren van meer informatie over en het inzichtelijk maken van de werkwijze van trustkantoren en fiscale adviespraktijken. Onderzocht werd in hoeverre deze sectoren bijdragen aan ongewenste fiscale praktijken en hoe deze in de toekomst voorkomen kunnen worden.⁶ De politiek en de maatschappij zijn dus nauw betrokken bij het debat over *tax planning* en beschouwen agressieve vormen van belastingontwijking als onwenselijk. Zij zijn van mening dat eenieder zijn 'fairshare' aan belastingen dient te betalen en accepteren niet dat bepaalde MNE's slechts een minimaal bedrag aan winstbelasting betalen. De lastendruk van een natuurlijk persoon bedraagt gemiddeld namelijk bijna 40%.⁷ Dit verschil wordt als onrechtvaardig ervaren.⁸ Het is derhalve noodzakelijk om voldoende belastingmoraal te houden bij belastingplichtigen die compliant zijn.⁹ Tevens dienen door middel van belastinginkomsten de overheidsfinanciën op peil te worden gehouden.¹⁰

¹ Oxfam Novib (2016). *The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*. Den Haag: Oxfam Policy Paper.

² Vakstudie-Nieuws, 'Uitgebreide kabinetsreactie op panama papers', V-N 2016/28.3.

³ Idem.

⁴ Onder andere door publicaties van International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) inzake Swissleaks, Luxleaks en Panama Papers over belastingfraude. Zie hieromtrent Verharen, C.E., 'Het einde van belasting constructies?', WFR 2017/167.

⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 566, nr. 2. (Belastingplan 2017)

⁶ Idem.

⁷ Bijlage bij kamerbrief d.d. 24 april 2018 van minister-president M. Rutte, 'Notities 5 t/m 12 bij brief over dividendbelasting', kenmerk: 3999908, p. 12

⁸ Oxfam Novib (2016). *The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*. Den Haag: Oxfam Policy Paper.

⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 2. (Belastingplan 2017)

¹⁰ Van der Geld, J. (2010). *Fiscaliteit in een steeds veranderende wereld*. Andere wetenschappelijke uitgaven, Wetgevingskunsten (27).

Vanuit de (internationale) rechterlijke macht wordt met een meer genuanceerde blik naar *tax planning* gekeken. De Hoge Raad heeft bevestigd dat het belastingplichtigen in beginsel is toegestaan fiscaal de meest voordelige weg te kiezen. Dit heeft de Hoge Raad echter, mede door de ontwikkeling van het leerstuk van *fraus legis*, pogen te begrenzen.¹¹ In Europese context dient *tax planning* te worden uitgelegd als het regelen van (grensoverschrijdende) belastingzaken door de belastingplichtige op de voor hem meest gunstige manier. Dit is volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) volkomen rechtsgeldig en een grondbeginsel van de interne markt. Dit is pas anders indien belastingbesparing ‘volstrekt de enige beweegreden is’ of ‘oneigenlijke vormen aanneemt’.¹²

Een eenvoudige wijze van belastingplanning is het construeren van bovenmatige renteaftrek in een hoog belaste jurisdictie, terwijl de rentebate wordt belast in een jurisdictie met een lage of geen winstbelasting. Een andere veel voorkomende manier van structureren¹³ is het gebruiken van classificatieverschillen van financieringsinstrumenten tussen jurisdicties zodat het fiscale verschil tussen vreemd en eigen vermogen kan worden benut. Enerzijds wordt gevolgtijk een bepaald belastingsysteem de hybride geldverstrekking gekwalificeerd als eigen vermogen. Derhalve is het uitgekeerde bedrag aan de moedermaatschappij, ook wel dividend genoemd, onbelast op basis van de deelnemingsvrijstelling of een andere objectvrijstelling. Anderzijds maakt de classificatie van de hybride geldverstrekking als kapitaal in het andere belastingsysteem dat het uitgekeerde bedrag, ook wel rente genoemd, aftrekbaar is van de winst bij de dochtermaatschappij. Zodoende ontstaan er situaties waarbij over een bedrag geen belasting wordt geheven, maar voor hetzelfde bedrag wel een aftrek wordt verleend.

Het verschil in behandeling tussen vreemd en eigen vermogen wordt ook wel gezien als de kern van het internationale winstverschuiving- en grondslagerosieprobleem.¹⁴ Vrijwel elk land kent dit verschil in fiscale behandeling.¹⁵ Naast het gebruik van bovenmatige renteaftrek en classificatieverschillen van hybride geldleningen tussen landen proberen bepaalde belastingplichtigen ook door middel van *transfer pricing* de heffingsgrondslag te versmallen en te verschuiven naar laag belaste belastingjurisdicties.

Het normkader en de ethiek in internationaal en nationaal opzicht zijn als gevolg van onder andere publicaties inzake Luxleaks, Swissleaks en de Panama Papers de laatste jaren sterk veranderd.¹⁶ Zodoende werd de roep om een oplossing te bieden tegen heffingsgrondslag

¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 19 december 1990, nr. 26 759, BNB 1991/121.

¹² HvJ 13 maart 2007, nr. C-524/04, (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), V-N 2007/15.9, rechtsoverweging (hierna: r.o.) 63. Zie eveneens het HvJ 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), BNB 2006/170, r.o. 73 en HvJ 26 oktober 1999, nr. C-294/97 (Eurowings Luftverkehrs), BNB 2001/394.

¹³ Met structureren wordt het opzetten van gunstige belastingconstructies bedoeld.

¹⁴ Boer, M.J. en Burgers, I.J.J., ‘The debt-equity conundrum. Boekbespreking van The debt-equity conundrum, Cahiers de droit fiscal international vol. 97b, IFA, SDU 2012.’, WFR 2013/19.

¹⁵ Kavelaars, P., ‘Vermogensvergoedingen in de vennootschapsbelasting’, FTV 2009/12.

¹⁶ Verharen, C.E., ‘Het einde van belasting constructies?’, WFR 2017/167.

verschuivingen steeds luider. Deze kwestie speelt zich af op internationaal niveau en dus moet de oplossing bij voorkeur tot stand komen in samenwerking met andere landen. Indien een land zou besluiten (te vergaande) eenzijdige maatregelen te treffen, kan het zich gemakkelijk in de voet schieten. Deze zouden namelijk kunnen resulteren in een onaantrekkelijk vestigingsklimaat of leiden tot belastingconcurrentie tussen staten.¹⁷ Zodoende hebben de Europese Commissie (hierna: EC) en de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) nagenoeg tegelijkertijd doch in beginsel onafhankelijk van elkaar actieplannen voorgesteld om het oneigenlijke gebruik van onder meer hybride mismatches tussen belastingjurisdicties, bovenmatige renteaftrek, *transfer pricing* en 'brievenbusmaatschappijen' in samenwerking met de deelnemende (lid)staten te voorkomen.¹⁸ Dientengevolge is in december 2012 een mededeling van de EC gepubliceerd inzake het tegengaan van belastingfraude en belastingontduiking. Kort daarop verscheen het rapport 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS)'¹⁹ van de OESO en uiteindelijk is eind 2015 het definitieve BEPS-rapport gepubliceerd.²⁰ De verschijningsvorm van het BEPS-rapport betracht de allocatie van de winstgrondslag van MNE's te laten corresponderen met de plaats waar de waarde van een product, dienst of service daadwerkelijk wordt gecreëerd. Met het tegengaan van BEPS wordt de bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving bedoeld. Vervolgens is het BEPS-rapport uitgerold door middel van concrete regels, 'soft law' en mondiale druk.²¹ In de uitkomst van het BEPS-rapport kan onderscheid worden gemaakt tussen minimumstandaarden, gemeenschappelijke benaderingen en 'best practices'. Hiervan zijn de minimumstandaarden het meest ingrijpend. Het betreft namelijk conclusies waaraan landen zich op voorhand hebben gecommitteerd en zodoende dienen deze maatregelen dan ook gemeenschappelijk te worden genomen.²² De Europese Unie (hierna: EU) is gelijktijdig met de uitkomst van het BEPS-rapport overgegaan op een brede implementatie van verscheidene BEPS-maatregelen. Dit heeft geleid tot het voorstel met betrekking tot coördinatiemaatregelen op het gebied van de winstbelastingheffing van het Europese bedrijfsleven (ATAP) door de EC. Dit pakket beoogt bij te dragen aan belastingheffing van (multinationale) ondernemingen in de lidstaat waar zij daadwerkelijk economisch actief zijn en waarde creëren. De ATAP is vervolgens gecodificeerd in de anti-ontgaansrichtlijn (ATAD1), ook wel de richtlijn, van 12 juli 2016.²³

¹⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2512.

¹⁸ De Graaf, A., Kavelaars, P. & Stevens, A. (2017). *Internationaal belastingrecht* (FED fiscale studieseries, deel 39). Deventer: Kluwer.

¹⁹ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing OECD: Parijs 2013.

²⁰ OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Publishing OECD: Parijs 2015.

²¹ OESO/G20 (2015), *Explanatory Statement Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris 2015.

²² *Idem*.

²³ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

Vervolgens heeft de EC op 25 oktober 2016 de Corporate Tax Reform Package voorgesteld. Hieruit is op 29 mei 2017 anti-ontgaansrichtlijn 2 (ATAD2) voortgekomen. De BEPS-actiepunten zijn dus door de EC voor een groot deel overgenomen in de richtlijnvoorstellen om op Europees niveau grondslaguitholling en winstverschuivingen tegen te gaan. Deze richtlijnvoorstellen hebben geleid tot ATAD1 en ATAD2.

De maatregelen uit ATAD1 en ATAD2 komen dus voor een groot deel overeen met de BEPS-actiepunten.²⁴ In vergelijking van ATAD1 met ATAD2 blijkt de laatste genoemde richtlijn een aanvulling met betrekking tot hybride mismatchsituaties.²⁵ ATAD2 bewerkstelligt dat de effecten van hybride mismatchsituaties ook met derde landen worden geneutraliseerd. ATAD2 bevat minimale aanpassingen ten aanzien van de renteaftrekbeperking uit ATAD1 en is daarom niet relevant voor dit onderzoek.²⁶ ATAD1 bevat maatregelen ter voorkoming van grondslagerosie en winstverschuiving. Via deze vorm van hardlaw wordt actiepunt 4 van het BEPS-rapport grotendeels in de EU geïmplementeerd. In artikel 4 van de richtlijn wordt, conform actiepunt 4 van het BEPS-rapport, de earningsstripping-maatregel (hierna: ESM) geïntroduceerd.²⁷

De ESM is een voor Nederland 'nieuw' soort renteaftrekbeperking. Deze regeling is algemeen van aard en houdt in dat de rente in aftrek wordt beperkt, rekening houdend met een franchise, indien het overschot aan rentelasten meer bedraagt dan 30% van de EBITDA^{28,29}. In het consultatiedocument³⁰ met betrekking tot de bovengenoemde EBITDA-regeling spreekt de wetgever van een 'overschot aan rentelasten' indien het bedrag aan fiscaal aftrekbare betaalde rente verminderd met de fiscaal belastbare ontvangen rente een positief saldo vormt. Toch heeft Nederland van 2004 tot en met 2013 een regeling gekend die in bepaalde mate op de ESM lijkt, namelijk de thincapregeling. Ook dit was een algemene renteaftrekbeperking en bracht met zich mee dat renteaftrek werd beperkt indien sprake was van 'bovenmatige financiering met vreemd vermogen'. De financiering was bovenmatig indien het gemiddeld vreemd vermogen driemaal het gemiddeld eigen vermogen van het concern oversteeg. Het motief achter deze regeling was het tegengaan van grondslagverschuiving of -uitholling binnen concernverband.³¹ Indertijd is deze regeling

²⁴ Weterings, M.P. en Hijkoop, A.E.J., 'Verslag van de 8ste NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht 'EU-Actieplan', WFR 2016/148.

²⁵ Bij hybride mismatches moet gedacht worden aan hybride transfers, hybride vaste inrichtingen, geïmporteerde mismatches en situaties waarbij sprake is van een dubbele vestigingsplaats.

²⁶ Vakstudie-Nieuws, 'Inleiding Europese antibelastingontwikkelingsrichtlijn', V-N 2017/36.1.

²⁷ Hoogterp, P., 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD.' WFR 2017/147.

²⁸ EBITDA staat voor Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization; Inkomsten Voor Aftrek van Rente, Belastingen, Afschrijving en Amortisatie.

²⁹ Vakstudie-Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', V-N 2016/37. 3.

³⁰ Van Lindonk, C., 'Internetconsultatie ATAD1 geopend', NLF 2017/1758.

³¹ De Bleeck, J., Koopman, R.J., Lammers, J.M., Visser, E.A. (red.), Vennootschapsbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer (online), artikel 10d Wet VPB 1969, aant. 2 en 13.

afgeschapt wegens het gebrek aan succes: onbedoeld werden ook belastingplichtigen uit het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB) door deze aftrekbeperking getroffen.³²

Zoals eerder benoemd, worden fiscale constructies veelal opgezet om gebruik te kunnen maken van bovenmatige renteaftrek in hoog belaste jurisdicties en of het benutten van internationale kwalificatie mismatches³³ tussen vreemd en eigen vermogen. Deze constructies worden bestreden door enerzijds reparatiewetgeving en anderzijds rechtspraak, omdat deze nadelige gevolgen hebben voor de Nederlandse schatkist. Zodoende kent de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) diverse renteaftrekbeperkingen, elk met een eigen reikwijdte en achtergrond. Deze aftrekbeperkingen kunnen grofweg worden onderverdeeld in twee soorten. De eerste vorm aftrekbeperkingen zijn algemene bepalingen inzake de totaalwinst. Deze zien slechts op het verminderen van de algehele fiscale impuls om met vreemd vermogen te financieren. Net als de thincapregeling wordt de ESM geschaard onder de algemene renteaftrekbeperkingen.

De specifieke renteaftrekbeperkingen behelzen bepalingen die de aftrek van rente in specifieke gevallen en tot een zekere hoogte uitsluiten. Deze laatste vorm zorgt in essentie voor de lappendeken aan renteaftrekbeperkingen. De renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 sluiten niet naadloos op elkaar aan en worden dus als nodeloos complex ervaren. Hierdoor kan een ingewikkelde samenloop tussen verschillende renteaftrekbeperkingen ontstaan.³⁴

Het Nederlandse stelsel inzake renteaftrekbeperkingen bevindt zich in de volgende artikelen van de Wet VpB 1969:

- 8c (doorstroomvennootschappen);
- 10, lid 1, onderdeel d (deelnemerschapslening);
- 10a (anti-winstdrainage);
- 10b (renteloze of onzakelijk laagrentende lening zonder vaste looptijd of een looptijd van meer dan tien jaar);
- 13l (bovenmatige deelnemingsrente); en
- 15ad (renteaftrekbeperking inzake overnames in ten tijde van een fiscale eenheid).

³² De Blicq, J., Koopman, R.J., Lammers, J.M., Visser, E.A. (red.), Vennootschapsbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer (online), artikel 10d Wet VPB 1969, aant. 1.1.

³³ Dit is een situatie waarbij een vermogensbestanddeel door een staat als eigen vermogen wordt aangemerkt. Echter, de andere staat ziet dit vermogensbestanddeel als vreemd vermogen. Zodoende ontstaat een kwalificatie mismatch van vreemd en eigen vermogen tussen staten.

³⁴ Van Strien, J., 'De (vrijwel ondoorgroondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', TFO 2013/128.3.

In de literatuur³⁵ bestaat veel kritiek op de huidige renteaftrekbeperkingen. De geldende systematiek wordt ook wel aangeduid als een lappendeken of een wirwar van bepalingen. Mede door de veelvoud en complexiteit van voorwaarden en uitzonderingen is het overzicht omtrent de renteaftrekbeperkingen dan ook verloren. Daarnaast is de samenloop tussen verschillende artikelen niet altijd evident geregeld en daardoor sluiten deze renteaftrekbeperkingen niet naadloos op elkaar aan. Er ontstaan vervolgens twijfelachtige situaties waarbij rente door verschillende artikelen in aftrek wordt beperkt.³⁶ Niettemin treedt in deze gevallen het meest verstrekkende artikel in werking. Zodoende wordt vanuit de literatuur geopperd dat met de invoering van de ESM de uitgelezen mogelijkheid zich voordoet om het stelsel omtrent de renteaftrekbeperkingen te herzien en te vereenvoudigen.³⁷

1.2 Doel en probleemstelling

Naar aanleiding van de aangenomen richtlijn omtrent de bestrijding van grondslagutholling en winstverschuiving wordt dit onderzoek gewijd aan de lappendeken van de renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969. Naast de wettelijke renteaftrekbeperkingen, de jurisprudentie met betrekking tot de onzakelijke lening en het fraus legis-leerstuk wordt er in de nabije toekomst een nieuw wetsartikel betreffende de algemene renteaftrekbeperking geïntroduceerd: de ESM. Lidstaten dienen de richtlijn onder bepaalde voorwaarden uiterlijk voor 2019 te implementeren in hun nationale wetgeving. Sedert 10 juli 2017 heeft er een internetconsultatie³⁸ plaatsgevonden door het Ministerie van Financiën. Hierop hebben dertien partijen gereageerd. Het gros van deze partijen merkt op dat het belastingstelsel omtrent de renteaftrek op dit moment een wirwar van regels is.³⁹ Het doel van dit onderzoek is daarom het toetsen van de inpasbaarheid van de ESM in het huidige stelsel. Daarnaast wordt gekeken naar de mogelijkheid om met de invoering van de ESM het stelsel te vereenvoudigen.

³⁵ Zie onder andere het bovenstaande artikel van Van Strien en ook De Groot, I.M., 'EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta', WFR 2013/1318. Zie ook Van der Lans, V.T.P., 'Samenloop van de renteaftrekbeperkingen van art. 13l en art. 15ad Wet VPB 1969; afdoende geregeld?', MBB 2014/10 en Van Os, P.B.N., 'De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)', MBB 2016/4.

³⁶ Van Strien, J., 'De (vrijwel ondoorgroondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', TFO 2013/128.3.

³⁷ NoB Commissiewetsvoorstellen, Uitnodiging om voorstellen in te brengen voor vereenvoudiging van belastingwetgeving, 12 februari 2016. Zie ook Vakstudie-Nieuws, 'Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten', V-N 2015/56.2.

³⁸ Vakstudie-Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD 1', V-N 2017/39.14.

³⁹ O.a. American Chamber of Commerce (ATAD1 A.C. van der Linde), 8 september 2017, Tax Justice NL (J. Langerock) Utrecht, 21 augustus 2017, VNO-NCW (mr D.J. Sinke), Den Haag, 21 augustus 2017, de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (drs. R.A. van der Jagt), Amsterdam, 21 augustus 2017, The Netherlands British Chamber of Commerce (mr. M. Buckers), Den Haag, 21 augustus 2017, Redactie Vakstudie Nieuws (Mr. R.T. van Beurden), Den Haag, 18 augustus 2017, Verbond van Verzekeraars (MSc DG Heijnen), Den Haag, 17 augustus 2017 & Register Belastingadviseurs (Mr. A.T. Pahladsingh), Culemborg, 17 augustus 2017.

De probleemstelling die in dit onderzoek wordt getoetst, luidt als volgt: *‘Met de invoering van de ESM wordt de mogelijkheid bewerkstelligd om tot een meer inpasbaar stelsel ter zake van renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting te komen’*.

In het kader van deze probleemstelling zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat zijn de verschillen tussen vreemd en eigen vermogen vanuit civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief, hebben deze verschillen fiscaalrechtelijke gevolgen en wat ligt hieraan ten grondslag;
2. Wat zijn de huidige relevante renteaftrekbeperingen in de nationale wet en brengen deze onvolkomenheden met zich;
3. Hoe is de richtlijn tot stand gekomen en op welke wijze wordt de ESM vanuit de richtlijn vormgegeven in het Nederlandse belastingstelsel; en
4. Hoe verhoudt de ESM zich tot de voorheen geldende Nederlandse thincapregeling en wat zijn de internationale ervaringen met de reeds geldende EBITDA-regeling in Duitsland en Spanje.

Zoals is aangekaart, bestaat tussen vreemd en eigen vermogen een verschil in fiscale behandeling. In dit onderzoek wordt in kaart gebracht hoe dit verschil tot stand komt en wat de achtergrond hiervan is. Derhalve dient te worden teruggaan naar de fundamentele beginselen van de Wet VpB 1969. Bovendien wordt het verschil gezien vanuit civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk perspectief. Verder dient het Nederlands systeem van wettelijke renteaftrekbeperingen te worden geschetst. Het uitgangspunt in dit onderzoek is dat het positiefrechtelijk kader aangaande renteaftrekbeperingen zich slechts beperkt tot artikel 10b en artikel 13l Wet VpB 1969⁴⁰. Vanuit de literatuur wordt betoogd om met de invoering van de ESM de specifieke renteaftrekbeperingen uit de Wet VpB 1969 zoveel mogelijk te schrappen.⁴¹ De ESM is namelijk een generieke renteaftrekbepering met optionele verzachtende uitzonderingen. In concreto dragen de artikelen 10a, 10b, 13l en 15ad namelijk niet bij aan een overzichtelijk stelsel. In beginsel wordt artikel 10b in de praktijk nauwelijks toegepast en wordt tevens gesuggereerd dat het totaalwinstbeginsel voldoende waarborging biedt tegen grondslaguitholling.⁴² Artikel 13l is onderwerp van discussie aangezien verschillende auteurs⁴³ dit artikel nodeloos complex en in strijd met primair Europees recht

⁴⁰ In het vervolg van dit onderzoek zal wetsaanduiding in het geval het de Wet VpB 1969 betreft niet meer volgen. Dus indien een artikel uit een andere wet, richtlijn of verordening wordt bedoeld, dan volgt dat direct uit de verwijzing daarachter.

⁴¹ Bastiaens, R.M.A.R. en Bodelier, D., ‘Verslag Fiscale Conferentie ATAD 1 & ATAD 2’, WFR 2017/113 en Elswelier, F.J. en Van der Geld, J.A.G., ‘Renteaftrekbeperingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!’, TFO 2012/120, p. 93 t/m 100. Zie ook Brandsma, R.P.C.W.M. en Pancham, S.R., ‘Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek’, WFR 2006/1064.

⁴² Stevens, S.A., ‘De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting’, TFO 2017/150.4.

⁴³ Brandsma, R.P.C.W.M. en Pancham, S.R., ‘Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek’, WFR 2006/774. Zie ook HvJ 26 oktober 2017, nr. C-39/16 (Argenta), BNB 2018/23 m.nt. R.J. De Vries, punt 12.

(hierna: EU-recht) vinden. Daarom wordt nut en noodzaak van artikel 13l, na invoering van de ESM, als twijfelachtig bestempeld.⁴⁴ De keuze om artikel 15ad buiten beschouwing te laten volgt uit het arrest HvJ van 22 februari 2018 (gevoegde zaken X bv (C-398/16) en X nv (C-399/16), ECLI:EU:C:2018:110). Het gevolg van dit arrest is een tijdelijke en nieuwe fiscale eenheidsregime⁴⁵. Vanwege de beperkte omvang van dit onderzoek worden de mogelijke consequenties voor de renteaftrekbeperkingen naar aanleiding van deze reparatiewetgeving in principe niet behandeld. Desondanks dat dit onderwerp actueel, interessant en relevant is, wordt geconcludeerd dat dit onderwerp een op zichzelf staand onderzoek verdient. Ook artikel 15ad is namelijk onderwerp van kritiek.⁴⁶

Verder wordt artikel 10a met betrekking tot de analyse buiten beschouwing gelaten. Dit artikel wordt inhoudelijk niet getoetst op 'meer inpasbaarheid'. Afgezien van het feit dat verschillende auteurs⁴⁷ menen dat het artikel wordt ondervangen door de fraus legis-jurisprudentie heeft de politiek reeds uitgesproken het artikel na de invoering van de ESM te willen handhaven.⁴⁸ Het kabinet wenst artikel 10a te behouden om budgettaire derving te voorkomen. De bepaling kan immers het kunstmatig 'oppompen' van schulden door belastingplichtigen tot de 30%-grens van de EBITDA-regel (de optimale renteaftrek) bestrijden.⁴⁹ Daarnaast draagt dit artikel bij aan een duidelijk wetskader en staat het garant voor belastinginkomsten.⁵⁰ Derhalve wordt het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen vergeleken met het nieuwe stelsel, de EBITDA-regeling met inbegrip van artikel 10a. Als gesproken wordt van EBITDA-regeling of EBITDA-aftrekbeperking wordt de desbetreffende nationaalrechtelijke bepaling bedoeld.

Zoals reeds in paragraaf (hierna: par.) 1.1 is uitgelegd, wordt de beperkte invloed van ATAD2 op de ESM niet in aanmerking genomen voor dit onderzoek. Deze beïnvloeding wordt als insignificant beschouwd. Vervolgens moet worden bepaald welke gevolgen de ESM uit ATAD1 op het Nederlandse belastingstelsel heeft of gaat hebben. De inhoud van de ESM is reeds globaal vormgegeven in de richtlijn van 12 juli 2016 en door het internetconsultatiedocument⁵¹ dat gepubliceerd is op 10 juli 2017. Om de praktische

⁴⁴ Vleggeert, J. (2017), *Hoe verder met art. 10a?* In: Pieterse L.J.A., Scharrenburg R. van (red.) Springende punten: Van Amersfoort-bundel: opstellen aangeboden aan mr. P.J. van Amersfoort ter gelegenheid van zijn afscheidssymposium gehouden op vrijdag 29 september 2017 te Leiden. Deventer: Kluwer. 343-352 en Stevens, S.A., 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', TFO 2017/150.4.

⁴⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 april 2018, nr. 2018-0000059780.

⁴⁶ Marres, O.C.R., 'De anti-ontgaansrichtlijn', NTFR-B 2017/18.

⁴⁷ Vleggeert, J. (2017), *Hoe verder met art. 10a?* In: Pieterse L.J.A., Scharrenburg R. van (red.) Springende punten: Van Amersfoort-bundel: opstellen aangeboden aan mr. P.J. van Amersfoort ter gelegenheid van zijn afscheidssymposium gehouden op vrijdag 29 september 2017 te Leiden. Deventer: Kluwer. 343-352. En ook Marres, O.C.R., 'De anti-ontgaansrichtlijn', NTFR-B 2017/18, par. 5.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 3. p. 32 en 33.

⁴⁹ Speet (2017), N.G.H., *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, p. 133 en 134.

⁵⁰ Verburg, J., *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Handboeken nr. 4), Deventer: Kluwer 2000, par. 7.6.5.

⁵¹ Brief van de Staatssecretaris van de Financiën van 10 juli 2017, nr. 2017/0001293555.

gevolgen van dit systeem te analyseren, wordt allereerst de ontstaansgeschiedenis van BEPS in kaart gebracht. De belangrijkste thema's inzake anti-grondslaguitholling en winstverschuiving zijn Anti-Hybrid Mismatches, Controlled-Foreign Companies, General Anti Abuse Rule en earningstripping-maatregel (hierna: ESM).⁵² In het kader van de bovengenoemde thema's richt dit onderzoek zich louter op de ESM waardoor deze wordt beschouwd vanuit de richtlijn⁵³ en het internetconsultatiedocument⁵⁴. Om de praktische gevolgen van de ESM in kaart te brengen, worden de gevolgen van een EBITDA-regeling door middel van een rechtsvergelijking met Duitsland en Spanje geanalyseerd. Tevens wordt een vergelijking van de ESM met de thincapregeling gemaakt. Via een rechtsvergelijking met Spanje en Duitsland worden de huidige Europese ervaringen met de ESM in kaart gebracht. De vergelijking met deze staten wordt gemaakt aangezien zij als een van de weinige lidstaten reeds eenzelfde soort maatregel kennen. Spanje en Duitsland hebben dus praktische ervaring met een EBITDA-aftrekbepanking en kennen een enigszins vergelijkbare open economie binnen de interne markt van de EU.⁵⁵ Ook worden de conclusies ten aanzien van de voormalige thincapregeling gezien als belangrijke kanttekeningen bij de invoering van de ESM. Ten slotte wordt geprobeerd om uit het onderzoek een gevolgtrekking te formuleren met betrekking tot de mogelijkheid om tot een meer inpasbaar stelsel van renteaftrekbepanking in de vennootschapsbelasting te komen.

In dit onderzoek wordt met de term 'meer inpasbaar' aangesloten bij onder meer de noodzaak, effectiviteit en efficiëntie van de regeling. Indien met de invoering van de EBITDA-regeling het doel van de EU en het kabinet wordt bereikt, dan wordt gesproken van een effectieve regeling. Als dit doel wordt bereikt én hieromtrent gekozen is voor middelen die niet verder gaan dan nodig is, dan wordt gesproken van efficiëntie. Verder zal het nieuwe stelsel ook worden getoetst aan de eenvoudigheid en uitvoerbaarheid voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst. Een eenvoudiger stelsel wordt verwezenlijkt indien de invoering van de EBITDA-regeling leidt tot een meer gecomprimeerd stelsel, dus dat bepaalde wetsartikelen overbodig worden, en dat de regeling duidelijk toepasbaar is. Verder blijkt de uitvoerbaarheid een belangrijk argument voor de Belastingdienst te zijn. Gelet op de huidige situatie bij de Belastingdienst is er volgens de begroting van het Rijk voor 2018 € 75 miljoen extra begroot met betrekking tot de fiscale controle van de Belastingdienst.⁵⁶ Daarnaast wordt met de term 'meer inpasbaar' aansluiting gezocht bij de coherentie van de

⁵² Zie andermaal de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 10 juli 2017, nr. 2017/0001293555. Zie ook Hoogterp, P., 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD.' WFR 2017/147.

⁵³ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1.

⁵⁴ Vakstudie-Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD 1', V-N 2017/39.14.

⁵⁵ The Heritage foundation (2018), '2018 index of economic freedom', <https://www.heritage.org/index/ranking>.

⁵⁶ NOS. (2017, september 13). Meer geld voor inning belastingen. Retrieved from [www.nos.nl: https://nos.nl/artikel/2192777-meer-geld-voor-inning-belastingen.html](https://nos.nl/artikel/2192777-meer-geld-voor-inning-belastingen.html)

regeling met het EU-recht. De Europeesrechtelijke houdbaarheid moet worden bepaald in het licht van de vrije verkeersbepalingen en de richtlijn zelf. Immers, de nationale wet kan na omzetting van de richtlijn in overeenstemming zijn met de richtlijn, maar hoeft dan nog niet in overeenstemming te zijn met het vrije verkeer van kapitaal en vestiging.⁵⁷ Als een lidstaat verder gaat of de richtlijn onjuist omzet, kan sprake zijn van staatssteun.⁵⁸ Aangezien Nederland de richtlijn wenst te implementeren zonder verzachtende uitzonderingen wordt niet getoetst aan de staatssteunbepaling. Deze verzachtende uitzonderingen zien op de mogelijkheid die de richtlijn aan lidstaten biedt om de EBITDA-aftrekbepaling te implementeren met uitzonderingen, zoals sectorale ondernemingsuitzonderingen, groepsuitzonderingen en de voor- en achterwaartse verrekening van het onbenutte rentecapaciteit en of het financieringskostensurplus. Door middel van deze uitzonderingen wordt de uitwerking van de EBITDA-regeling minder strikt.

De term inpasbaarheid dient in haar algemeenheid daarom te worden uitgelegd ingevolge het beleidsplan 'zicht op wetgeving'⁵⁹.

1.3 Opzet

Dit eerste hoofdstuk vormt de introductie van dit onderzoek en toont de maatschappelijke relevantie van het onderwerp en de probleemstelling aan. In hoofdstuk twee wordt het verschil in behandeling beschreven tussen vreemd en eigen vermogen. Tevens wordt ingegaan op de fundamentele beginselen van de Wet VpB 1969. Deze zijn relevant voor het verklaren van het fiscale verschil in behandeling van vreemd en eigen vermogen. Ook blijkt om welke reden renteaftrekbepalingen in het leven zijn geroepen. Vervolgens wordt in hoofdstuk drie het huidige stelsel omtrent renteaftrekbepaling in de vennootschapsbelasting besproken. In dit kader worden de inhoud, werking en achtergrond van artikel 10b en artikel 13l besproken. Daarnaast behandelt hoofdstuk vier de totstandkoming en de achtergrond van ATAD1. Met name de initiatieven van de OESO en EU worden beschreven. Het doel van dit hoofdstuk is onder andere het in kaart brengen van de gevolgen van het BEPS-rapport voor de Nederlandse renteaftrekbepalingen. Zodoende wordt in hetzelfde hoofdstuk de ESM geïntroduceerd en wordt beschreven op welke wijze het kabinet de ESM implementeert. Om verwarring te voorkomen, wordt de Nederlandse variant van de ESM aangeduid als de EBITDA-regeling dan wel EBITDA-aftrekbepaling. Verder wordt een vergelijking gemaakt met de thincapregeling en een rechtsvergelijking met de EBITDA-regeling van Spanje en Duitsland. Aansluitend voorziet hoofdstuk vijf in een

⁵⁷ HvJ 26 oktober 2010, nr. C-97/09 (Ingrid Schmelz), V-N 2010/58.20.

⁵⁸ HvJ 3 maart 2005, nr. C-172/03 (Heiser), Jur. p. I-162.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2.

analyse. Allereerst wordt beknopt het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen uitgelegd waarna wordt beoordeeld in hoeverre de EBITDA-regeling 'meer inpasbaar' is. Zodoende wordt getracht om de probleemstelling te beantwoorden in hoeverre een meer inpasbaar stelsel inzake renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting mogelijk is indien de EBITDA-regeling wordt ingevoerd en bepaalde renteaftrekbeperkingen worden afschaft. Tot slot volgen in hoofdstuk zes een samenvatting en de conclusie van het onderzoek.

2. De geldverstrekking

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk wordt als het fundament van dit onderzoek beschouwd. Alvorens de renteproblematiek kan worden behandeld, moet de essentie van het ‘probleem’ in kaart worden gebracht. Het ingewikkelde en omvangrijke stelsel van renteaftrekbeperkingen is het gevolg van het verschil in fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen. Om de renteaftrekproblematiek te kunnen analyseren, moet in eerste instantie worden onderzocht waar dit verschil vandaan komt. Om dit bewustzijn te creëren, wordt teruggegaan naar de rechtvaardiging van het heffen van belasting van rechtspersonen. Daarbij krijgt met name het motief voor de nadelige behandeling van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen de aandacht. Vervolgens worden de functie en de hoofdkenmerken van vreemd en eigen vermogen in kaart gebracht. Vanuit civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk perspectief wordt het onderscheid tussen vreemd en eigen vermogen bekeken. Aansluitend wordt ingezoomd op de hoofdregel inzake de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking alsmede de uitzonderingen op de fiscale hoofdregel. Om tot een volledig beeld te komen, wordt afsluitend de leer omtrent onzakelijke leningen en de leer aangaande het zakelijk handelen zonder de beïnvloeding van aandeelhoudersmotieven behandeld. Het voorgaande wordt besproken aan de hand van de volgende deelvraag: *‘Wat zijn de verschillen tussen vreemd en eigen vermogen vanuit civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief, hebben deze verschillen fiscaalrechtelijke gevolgen en hoe worden deze veroorzaakt?’*

2.2 Motieven van de Wet VpB 1969

De Wet VpB 1969 wordt gerechtvaardigd door onder andere de functie van zelfstandige belastingheffing van lichamen naar de winst. Door middel van toepassing van de Wet VpB 1969 worden ondernemingswinsten belast die niet onder het bereik van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) vallen. Het heffen van vennootschapsbelasting van rechtspersonen wordt enerzijds gerechtvaardigd door het onbillijke fiscale gevolg ten aanzien van ondernemers in de IB in vergelijking tot niet-IB-ondernemers. Immers, als er geen belasting naar de winst van lichamen zou worden geheven, zou een verstoring in de concurrentieverhoudingen tussen niet-IB- en IB-ondernemers worden veroorzaakt. Eenieder zou in een dergelijke situatie zijn onderneming omzetten in een rechtspersoon. Derhalve kan de Wet VpB 1969 als complementair aan de Wet IB 2001 worden beschouwd.⁶⁰ Dit wordt ook wel de leer van het globale evenwicht genoemd en vormt een van de hoofdmotieven omtrent de heffing van vennootschapsbelasting.

⁶⁰ Strik, S.A.W.J., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.o.o.1.b.

Anderzijds kan de heffing van de Wet VpB 1969 worden gerechtvaardigd door het profijtbeginsel. Dit beginsel omvat de rechtvaardiging aangaande het heffen van belasting naar evenredigheid van het nut dat een rechtspersoon van de overheid geniet. Een rechtspersoon heeft profijt van zekerheden die worden geboden door het rechtsstelsel en de mogelijkheid tot het aanbieden van goederen en diensten op de markt. Daarnaast hebben zij profijt van de door de overheid gecreëerde infrastructuur, de kwaliteit van het onderwijs en de bijdrage aan research en development (hierna: R&D).⁶¹

Daarenboven wordt de heffing van vennootschapsbelasting gerechtvaardigd door de antropomorfe zienswijze. De Wet VpB 1969 is immers geënt op het klassieke stelsel. Dit brengt met zich dat een bv⁶² een economische entiteit is met een juridisch zelfstandig bestaan ten opzichte van haar aandeelhouders. Een bv wordt dus gezien als een (fiscaal) rechtssubject. Ten gevolge hiervan wordt het belastbare resultaat zelfstandig berekend⁶³ en is het een voortvloeisel van deelname aan het economische verkeer. De antropomorfe zienswijze is dus in zekere zin de vergelijkbaarheid van een natuurlijk persoon met een rechtspersoon met eigen draagkracht.⁶⁴ Echter, vanwege het verschil in de fiscale behandeling tussen vreemd en eigen vermogen werkt de fiscale zelfstandigheid van lichamen in de Wet VpB 1969 niet in optima forma door. Illusterend is het feit dat vergoedingen over het eigen vermogen per definitie fiscaalrechtelijk niet aftrekbaar zijn, terwijl vergoedingen op vreemd vermogen in beginsel wel aftrekbaar zijn. Het fundamentele beginsel is namelijk dat de rechtspersoon en aandeelhouders afzonderlijke rechtssubjecten met een eigen winstverdeling zijn, zodat dergelijke vergoedingen niet in aftrek op de winst worden toegestaan. Door de fiscaal gunstige behandeling van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen wordt zodoende de investeringskeuze verstoord.⁶⁵ Par. 2.4 bespreekt dit verschil verder.

2.3 *De financieringsbehoefte*

Ondernemers hebben een doorlopende behoefte aan financieringsmiddelen om de activiteiten van hun onderneming te bekostigen. In beginsel is vermogen nodig voor de oprichting van de onderneming. Vervolgens moet in het bedrijf worden geïnvesteerd. Deze investering betreft uitbreidingsinvesteringen dan wel vervangingsinvesteringen. De financieringsbehoefte manifesteert zich ook in verliessituaties.⁶⁶

⁶¹ Elswaier, F.J., & Stevens, S. A., *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting (Herz. ed.)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 20 & 21

⁶² Overeenkomstig van toepassing op nv.

⁶³ Dit verklaart separate entity approach en het daarmee gepaard gaande at arm's lengthbeginsel.

⁶⁴ Strik, S.A.W.J., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.o.o.1.b.

⁶⁵ Rapport Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel, 7 april 2010, p. 89.

⁶⁶ Van Strien, J., *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, FM 119, p. 2.

Bij de vorenstaande financieringsvraagstukken hebben ondernemers de mogelijkheid te kiezen uit grofweg twee soorten financieringsmiddelen. Enerzijds eigen vermogen; dit bestaat uit kapitaalstortingen, verkregen winsthoudingen en aandelenemissies. Anderzijds vreemd vermogen; dit zijn aangetrokken gelden waarop een reële terugbetalingsverplichting rust.⁶⁷ Voorts bestaan er ook vermogenssoorten met zowel kenmerken van eigen vermogen als vreemd vermogen. Deze worden hybride financieringsinstrumenten genoemd.⁶⁸ De voorkeur voor het soort vermogen hangt af van verscheidene factoren. De bedrijfseconomische factoren die van invloed zijn, zien op de leverage-verhouding, de periode van de benodigde financiering, de omvang van de vergoeding en in hoeverre ondernemersrisico's van de ondernemer worden afgewend op de geldverstrekker. Ook spelen civielrechtelijke factoren een belangrijke rol, namelijk het bepalen en alloceren van bepaalde rechten van aandeelhouders. Daarnaast kan kapitaal ook een hulpmiddel zijn om het statutaire doel van de vennootschap te bereiken. De fiscaalrechtelijke argumenten met betrekking tot de financiering zien veelal op het al dan niet aftrekbaar zijn van rente, waardeveranderingen en valutakoersresultaten van de geldlening.⁶⁹ De essentiële verschillen tussen vreemd en eigen vermogen komen in de volgende paragraaf aan bod.

2.4 *Financiering*

Het verschil tussen vreemd en eigen vermogen is het gevolg van het klassieke stelsel. Dit stelsel past namelijk een discriminerende behandeling toe op eigen vermogen. Het basisbeginsel van dit stelsel is de bestaande afscheiding tussen de winst van de rechtspersoon en de aandeelhouders die van de rechtspersoon een winstuitdeling ontvangen. Op grond van het klassieke stelsel wordt de rechtspersoon voor de gehele winst belast en dus ook voor het deel dat wordt uitgedeeld aan de aandeelhouders.⁷⁰ Door toepassing van de totaalwinstgedachte wordt een tweedeling gemaakt tussen de ondernemings- en de kapitaalsfeer van een lichaam, waarbij vreemd vermogen zich in de ondernemingsfeer bevindt en eigen vermogen behoort tot de kapitaalsfeer. Dit brengt met zich mee dat vergoedingen ten aanzien van eigen vermogen krachtens artikel 10, lid 1, sub a, niet in aftrek van het resultaat mogen worden gebracht. Dergelijke vergoedingen worden gekwalificeerd als een 'winstbestemmende uitkeringen'. Daarentegen worden vergoedingen over het ter beschikking stellen van vreemd vermogen in beginsel wel in aftrek van het fiscale resultaat toegestaan. Dit geldt ook voor eventuele waardemutaties van de geldlening. Tevens moet worden opgemerkt dat de kosten inzake afdekkingsinstrumenten in beginsel ook in aftrek

⁶⁷ Snoeij, R., 'De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm', WFR 2009/1582.

⁶⁸ Van Strien, J., *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, FM 119, p. 2.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Bouwman, J.N. en Boer, M.J., *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu 2017 (vijftiende druk), '1.1.2 Het klassieke stelsel'.

worden toegestaan. Deze maken immers geen deel uit van de relaties tussen de debiteur en de crediteur.⁷¹ Financiering met vreemd vermogen wordt dus gunstiger behandeld dan financieringen met eigen vermogen. Feitelijk worden vergoedingen over eigen vermogen dubbel belast, namelijk eenmaal in de vennootschapsbelasting en andermaal in de inkomstenbelasting. Met het oog op een meer gelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen heeft de wetgever de impuls om te financieren met vreemd vermogen trachten te reduceren door de invoering van renteaftrekbeperkingen. Alvorens de renteaftrekbeperking uit de Wet VpB 1969 aan de orde komt, moet allereerst worden bepaald of sprake is van een fiscaalrechtelijke geldlening, hetgeen in principe de aanwezigheid van een civielrechtelijke geldlening vereist.

Uit het vorenstaande blijkt dat vanuit fiscaal perspectief het onderscheid tussen vreemd en eigen vermogen van belang is. Uit het Unileverarrest⁷² van de Hoge Raad (hierna: HR) blijkt dat de civielrechtelijke kwalificatie van een geldlening in beginsel leidend is voor fiscale doeleinden. Een geldverstrekking kwalificeert als geldlening, en dus als vreemd vermogen, indien deze kan worden geschaard onder artikel 7:129 en verder Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).⁷³ De overeenkomst van geldlening is een obligatoire overeenkomst. De inhoud daarvan wordt veelal overgelaten aan de contractsvrijheid van partijen. Voor de kwalificatie van een civielrechtelijke geldlening is de aanwezigheid van een terugbetalingsverplichting cruciaal.⁷⁴

Het onderscheid van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen spitst zich in beginsel toe op de volgende vier punten:⁷⁵

1. zeggenschap;
2. looptijd van vermogensoverdracht;
3. vergoeding; en
4. risico voor het ter beschikking gestelde vermogen.

2.4.1 Zeggenschap

Het eigen vermogen van een lichaam wordt gereflecteerd door aandelen. Een aandeel in een vennootschap weerspiegelt feitelijk een ondeelbaar stuk van de vennootschap. Daarentegen wordt een geldverstrekker door het ter beschikking stellen van vermogen in beginsel geen eigenaar van een onderneming. Een aandeel, onderscheidenlijk een vordering, verschilt qua

⁷¹ *Kamerstukken I*, 2001/02, 28 034, nr. 123b, p. 7. Zie ook brief van de Staatssecretaris van Financiën van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665.

⁷² HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 (Unilever-arrest).

⁷³ Voorheen werd het begrip "geldlening" ingevuld door artikel 7a:1791 BW. Dit artikel is echter vervallen. Deze bepaling geldt voor overeenkomsten die vanaf 1 januari 2017 zijn gesloten.

⁷⁴ Zie onder andere HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104, r.o. 3.5.

⁷⁵ Van Strien, J., *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, FM 119, p. 16 t/m 19.

rechten op het gebied van het aansturen en leidinggeven ten opzichte van de vennootschap.

2.4.2 Looptijd van vermogensoverdracht

Veelal heeft eigen vermogen de kenmerken dat de tijdsduur permanent is en dat geen sprake is van een terugbetalingsverplichting van het ter beschikking gesteld vermogen. In het geval van vreemd vermogen wordt de vennootschap verplicht het geleende bedrag in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid op een bepaald moment terug te betalen. Voor het overige hebben partijen tijdens het sluiten van een overeenkomst van geldlening contractsvrijheid. Ten slotte wordt opgemerkt dat het civiele recht tevens perpetuele leningen als financieringsvorm erkent. In het geval van dergelijke geldleningen is geen specifieke looptijd afgesproken en is deze slechts in bepaalde situaties opeisbaar. Voorts worden rekening courant-kredieten en leningen met een looptijd van meer dan honderd jaar ook onder 'perpetuele leningen' geschaard.

2.4.3 Vergoeding

Het onderscheid in vergoeding is in beginsel evident: kapitaalverschaffers ontvangen normaliter dividend en geldverstrekkers krijgen een rentevergoeding. De rente die door de geldverstrekkers wordt ontvangen, is meestal vast en een vooraf overeengekomen percentage van het nominale bedrag. In de praktijk wordt de rente veelal gekoppeld aan de marktrente; dit wordt weerspiegeld door EURIBOR of LIBOR. In principe wordt de rente niet gekoppeld aan de winstgevendheid van de schuldenaar. Het is echter wel toegestaan om de rentevergoeding deels aan de winst van de schuldenaar te koppelen. Ook kan een converteerbare lening worden overeengekomen, zodat na verloop van tijd door partijen kan worden besloten tot inwisseling van de vordering voor het verkrijgen van aandelen.

2.4.4 Risico voor het ter beschikking gestelde vermogen

Een kapitaalverstrekker neemt in beginsel bij een kapitaalstorting als aandeelhouder een andere, risicovollere positie in dan de geldverstrekker als concurrent crediteur bij een lening. Eigen vermogen wordt daarom vaak gekwalificeerd als risicodragend vermogen.⁷⁶ In geval van een faillissement krijgen geldverstrekkers, in volgorde van preferentie, voorrang met betrekking tot de terugbetaling van het uitgeleende kapitaal. Uitkering aan kapitaalverschaffers is pas toegestaan indien alle geldverstrekkers volledig zijn terugbetaald, waardoor een geldverstrekking kwalificeert als risicomijdend kapitaal. De beperking van het risico wordt gerepresenteerd doordat verstrekkers van vreemd vermogen de gelegenheid hebben om zekerheden te eisen, zoals pand- en hypotheekrechten. Desalniettemin wordt op

⁷⁶ Zie HR 14 maart 1979, nr. 19 023, BNB 1979/153, ro. 8. Zie ook HR 17 december 2004, nr. 39 080, BNB 2005/169, r.o. 4.10.

basis van de Erba-arresten⁷⁷ van de HR het stellen van zekerheden tot een zekere hoogte beperkt. Een schuldeiser kan de zekerheden opeisen indien een schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt. Kapitaalverstrekkers kunnen dergelijke zekerheden niet stellen.

2.5 *Kwalificatie van financieringsinstrumenten*

Uit fiscaalrechtelijke jurisprudentie⁷⁸ blijkt dat de kwalificatie van vreemd en eigen vermogen niet altijd op voorhand duidelijk is. Rechtspersonen kunnen namelijk gebruik maken van nationaal hybride financieringsinstrumenten.⁷⁹

Dit zijn financieringsinstrumenten die op basis van het nationale recht zowel kenmerken van vreemd als eigen vermogen laten zien. Van Strien⁸⁰ werkt, zonder dat dit de totaliteit van hybride financieringsinstrumenten weergeeft, enkele voorbeelden uit.

Allereerst benoemt hij het verschijnsel van de obligatielening met warrant of conversierecht. Opgemerkt wordt dat de rente die wordt vergoed op dergelijke leningen vaak lager is dan bij een obligatielening zonder een dergelijk recht. Een conversierecht of warrant impliceert het recht om gedurende een bepaalde termijn één of meer nieuw uit te reiken aandelen of obligaties van een lichaam te kopen of te verkopen tegen een van tevoren bepaalde prijs. Het verschil in vergoeding met een reguliere obligatielening kan enerzijds worden verklaard doordat deze rechten inzake een conversierecht of warrant eveneens als vergoeding kunnen worden bestempeld. Door toevoeging van een conversierecht of een warrant krijgt de lening een hybride karakter. Afgezien van de rentevergoeding wordt de geldverstrekker additioneel gecompenseerd voor het beschikbaar stellen van zijn vermogen. Deze vergoeding houdt namelijk rekening met de winst van de onderneming oftewel de waarde van de onderneming. Indien de vennootschap waarop de warrant of het conversierecht betrekking heeft sterk in waarde stijgt, dan kan dit recht als een gedeeltelijk winstafhankelijke compensatie worden gezien. In een dergelijk geval is het dus voordelig om dit recht te verzilveren.

Ook geeft Van Strien het voorbeeld van een langdurige, achtergestelde en winstafhankelijke obligatielening. Een dergelijk financieringsinstrument kwalificeert civielrechtelijk in principe als een geldlening. Toch vertoont een dergelijke lening een aantal aspecten van eigen vermogen. Het eerste aspect betreft de gedeeltelijk winstafhankelijke vergoeding. In dit kader wordt een vergelijking gemaakt met de vergoeding op eigen vermogen, namelijk dividend. Dividend is geheel winstafhankelijk. Ook het verschil in risico tussen kapitaal- en geldverstrekkingen komt tot uitdrukking. Een kapitaalverstrekking wordt beschouwd als

⁷⁷ HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 en HR 20 maart 1959, NJ 1959/581.

⁷⁸ Zie onder andere HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 en HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176 (concl. Van Soest, noot Hoogendoorn). Zie ook HR 18 januari 2013, nr. 02 709, NTFR 2013/199.

⁷⁹ Ter verduidelijking: in deze context worden geen hybride geldleningen met betrekking tot internationale mismatchsituaties bedoeld.

⁸⁰ Van Strien, J., *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, FM 119, p. 19 en 20.

risicodragend kapitaal en een geldverstrekking als risicomijdend kapitaal.⁸¹ Deze benaming wordt gerechtvaardigd, omdat geldverstrekkers van een onderneming in geval van liquiditeitsproblemen normaliter meer bevoorrecht worden ten opzichte van kapitaalverstrekkers van diezelfde onderneming. Indien sprake is van een achtergestelde obligatielening blijkt dat deze lening gelijkenissen vertoont met eigen vermogen. Een dergelijke schuldeiser kan in geval van een liquiditeitscrisis immers pas aanspraak maken op zijn verstrekt vermogen indien de Belastingdienst, hypotheek- en pandrechthouders en concurrente schuldeisers zijn voldaan. Bovendien komt het termijn van een langdurige obligatielening overeen met de onbepaalde periode van eigen vermogen. Derhalve vertoont een dergelijke lening eigenschappen van eigen vermogen en wordt de aanwezigheid van het hybride karakter aangetoond. Dit geldt dus ook voor obligatieleningen met een warrant of conversierecht.

De fiscaalrechtelijke kwalificatie van een hybride financieringsinstrument moet dus worden gezien aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden. Het Unilever-arrest bepaalt dat voor fiscale doeleinden de civielrechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking wordt gevolgd. Dit wordt zodoende als de hoofdregel beschouwd. Het arrest maakt echter drie uitzonderingen op de hoofdregel. De civielrechtelijke kwalificatie wordt niet gevolgd indien sprake is van:

1. een bodemloze putlening;
2. een schijnlening; of
3. een deelnemerschapslening.⁸²

Indien een van de bovenstaande geldleningen zich voordoet, volgt een herkwalificatie. Dergelijke geldleningen zijn in wezen informeel kapitaal en dienen daarom voor fiscale doeleinden als kapitaalverstrekking te worden aangemerkt.⁸³

2.5.1 ‘Bodemloze putlening’

Een geldlening wordt als een bodemloze putlening aangemerkt indien: *“de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar de uitlener reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald”*.⁸⁴ Uit het bovenstaande criterium blijkt dat in het geval van een bodemloze putlening op voorhand vaststaat dat het *verstrekte*

⁸¹ HR 17 december 2004, nr. 39 080, BNB 2005/169 (noot J.A.G. van der Geld).

⁸² *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 44

⁸³ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 217 (Unilever-arrest) en HR 10 augustus 2001, nr. 36 662, BNB 2001/364.

⁸⁴ HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231.

bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald. In een dergelijk geval wordt een lening in fiscaal opzicht gelijkgesteld aan kapitaalstorting. Een bodemloze putlening bevindt zich fiscaalrechtelijk dus in de kapitaalsfeer.⁸⁵

2.5.2 ‘Schijnlening’

De Hoge Raad heeft in HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196 geoordeeld dat een omstandigheid zich kan voordoen waarin een geldlening slechts in schijn bestaat, omdat partijen in wezen geen overeenkomst van geldlening tot stand hebben willen brengen. In casu werd een winstuitdeling geconstrueerd alsof sprake was van een geldlening. Het doel daarvan was aftrek van rente in aanmerking te nemen bij de partij die de gelden ontving en het benutten van nog onverrekenende verliezen bij de partij die de lening had verstrekt. De beoordeling of sprake is van een geldlening in schijn én wezen dient te geschieden aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden. De veronderstelling dat nooit de intentie heeft bestaan om daadwerkelijk een schuldovereenkomst af te sluiten, kan worden aangetoond door middel van bepaalde kenmerken, zoals geen aflossingsverplichting in combinatie met geen of minimale rente. Dit wordt versterkt indien ook geen zekerheden zijn gesteld. Indien wordt vastgesteld dat in wezen sprake is van een schijnlening, dan vormt op basis van het Unilever-arrest de geldverstrekking voor fiscale doeleinden in feite een verkapte winstuitdeling op het tijdstip van het verstrekken van de ‘geldlening’.⁸⁶

2.5.3 ‘Deelnemerschapslening’

In het Unilever-arrest wordt tevens het fenomeen deelnemerschapslening besproken. Dit verschijnsel impliceert dat de schuldeiser, indien dit lichaam in Nederland binnenlands belastingplichtig zou zijn geweest voor de vennootschapsbelasting, in zekere mate deel heeft in de crediteur. De deelnemerschapslening wordt evenals de schijn- en bodemloze putlening als een uitzondering op de hoofdregel beschouwd.

De afgelopen decennia heeft de Hoge Raad de afbakening tussen reguliere leningen en hybride financieringsinstrumenten uitgekristalliseerd. In het eerste arrest waarin de Hoge Raad een hybride lening constateerde, oordeelde hij dat de schuldeiser een lening was aangegaan onder dusdanige voorwaarden dat deze in zekere mate deel had in de schuldnemer. De exacte bewoordingen in HR 5 juni 1957, nr. 13 127, BNB 1957/239 waren als volgt: *“(…) de regeling ener verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, welke den*

⁸⁵ Vleggeert, J., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.2.2.L.c4., Bodemloze put.

⁸⁶ Vermeulen, H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.0.5.E.e2., Schijnlening.

schuldeiser zo nauw bij het bedrijf van den schuldenaar betreft dat hij daarin in zekere mate deel heeft”.

In de arresten daaropvolgend zijn de kenmerken van deze hybride lening nader uitgewerkt. Naast het reeds vermelde Unilever-arrest wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het arrest HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 en de arresten HR 25 november 2005, nrs. 40 989 en 40 991, BNB 2006/82 en 83. Uit deze arresten volgt dat de grondgedachte⁸⁷ uit 1957 nu nog steeds pal overeind staat.

In het arrest BNB 1998/208 komt de HR tot inhoudelijke criteria om aan te sluiten bij de grondgedachte uit 1957: *“(…) Aan deze voorwaarden is slechts voldaan, indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.”*⁸⁸

Tevens wordt in dit arrest geëxpliciteerd dat een deelnemerschapslening zich ook kan voordoen wanneer crediteur en debiteur niet via aandeelhouderschap zijn verbonden. In een dergelijke context neemt de schuldeiser niet in zekere mate deel in de schuldenaar, maar is toch sprake van een deelnemerschapslening. Ook in die situatie is sprake van een deelnemerschapslening als aan de volgende voorwaarden is voldaan *‘de rente op de lening is winstafhankelijkheid, de lening is achtergesteld bij concurrente schuldeisers en de lening heeft geen vaste looptijd’*. Wanneer dat het geval is, wordt de geldlening als hybride aangemerkt en volgt een herkwalificatie.

Winstafhankelijkheid

Belangrijk bij de beoordeling of sprake is van winstafhankelijke rente is het arrest HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176. Deze kwestie betrof een bank die 8,5% perpetuele cumulatieve achtergestelde obligaties had uitgegeven. Het geding concentreerde zich louter op het element ‘winstafhankelijkheid’. Aan de overige voorwaarden van de deelnemerschapslening was voldaan. Het gerechtshof stelde feitelijk vast dat de door de bank betaalde rente een vast karakter had en niet afhankelijk was van de winst. Dat de leningsvoorwaarden regelden dat de betaling van rente zou worden opgeschort indien de bank in enig jaar geen dividend op haar aandelen zou uitkeren. De Hoge Raad oordeelde dat dit niet leidt tot een winstafhankelijke rente.⁸⁹ In tegenstelling tot hetgeen de Hoge Raad oordeelde, menen Van Strien en Vleggeert dat wel degelijke sprake is van

⁸⁷ Blijkens de feiten en omstandigheden ter zake van de betrokkenheid kan niet anders worden geconcludeerd dat schuldeiser in wezen deel heeft in het bedrijf van de schuldenaar.

⁸⁸ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

⁸⁹ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.

winstafhankelijkheid. De rente is slechts verschuldigd als er voldoende winst wordt gemaakt om dit uit te keren aan de aandeelhouders.⁹⁰

Voorts blijkt uit het arrest HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82 dat de rente op een geldverstrekking minimaal gedeeltelijk winstafhankelijk moet zijn voordat gesproken kan worden van een deelnemerschapslening. In dit arrest bedroeg de vaste rente 1% en was het overige deel winstafhankelijk. In 1995 kwam de totale rente uit op 8%, waarvan 1% en 7% winstafhankelijk. De Hoge Raad oordeelde in het onderhavige arrest dat aan de eis dat de rente gedeeltelijk winstafhankelijk is, was voldaan.⁹¹ Uit dit arrest kan bij benadering worden afgeleid dat indien de te ontvangen rente voor 87,5% afhangt van de winst er kan worden gesproken van winstafhankelijke rente.

Achtergestelde geldlening

De tweede voorwaarde om te voldoen aan de deelnemerschapslening houdt in dat de schuld achtergesteld moet zijn bij alle concurrente schuldeisers.⁹² Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan indien een lening is achtergesteld bij een of meer niet bevoorrechte andere schuldeisers.⁹³

Geen vaste looptijd

Op basis van het arrest BNB 1998/208 wordt bepaald dat indien een geldlening als deelnemerschapslening kwalificeert ook sprake moet zijn van een geldlening zonder vaste looptijd doch dat deze opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie. Voorts wordt in hetzelfde arrest bepaald dat een geldlening met een looptijd van meer dan vijftig jaar aangemerkt moet worden als een lening zonder vaste looptijd. Dit is vervolgens bevestigd in het arrest BNB 2006/82. In casu was de looptijd van de lening dusdanig lang (een winstafhankelijke prêt participatif met een vaste looptijd van 95 jaar) dat hieraan zelfstandige betekenis moest worden ontzegd. Een lening van vijftig jaar of korter wordt als genoegzaam kortstondig beschouwd.⁹⁴

Overigens wordt op basis van een vonnis van de rechtbank Noord-Holland⁹⁵ geconcludeerd dat het criterium inzake de vaste looptijd formeel geen harde eis is. In de onderhavige casus oordeelde de rechtbank dat de geldlening per saldo geen aflossingsverplichting kan worden

⁹⁰ Van Strien, J., *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, FM 119, p. 88 en Vleggeert J., *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009, FM 132, p. 75.

⁹¹ HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82, r.o. III.

⁹² Zie HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 en HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.

⁹³ Vleggeert, J., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.2.2.L.c3.III.

⁹⁴ Elsweier, F. J., & Stevens, S. A. *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting (Herz. ed.)*. Deventer: Kluwer 2017. P. 78.

⁹⁵ Rb. Noord-Holland 1 december 2017, nr. AWB 15/3265, NLF 2018/0303 m.nt. F. van Horzen.

toegekend. In casu bedroeg de looptijd van een geldlening veertig jaar, terwijl de looptijd van de structuur van het private equity-fonds maximaal dertien jaar was. Tevens werd de winstafhankelijk rente bijgeschreven op de hoofdsom van de lening. Ondanks dat de looptijd van de geldlening minder dan vijftig jaar bedroeg, was de rechtbank van oordeel dat de geldlening per saldo geen aflossingsverplichting kende. Blijkens rechtsoverwegingen 68 en 69 concludeerde de rechtbank - in lijn met het Unilever-arrest – dat de invulling van de voorwaarden van een zogenaamde deelnemerschapslening wordt overgelaten aan de belastingrechter. Hieromtrent is het volgende in het vonnis opgenomen: “(...) *Het vervallen van de nadere specifieke wettelijke invulling van het begrip hybride leningen heeft tot gevolg dat volledig teruggevallen wordt op deze criteria en op de nadere invulling daarvan die in de jurisprudentie heeft plaatsgevonden en nog zal plaatsvinden.*”⁹⁶ De rechtbank is van oordeel dat het criterium dat de schuld geen vaste looptijd heeft niet onder alle omstandigheden hetzelfde moet worden geïnterpreteerd. Indien de looptijd van een geldlening maximaal vijftig jaar bedraagt, is niet op voorhand sprake van een lening met vaste looptijd. Per geval moet nader worden onderzocht of een geldlening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze in wezen functioneert als eigen vermogen. In casu was sprake van een deelnemerschapslening, omdat aan alle voorwaarden is voldaan. De structuur zou voor het moment dat de lening zou moeten worden afgelost niet meer bestaan. Derhalve kon geen zelfstandige betekenis aan de aflossingsverplichting van de lening worden toegekend en was sprake van een lening zonder vaste looptijd.

Deze zienswijze is vervolgens bevestigd door de Hoge Raad met annotatie van Van Gijlswijk⁹⁷. Voor invulling van de criteria voor een deelnemerschapslening moet worden aangesloten bij het Unilever-arrest. In haar algemeenheid dienen de criteria van een deelnemerschapslening formeelrechtelijk te worden uitgelegd, tenzij sprake is “*van bedingen in leningsovereenkomsten waaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd*”.⁹⁸ In dat geval moet een materiele uitleg volgen.

Codificatie ‘hybride lening’

Met ingang van 1 januari 2007 is de doctrine inzake hybride leningen gecodificeerd. Echter, op basis van de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat artikel 10, lid 1, sub d slechts ziet op deelnemerschapsleningen. Onder deze bepaling vallen leningen die civielrechtelijke kenmerken hebben van een geldverstrekking, maar in werkelijkheid dusdanige karakteristieken bevatten dat gesproken moet worden van een kapitaalverstrekking. De

⁹⁶ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 3, p. 47.

⁹⁷ Hoge Raad 5 januari 2018, nr. 01 047, NLF 2018/0133, m.nt. Van Gijlswijk.

⁹⁸ *Idem*, r.o. 2.4.2.

fiscale behandeling moet hierbij dan ook aansluiten. De formeelrechtelijke lening wordt fiscaal als informeel kapitaal gezien. De vergoeding is daarom niet aftrekbaar als rente, want deze kwalificeert als dividend. Overeenkomstig zijn waardemutaties evenmin aftrekbaar en vallen deze, indien aan de eisen wordt voldaan, onder de deelnemingsvrijstelling.

In de eerste plaats moet de vergoeding inzake de geldverstrekking afhankelijk van de winst zijn. De parlementaire behandeling ten tijde van de invoering van artikel 10, lid 1, sub 2, verklaarde dat de winstafhankelijkheid betrekking kan hebben op de jaarwinst (de jaarlijkse 'rente' is afhankelijk van de winst van het jaar), maar dat de rente ook afhankelijk kan zijn van de totaalwinst.⁹⁹ Uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot het pakket maatregelen 'Wet werken aan Winst' blijkt dat sprake is van winstafhankelijke rente indien deze sterk samenhangt met de waardeontwikkeling van een onroerende zaak: *"(...)De winst van deze maatschappij wordt dan (mede) bepaald door de waardeontwikkeling van dat gebouw. Bij een negatieve waardeontwikkeling is vervolgens geen rente verschuldigd, in welk geval ook geen sprake is van positieve winst bij de vennootschap en in het geval van een positieve waardeontwikkeling is de rente wel verschuldigd, in welk geval de vennootschap een winst verantwoordt. Derhalve kan geconcludeerd worden dat de afhankelijkheid van de vergoeding van de waardeontwikkeling van een gebouw, afhankelijkheid van de winst betekent(...)* Dat antwoord verliest zijn geldigheid niet als gevolg van het terugvallen op criteria uit de jurisprudentie waarbij winstafhankelijkheid eveneens van belang is."¹⁰⁰ Met 'Wet werken aan Winst' werd artikel 10, eerste lid, onderdeel d vernieuwd.

Daarnaast kan uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat de jurisprudentie daterend van vóór de wijzigingen uit 'Wet werken aan Winst' onverminderd van toepassing is. Er wordt derhalve aangesloten bij het begrip 'winstafhankelijkheid' zoals uitgelegd in de arresten BNB 1999/217 en BNB 2006/82. De tweede voorwaarde houdt in dat de lening achtergesteld moet zijn bij alle concurrente schuldeisers en de derde voorwaarde zegt dat de leningsvoorwaarden *geen vaste looptijd* mogen reflecteren. Indien sprake is van een deelnemerschapslening komt de rente niet in aanmerking op het resultaat. De hybride lening bevindt zich voor fiscale doeleinden immers in de kapitaalsfeer.

2.6 De onzakelijke lening

In essentie wordt gesproken van een onzakelijke lening indien de schuldeiser bij het aangaan van de geldlening een debiteurenrisico aanvaardt dat een onafhankelijke derde, behoudens

⁹⁹ Vermeulen, H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.2.2.D.e1.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p. 79.

bijzondere omstandigheden, niet zou hebben willen lopen. Het gevolg is dat op een dergelijke geldlening niet ten laste van de winst kan worden afgewaardeerd.¹⁰¹ De oorsprong van de 'onzakelijke lening'-leer komt voort uit het Certificaathouders-arrest¹⁰². Deze leer is vervolgens verhelderd door de 'November-arresten'¹⁰³.

De Hoge Raad heeft het concept 'onzakelijke lening' gedurende de zogenoemde November-arresten nader gespecificeerd. Blijkens deze arresten wordt onder een onzakelijke lening begrepen: “(...) *een lening in gelieerde verhoudingen met een onzakelijk debiteurenrisico dat is ingegeven door die gelieerde verhoudingen, ook wel ODR-lening genoemd, waarbij ODR staat voor een onzakelijk debiteurenrisico dat niet te verzakelijken is door middel van een rentecorrectie*”.¹⁰⁴

Uit deze arresten wordt gedestilleerd dat een onzakelijke lening een figuur symboliseert die zich bevindt tussen eigen en vreemd vermogen. In beginsel geldt indien civielrechtelijk sprake is van een geldlening dat dit voor fiscale doeleinden wordt gevolgd. Het uitgangspunt is dat gelieerde partijen worden geacht onder zakelijke voorwaarden met elkaar te handelen. Indien gelieerde partijen een geldlening hebben afgesloten waarbij onzakelijke voorwaarden zijn overeengekomen, dan moeten op basis van het at arm's-lengthbeginsel (ALB) de voorwaarden worden gecorrigeerd naar voorwaarden die onafhankelijke derden onder diezelfde omstandigheden zouden zijn overeengekomen. In beginsel ziet de correctie slechts op het rentepercentage. Als een geldlening zonder zekerheden is verstrekt tussen gelieerde partijen kan het gebrek aan zekerheden in beginsel worden gecompenseerd door een hoger rentepercentage, ondanks dat een derde wel zekerheden zou bedingen. Echter, de Hoge Raad heeft in zijn arrest BNB 2012/37 geoordeeld dat de aanpassing van de rente niet kan inhouden dat de gecorrigeerde rente in wezen winstdelend wordt. Dit zou namelijk aantasten wat partijen zijn overeengekomen.

Er kan worden gesproken van een onzakelijke lening indien gelieerde partijen een overeenkomst van geldlening zijn aangegaan welke een derde vanwege het debiteurenrisico niet had willen verstrekken. De schuldeiser neemt in de hoedanigheid van aandeelhouder het debiteurenrisico op zich.

¹⁰¹ Bresser, H.J. e.a., *Belastingrecht in hoofdlijnen* (FED Fiscale Studieserie, deel 38), Deventer: Kluwer 2017, p. 142.

¹⁰² HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191, m.nt. P.G.H. Albert (Certificaathouders-uitkooparrest).

¹⁰³ Hoge Raad 25 november 2011, nr. 04 588, NTFR 2011/2834, Hoge Raad 25 november 2011, nr. 05 323, NTFR 2011/2722 en Hoge Raad 25 november 2011, nr. 05 161, NTFR 2011/2723.

¹⁰⁴ Vermeulen, H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.0.5.E.e4.

Uit het arrest HR 13 januari 2012, BNB 2012/79 kan worden geconcludeerd dat slechts sprake kan zijn van een lening onder onzakelijke voorwaarden indien de lening kan worden verzakelijkt door middel van een rentecorrectie. Er is sprake van een onzakelijke debiteurenrisicolening indien naast een rentecorrectie ook zekerheden moeten worden aangepast om een lening als zakelijk te bestempelen.

In het arrest HR 20 maart 2015, BNB 2015/141 is voorts geoordeeld dat ook in bepaalde omstandigheden waarin geen sprake is van een aandeelhoudersrelatie toch kan worden vastgesteld sprake is van een onzakelijke debiteurenrisicolening. Dergelijke omstandigheden zijn constellaties waar op grond van persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen.

Echter, bijzondere omstandigheden kunnen bewerkstelligen dat een lening die in beginsel onzakelijk is niettemin zakelijk is. De zinsnede 'bijzondere omstandigheid' heeft de Hoge Raad in HR 14 oktober 2016, BNB 2017/6 verhelderd. Indien sprake is van gelieerdheid en tevens een zakelijke relatie (leveranciers- of afnemersrelatie) tussen concernmaatschappijen, dan kan het zijn dat deze afnemersrelatie dermate belangrijk is dat deze het verstrekken van de (in principe) onzakelijke lening kan rechtvaardigen. In dat geval dient deze geldverstrekking als zakelijk te worden beschouwd.

Voorts is in het arrest HR 25 november 2011, BNB 2012/37 bepaald dat de hoofdsom van een onzakelijke debiteurenrisicolening niet kan worden gesplitst in een zakelijk en onzakelijk deel. Onzakelijke leningen kunnen aanwezig zijn in meerdere situaties. Enerzijds kan worden gedacht aan onzakelijke leningen 'omlaag' en 'omhoog'. Anderzijds kan een onzakelijke lening 'opzij' zich ook voordoen. Een onzakelijk lening 'opzij' houdt in dat binnen één concern een bepaalde zustermaatschappij andere zustermaatschappijen onzakelijk bevoordeelt. In dergelijke kwesties wordt fiscaalrechtelijk aangenomen dat een bepaalde zustermaatschappij een (verkapt) dividend aan de gezamenlijke moedermaatschappij doet. Vervolgens stort de moedermaatschappij (informeel) kapitaal in de andere zustermaatschappij. Via deze weg wordt binnen het concern de totaalwinstgedachte gerespecteerd.¹⁰⁵

De classificatie als onzakelijke debiteurenrisicolening heeft twee consequenties. Enerzijds brengt de classificatie teweeg dat een potentieel afwaarderingsverlies op de lening niet in aanmerking kan worden genomen. Anderzijds speelt het verzakelijken, de rentecorrectie, van de lening een rol. De rente op de onzakelijke lening wordt als het ware vastgesteld alsof een

¹⁰⁵ HR 25 november 2011, 05 323, BNB 2012/37 en HR 6 december 2013, nr. 04 798, V-N 2014/5.16.

lening met een borgstelling rechtstreeks is aangegaan bij een derde onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Zo blijft de winstberekening in een dergelijke situatie in beginsel synchroon met een reguliere zakelijke geldlening voor zover het de rente betreft. Dit wordt pas anders indien ten aanzien van de verzakelijkte geldlening moet worden afgewaardeerd. Immers, het risico dat de lening niet kan worden afbetaald of dat de rente niet kan worden betaald, ligt in de kapitaalssfeer.

Het beoordelingstijdstip aangaande de zakelijkheid van een geldlening ligt in beginsel op het moment dat de lening wordt verstrekt. Desalniettemin kan de lening op een later tijdstip van aard veranderen als de schuldeiser onzakelijk handelt. Een dergelijke situatie doet zich voor indien gelieerde partijen een lening overeenkomen waarbij zekerheden worden gesteld. Op dit moment wordt geacht dat de gelieerde partijen een zakelijke lening zijn overeengekomen. Na verloop van tijd verkeert de schuldenaar in een preciaire situatie waardoor de lening niet kan worden afbetaald. Normaliter zou een bank zijn zekerheden opeisen. Indien een schuldeiser dit recht veronachtzaamt, kan vanaf dat moment sprake zijn van een onzakelijke debiteurenrisicolening en is het verlies op de geldlening vanaf dat moment in principe niet meer aftrekbaar. Niettemin kan een dergelijk verlies op basis van de liquidatieregeling ex artikel 13d toch in aftrek worden gebracht.

In het arrest HR 25 november 2011, BNB 2012/38 is bepaald dat indien sprake is van een onzakelijke geldlening de mogelijke waardedaling van de lening leidt tot verhoging van het opgeofferd bedrag. In een dergelijk geval kan het verlies op de lening als liquidatieverlies in aftrek worden genomen. Krachtens artikel 13l wordt een uitzondering gecreëerd met betrekking tot het principe dat deelnemingsresultaten de resultaten van de moedermaatschappij niet beïnvloeden. Bij liquidatie van de dochtermaatschappij ontstaat regelmatig een verlies. Normaliter valt dit verlies onder de deelnemingsvrijstelling. Echter, omdat dit verlies 'nergens' kan worden verrekend, staat het de moedermaatschappij vrij om het liquidatieverlies, het verschil tussen het opgeofferd bedrag en de liquidatie-uitkeringen van de deelneming, ten laste van het fiscale resultaat te brengen.¹⁰⁶ Aansluitend heeft de Hoge Raad in het arrest HR 25 november 2011, BNB 2012/78 geoordeeld dat de kwijtschelding van een onzakelijke lening een informele kapitaalstorting is. Dit had tot gevolg dat de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang groter werd. Vervolgens is in het arrest HR 28 februari 2014, BNB 2014/98 bepaald dat de informele kapitaalstorting zich niet al voordoet ten tijde van de eerste afwaardering van de lening. De afwaardering doet zich pas voor indien definitief vaststaat dat de schuldenaar niet meer aan zijn aflosverplichting zal

¹⁰⁶ Bresser, H.J. e.a., *Belastingrecht in hoofdlijnen* (FED Fiscale Studietoetsreeks, deel 38), Deventer: Kluwer 2017, p. 142.

voldoen, zoals bij liquidatie of kwijtschelding van de (oninbare) vordering door de schuldeiser.

2.7 *Gelieerdheid op grond van het at arm's-lengthbeginsel*

Blijkens artikel 3.8 Wet IB 2001 vormt de winst uit een onderneming “(...) het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”. Deze bepaling impliceert de totaalwinstgedachte, maar ook dat de winst van een onderneming dient te worden belast.¹⁰⁷ Gelieerde partijen worden op basis van het totaalwinstbeginsel geacht zakelijk met elkaar te handelen. Dit beginsel behelst de ontzenuwing van transacties gekleurd door de aandeelhoudersrelatie. Het is vervolgens opgenomen in artikel 8b. In wezen is deze bepaling een codificatie van het ALB van artikel 9 van het OESO-modelverdrag.¹⁰⁸ Desalniettemin kan worden gesteld dat de oorsprong van het beginsel zich bevindt in artikel 3.8 Wet IB 2001. Dit kan tevens worden geconcludeerd uit de Nota naar aanleiding van het Verslag.¹⁰⁹ Hierin wordt betoogd dat het ALB geen noviteiten met zich meebrengt ten opzichte van de totaalwinstgedachte. Dit beginsel is louter in het perspectief van internationale transparantie tot wetgeving gemaakt. Het ALB houdt in dat de voorwaarden bij transacties tussen gelieerde ondernemingen in overeenstemming worden gebracht met de voorwaarden die in het economische verkeer tussen onafhankelijke derden tot stand zouden zijn gekomen. Door toepassing van dit beginsel worden positieve en negatieve voordelen, die hun oorsprong alleen vinden in de aandeelhoudersrelatie dan wel de vennootschappelijke relatie, geëlimineerd uit de winst van een lichaam.

Ten grondslag van de codificatie van dit beginsel lag de onvoordelige bewijspositie van de Belastingdienst. Voorheen moest de Belastingdienst bewijzen dat een belastingplichtige met opzet onzakelijk handelde. Dit bleek in de praktijk vaak problematisch. In het arrest HR 28 juni 2002, nr. 36 446, BNB 2002/343 was immers bepaald dat de belastinginspecteur de bewijslast heeft aangaande de ongebruikelijk gehanteerde verrekenprijzen en dat het de belastinginspecteur moet zijn die moet aantonen dat de belastingplichtige onzakelijk had gehandeld.¹¹⁰

Lid 1 en 2 van artikel 8b bepalen wanneer sprake is van gelieerdheid tussen rechtspersonen. Voorgaand aan de invoering van het artikel was het uitsluitend denkbaar dat aandeelhoudersverhoudingen zouden dirigeren tot gelieerdheid. Doordat de praktijk frequent stichtingen en trusts in structuren aangreep, konden zij classificatie als gelieerde

¹⁰⁷ HR 2 april 1947, B. 8335.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 5, p. 33-34.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ Elswier, F.J., & Stevens, S.A., *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting (Herz. ed.)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 78.

rechtspersonen voorkomen.¹¹¹ Deze rechtspersonen hebben namelijk geen in aandelen verdeeld kapitaal. De wetgever heeft daarom besloten om de zinsnede ‘deelname in het toezicht’ toe te voegen aan de wettekst. Door deze toevoeging is artikel 8b in overeenstemming met artikel 9 van het OESO-modelverdrag.

Het eerste lid van artikel 8b omvat de zogeheten verticale gelieerdheid. In zulke situaties neemt een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deel aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het andere lichaam. Het tweede lid vervult de horizontale gelieerdheid. De strekking is dat eenzelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van beide lichamen. De deelnemende persoon kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn.¹¹² De mate van omvang die leidt tot gelieerdheid is niet exact bepaald om manipulatie te voorkomen.¹¹³ Uit het adviesrapport van de Raad van State blijkt dat wanneer sprake is van gelieerdheid een aandeelhouder, toezichthouder dan wel bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen met betrekking tot de vaststelling van de prijzen van een overeenkomst die zich tussen de betrokken partijen voordoet.¹¹⁴ Indien een belastingplichtige vooraf zekerheid wenst te hebben over de potentiële gelieerdheid tussen rechtspersonen, kan hieromtrent bij de competente inspecteur zekerheid vooraf worden gevraagd.¹¹⁵

Wanneer gelieerdheid tussen rechtspersonen wordt verondersteld, dan bepaalt lid 3 dat de belastingplichtige verplicht is onderbouwing van de gebruikte verrekenprijzen op te nemen in de administratie. Deze verplichting bestaat om aan te duiden dat dergelijke prijzen ook tussen onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen. Hierbij wordt benadrukt dat de documentatieverplichting niet hetzelfde is als bewijslast. De verdeling van de bewijslast wordt aan de belastingrechter overgelaten. Echter, de documentatieverplichting kan wel onzekerheid veroorzaken met betrekking tot de vraag of reeds aan deze verplichting is voldaan.

2.8 *Subconclusie*

In dit hoofdstuk is de ratio achter de Wet VpB 1969 besproken en zijn de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke verschillen tussen vreemd en eigen vermogen besproken. De volgende deelvraag is behandeld: *‘Wat zijn de verschillen tussen vreemd en eigen vermogen vanuit*

¹¹¹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. A, p. 4.*

¹¹² *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 p. 20–21.*

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. A, p. 5–6.*

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 33–34.*

civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief, hebben deze verschillen fiscaalrechtelijke gevolgen en hoe worden deze veroorzaakt?’

Civielrechtelijk wordt vermogen als vreemd vermogen beschouwd indien een reële terugbetalingsverplichting is overeengekomen. Het Unilever-arrest dicteert vervolgens dat voor fiscale doeleinden de civielrechtelijke kwalificatie van vermogen in principe bepalend is, tenzij sprake is van hybride financieringsinstrumenten. In dergelijke situaties volgt een herkwalificatie van het vreemd vermogen. Een lening heeft dan zoveel overeenkomsten met eigen vermogen dat deze als zodanig moet worden behandeld. Het civielrechtelijk vreemd vermogen wordt fiscaalrechtelijk behandeld als eigen vermogen en bevindt zich zodoende in de kapitaalsfeer. Vervolgens volgt uit het klassieke stelsel dat eigen vermogen fiscaal nadeliger wordt behandeld dan vreemd vermogen. Het basisbeginsel van dit stelsel is de scheiding tussen de winst van de rechtspersoon en de aandeelhouders die van de rechtspersoon een winstuitdeling ontvangen. Op grond van het klassieke stelsel wordt de rechtspersoon voor zijn gehele winst belast en dus ook voor het deel dat wordt verdeeld onder de aandeelhouders. Uit het klassieke stelsel volgt tevens dat vergoedingen over het eigen vermogen niet ten laste van het fiscale resultaat mogen worden gebracht. Daarentegen zijn vergoedingen over vreemd vermogen in beginsel wel aftrekbaar van het fiscale resultaat. Aansluitend is het fenomeen besproken dat zich bevindt tussen vreemd en eigen vermogen, de onzakelijke lening. Voor fiscale doeleinden wordt op basis van het at arm's lengthbeginsel (ALB) verwacht dat gelieerde partijen handelen op grond van voorwaarden die onafhankelijke derden onder diezelfde omstandigheden zouden zijn overeengekomen. Niettemin blijft een onzakelijke lening voor fiscale doeleinden een lening. Echter, het aanvaarden van het onzakelijke debiteurenrisico kan ertoe leiden dat afwaardering van een dergelijke geldlening niet in aanmerking op de winst kan worden toegelaten. Dit geldt tevens voor de aftrek van rente. Derhalve bevindt een onzakelijke lening zich tussen vreemd en eigen vermogen.

3. Renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen besproken. Aangezien de fiscale behandeling van vreemd vermogen nauw samenhangt met de wettelijke renteaftrekbeperkingen, worden aansluitend de voor dit onderzoek relevante renteaftrekbeperkingen behandeld. Grenzend aan de renteaftrekbeperkingen die door jurisprudentie¹¹⁶ tot stand zijn gekomen, kent de Wet VpB 1969 verschillende renteaftrekbeperkingen. Over het algemeen wordt beoogd louter specifieke onwenselijke vormen van renteaftrek te treffen die niet of niet genoeg worden verhinderd door toepassing van de jurisprudentie.¹¹⁷ Bovendien wordt getracht samenloop tussen aftrekbeperkingen, een *overkill*, te vermijden. Onder onwenselijke vormen van renteaftrek versta ik de situatie waarin belastingplichtigen willens en wetens rentelasten construeren met als doel het belastbaar bedrag bovenmatig te doen mitigeren. Indien dit niet wordt bestreden, kan dit leiden tot budgettaire derving voor de Nederlandse Staatskas.¹¹⁸

In dit hoofdstuk staat de deelvraag ‘*Wat zijn de huidige relevante renteaftrekbeperkingen in de nationale wet en brengen deze onvolkomenheden met zich?*’ centraal. Paragraaf 3.2 behandelt de werking, noodzaak en effectiviteit van artikel 10b aangaande de beperking van renteaftrek van renteloze of laagrentende geldleningen met een looptijd van meer dan tien jaar tussen gelieerde partijen. Ook wordt het Europeesrechtelijk aspect van artikel 10b besproken. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 de werking, noodzaak en effectiviteit van artikel 13l inzake de beperking van aftrek van bovenmatige deelnemingsrente behandeld. Tevens wordt de achtergrond van dit artikel besproken en volgt een beoordeling of het artikel verenigbaar is met primair EU-recht. Afsluitend worden de bevindingen uit dit hoofdstuk weergegeven. Dit hoofdstuk spitst zich met name toe op de werking van de artikelen 10b en 13l. Enerzijds vanwege het feit dat het kabinet reeds in het Belastingplan 2018 heeft aangegeven artikel 10a te behouden ten behoeve van een coherent stelsel aangaande renteaftrekbeperkingen, anderzijds omdat artikel 15ad, op grond van de redenering uit paragraaf 1.2 niet van toepassing is voor dit onderzoek.

3.2 Laagrentende geldlening met lange looptijd

Artikel 10b richt zich tegen de aftrek van rente en waardemutaties in het geval van renteloze of laagrentende geldleningen, met een onbepaalde of bepaalde looptijd langer dan tien jaar,

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252 (Zweedse grootmoeder-arrest) en HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217. Zie ook HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196. Zie onder meer recentelijk HR 21 april 2017, nr. 05 278, BNB 2017/162.

¹¹⁷ Zeijden, F.M. en Walle, L.P.A.J., ‘Renteaftrek, het zorgenkijnde van de vennootschapsbelasting’, Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/02.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 50.

die zijn aangegaan tussen partijen die op grond van het ALB worden aangemerkt als gelieerde lichamen. De achterliggende reden voor de invoering van deze bepaling is het voorkomen van mismatches in internationaal verband ter zake van langlopende geldleningen met een onzakelijke rente.¹¹⁹ Het betreft hier voornamelijk de bestrijding van de internationale mismatches inzake de geïmputeerde rente. De commerciële werkelijkheid reflecteert immers dusdanig lage rentevergoedingen die onafhankelijke derden nooit zouden hebben afgesproken. Omwille van de eerbiediging van het totaalwinstbeginsel dient de rente te worden verzakelijkt. Derhalve moet onder de geïmputeerde rente de fictieve zakelijke rente worden verstaan die onafhankelijke derden in dergelijke gevallen wel overeenkomen. Ter bepaling van het Nederlandse fiscale resultaat wordt gerekend met de geïmputeerde rente¹²⁰. Voor het berekenen van het fiscale resultaat wordt dus geacht dat de rente zakelijk is en komt in beginsel de verzakelijkte rente in aftrek op het resultaat. Voor fiscale doeleinden wordt daarom de totaalwinstgedachte gerespecteerd. De mismatchsituatie¹²¹, in relatie met de geïmputeerde rente, wordt weergegeven doordat de fictieve rente in beginsel als aftrekpost voor de Nederlandse vennootschapsbelasting kan worden beschouwd. Vervolgens wordt de fictieve bate bij de schuldeiser niet in de belastinggrondslag betrokken. In een dergelijke situatie bewerkstelligt artikel 10b de voorkoming van de mismatch doordat de geïmputeerde rente fiscaal niet ten laste van de winst mag worden gebracht. Dergelijke mismatches kunnen zich echter alleen voordoen in grensoverschrijdende situaties. In binnenlandse situaties zou de aftrek van de rentevergoeding bij de ene entiteit een *pick-up* van de rente bij de andere entiteit inhouden. Tegenover een aftrek staat daarom het heffen van belasting. Deze corresponderende *pick-up* is het gevolg van het totaalwinstbeginsel.

De eventuele samenloop van artikel 10b met andere renteaftrekbeperkingen, zoals de artikelen 10, lid 1, sub d, 10a, 13l en 15ad Wet VpB 1969 wordt voorkomen door het beleid van de staatssecretaris van Financiën. Hij is van mening dat: “(...) *Bij de beschouwing van de bestaande renteaftrekbeperkingen is gezien waar een overlap zou kunnen ontstaan met de voorgestelde aftrekbeperking van deelnemingsrente. Daarbij is het uitgangspunt dat dezelfde rente niet meer dan eenmaal in aftrek kan worden beperkt en dat de verschillende renteaftrekbeperkingen worden toegepast in de volgorde waarin zij in de wet staan*”.¹²² Indien de (geïmputeerde) rente door artikel 10a in aftrek van het resultaat wordt genomen, is artikel 10b niet meer van toepassing. Deze rente wordt dan niet tweemaal in aftrek geweigerd. Als een langlopende renteloze of laagrentende lening op grond van de

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 53-54.*

¹²⁰ In ogeschouw moet worden genomen dat de geïmputeerde rente een gefingeerde rente is. De werkelijke boekhouding geeft de te lage rentevergoeding weer.

¹²¹ In het geval van een renteloze of laagrentende geldlening met een dusdanige looptijd verstrekt door een gelieerd lichaam.

¹²² *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 12.*

voorwaarden uit de jurisprudentie kan worden aangemerkt als een hybride lening, dan bepaalt artikel 10, eerste lid, onderdeel d dat de rente niet in aftrek komt. Alsdan volgt een herkwalificatie van de geldlening als eigen vermogen en is artikel 10b niet van toepassing.¹²³ De samenloop met artikel 13l wordt voorkomen door te bepalen dat de rente, die reeds door artikel 10b in aftrek wordt beperkt, niet nogmaals op grond van artikel 13l van aftrek kan worden uitgesloten. Dezelfde systematiek geldt voor artikel 15ad.

3.2.1 De werking van 10b

De elementen van artikel 10b bepalen dat de rente en waardemutaties¹²⁴ van een desbetreffende geldlening in aftrek van het resultaat worden beperkt. Het bovenstaande artikel is van toepassing indien de belastingplichtige een geldlening heeft verkregen van een gelieerd lichaam, terwijl geen vergoeding is overeengekomen of slechts een vergoeding is overeengekomen die in belangrijke mate lager is dan in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn afgesproken. Voor toepassing van artikel 10b dient allereerst sprake te zijn van een fiscaalrechtelijke geldlening. Vervolgens dient de overeenkomst te zijn aangegaan tussen gelieerde lichamen ex artikel 8b. Gelieerdheid kan zich krachtens dit artikel ook voordoen indien tussen partijen geen aandeelhoudersrelatie bestaat. Verder dient de geldlening te zijn verstrekt zonder vaste aflossingsdatum of met een vaste aflossingsdatum die meer dan tien jaar later is dan het moment dat de geldlening is aangegaan. Voorts is de aftrekbeperking niet van toepassing op een geldlening met een vaste aflossingsdatum die minder dan tien jaar duurt. Indien een geldlening wordt aangegaan voor een periode korter dan tien jaar, maar waarbij de aflossingsdatum na verloop van tijd wordt verschoven naar een later tijdstip, dan kan artikel 10b alsnog van toepassing zijn. Er wordt dan gedaan alsof de geldlening op het moment van de totstandkoming de 'nieuwe, naar een later tijdstip gelegen' aflossingsdatum had. De rente die de belastingplichtige reeds in aftrek heeft gebracht, de periode voordat de lening onder artikel 10b kon worden geschaard, wordt niet teruggenomen voor het gedeelte dat ziet op hetgeen op het moment van wijziging al is afgelost. Als een lening ex artikel 10b Wet VpB 1969 met een looptijd van vijftien jaar na zeven jaar vervroegd wordt afgelost, dan staat de letterlijke wettekst niet toe de niet-aftrekbare rente alsnog in aanmerking te nemen. Voor toepassing van het artikel moet overeenkomstig worden voldaan aan de omstandigheid dat rechtens dan wel in feite geen vergoeding is overeengekomen of dat de vergoeding in belangrijke mate lager is dan in het economisch verkeer tussen onafhankelijke partijen betamelijk zou zijn. De betekenis van 'in belangrijke mate' wordt in fiscaal jargon aangeduid als 30%.¹²⁵ De vergoeding moet dus 30%

¹²³ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p. 83.

¹²⁴ Bij waardemutaties in het geval van de schuldenaar moet gedachten worden in rentestand- en valutamutaties.

¹²⁵ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 8, p. 51.

lager zijn dan dat onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen. Typerende voorbeelden van renteloze leningen zijn rekening-courantverhoudingen, ‘zero coupon’, of ‘deep discount’-leningen. Dergelijke leningen, mits voldaan aan de bepaalde voorwaarden, vallen in elk geval onder artikel 10b, ongeacht de zakelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan de rente.¹²⁶

Alvorens artikel 10b van toepassing kan zijn, moet cumulatief aan vorenstaande voorwaarden zijn voldaan. Indien dit het geval is, komen vergoedingen en negatieve waardemutaties niet in aftrek op het belastbaar resultaat. Daarentegen zijn potentiële positieve waardemutaties wel belast.¹²⁷ De urgentie en bruikbaarheid van het huidige artikel 10b wordt in de literatuur door verschillende auteurs betwijfeld.¹²⁸ Bovendien menen bepaalde auteurs dat het artikel zo snel mogelijk moet worden geschrapt.¹²⁹

3.2.2 De noodzaak en doeltreffendheid

De 10b-mismatch, zoals beschreven in par. 3.2.1, wordt geïllustreerd door het Zweedse grootmoeder-arrest¹³⁰. Dit arrest is gebaseerd op het totaalwinstbeginsel¹³¹ van het Nederlands belastingrecht. Blijkens het arrest bewerkstelligt de toepassing van het totaalwinstbegrip dat de crediteur een fictieve zakelijke rente in aftrek kan brengen en volgt vanuit het Nederlands perspectief een bijtelling van dezelfde rentebate bij de debiteur. Doch werd in Zweden geen corresponderende belasting geheven in relatie tot de in Nederland bepaalde fictieve renteaftrek. Tot op heden heeft de uitwerking van het Zweedse grootmoeder-arrest niet geleid tot een derving van inkomsten voor de Nederlandse Staat. Immers, de belastingplichtige trekt dezelfde (fictieve) rente af wanneer een zakelijke rente was overeengekomen. Vanuit internationaal perspectief bezien is het wrang dat tegenover de aftrek geen overeenkomstige belasting wordt geheven. Naar aanleiding hiervan meent de wetgever dat de dwingende omstandigheid is ontstaan zulke situaties te bestrijden. De dwingende omstandigheid dat zich in een volgende belastingjurisdictie niet altijd een corresponderende *pick-up* met betrekking tot de fictieve renteaftrek voordoet, verklaart volgens de wetgever de noodzaak van het bestaan van artikel 10b. Afwezigheid van een dergelijk artikel zou het voor partijen mogelijk maken deze dispariteit tussen belastingstelsels uit te buiten. Daarenboven tracht artikel 10b de informatieasymmetrie

¹²⁶ Bouwman, J.N. en Boer, M.J., *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu 2017 (vijftiende druk), p. 350.

¹²⁷ *Kamerstukken I 2006/07*, 30 572, nr. H, p. 2.

¹²⁸ Brandsma, R.P.C.W.M. en Pancham, S.R., ‘Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek’, *WFR 2006/774* en Heithuis, E.J.W., ‘Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!’, *NtFR 2006/1236*.

¹²⁹ Brandsma, R.P.C.W.M. en Pancham, S.R., ‘Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek’, *WFR 2006/774*. Zie ook HvJ 26 oktober 2017, nr. C-39/16 (Argenta), BNB 2018/23 m.nt. R.J. De Vries, punt 12.

¹³⁰ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252 (Zweedse grootmoeder-arrest).

¹³¹ Dit begrip behelst de totale winst die de ondernemer geniet gedurende het tijdvak, waarin hij als belastingplichtige de onderneming drijft, aan belastingheffing is onderworpen.

tussen de Belastingdienst en belastingplichtigen te herstellen. De belastingplichtige moet immers aantonen dat de geldlening tussen gelieerde partijen zakelijk is. Wanneer dit artikel niet zou bestaan, zou ingevolge het Zweedse grootmoeder-arrest de Belastingdienst moeten aantonen dat de voorwaarden van de lening onzakelijk zijn.¹³² Derhalve voorkomt artikel 10b onwenselijke renteaftrek en herstelt het de informatie-asymmetrie.¹³³ Niettemin is de beperking enigszins ruw vormgegeven, waardoor een overmaat aan onverwachte gevolgen mogelijk is. Tevens vormt het artikel een apparente inbreuk op de totaalwinstgedachte.¹³⁴ Allereerst wordt de internationale mismatch door de werking van het Zweedse grootmoeder-arrest erkend. Artikel 10b voorziet in een renteaftrekbeperking die zich louter strekt tot situaties waarbij de looptijd van de geldlening langer is dan tien jaar. Enerzijds blijkt dat deze beperking eenvoudig te omzeilen is door een geldlening met een geldigheidsduur van minder dan tien jaar overeen te komen. Anderzijds blijkt dat de te bestrijden mismatches zich ook kunnen voordoen bij renteloze of laagrentende leningen met een geldigheidsduur korter dan tien jaar. Artikel 10b kan dus worden gezien als een 'disincentive voor gelieerde partijen om geldleningen onder onzakelijke voorwaarden aan te gaan voor een periode langer dan tien jaar'.¹³⁵

Uit de situaties die zijn genoemd in bijlage A blijkt dat in buitenlandse situaties economisch dubbele belastingheffing kan voorkomen. Dit is tevens het geval in sommige binnenlandse situaties. Indien gelieerde lichamen die zijn gesitueerd in Nederland een laagrentende geldlening overeenkomen met een looptijd van meer dan tien jaar, dan wordt de geldlening ingevolge het ALB verzakelijkt door middel van de geïmputeerde rente. Echter, door de werking van artikel 10b wordt de fictieve rente niet in aftrek toegestaan bij de schuldenaar. De ontvangen rente wordt wel belast bij de schuldeiser. Een mogelijke oplossing voor dergelijke binnenlandse verhoudingen zou toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn. De onevenwichtigheid wordt weggenomen doordat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de renteontvangst en dus niet wordt belast. In beginsel was de staatssecretaris van Financiën geen voorstander van het van toepassing verklaren van de deelnemingsvrijstelling.¹³⁶ Bovendien achtte de staatssecretaris een gecompliceerde tegenbewijsregeling voor niet-deelnemingssituaties geen noodzaak. De staatssecretaris meende dat dergelijke mismatches in de praktijk moeten worden voorkomen door over de lening een zakelijke rente in rekening te brengen.¹³⁷ Niettegenstaande wordt economisch dubbele heffing in binnenlandse deelnemingsverhoudingen als gevolg van artikel 10b met

¹³² HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252 (Zweedse grootmoeder-arrest), mt.n. Hofstra, punt 2.

¹³³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 27.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 83

¹³⁵ *Idem*, p. 83.

¹³⁶ *Idem*, p. 84.

¹³⁷ *Idem*, p. 84

behulp van de hardheidsclausule¹³⁸ voorkomen. In principe regelt deze clausule de bevoegdheid van de minister om voor bepaalde gevallen of groepen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard die zich bij de toepassing van de belastingwet kunnen voordoen. De staatssecretaris van Financiën geeft invulling aan de hardheidsclausule door in zuiver nationale deelnemingsverhoudingen de dubbele heffing op te heffen door een 10b-vordering aan te merken als een deelnemerschapslening. Het gevolg is enerzijds dat de rente niet aftrekbaar is en anderzijds dat de ontvangen rente onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt geschaard.¹³⁹

Op grond van het vorenstaande wordt geconcludeerd dat het de bepaling ontbreekt aan noodzaak en effectiviteit. Dit wordt door de staatssecretaris impliciet bevestigd aangezien hij goedkeurend beleid omtrent artikel 10b heeft gevormd. Verder is de regeling eenvoudig en uitvoerbaar.

3.2.3 Europeesrechtelijke houdbaarheid

Doordat de staatssecretaris de hardheidsclausule slechts wenst toe te passen in binnenlandse deelnemingsverhoudingen kan dit problematiek opleveren in relatie tot primair Europeesrechtelijke vrijheden. Per slot van rekening worden enkel en alleen binnenlandse lichamen hiermee geholpen.¹⁴⁰ Ten aanzien van grensoverschrijdende situaties is geen beleid gevormd. Ondanks dat economisch dubbele heffing zich kan voordoen, is Vleggeert¹⁴¹ van mening dat artikel 10b slechts de vrijheid van vestiging kan belemmeren indien in binnenlandse verhoudingen aftrek van de rente zou worden toegestaan.

Verder zijn Vleggeert¹⁴² en Van Os¹⁴³ van mening dat het belastingvoordeel slechts is voorbehouden aan interne situaties; niet alleen krachtens de hardheidsclausule, maar ook door de mogelijkheid van het aangaan van een fiscale eenheid in interne situaties. Ten gevolge van het fiscale eenheidsregime worden leningen ‘weggeconsolideerd’.¹⁴⁴ Aangezien een grensoverschrijdende fiscale eenheid in beginsel niet mogelijk is, behoudens de Papillon-uitzonderingen uit artikel 15, blijft in grensoverschrijdende situaties de dubbele belastingheffing bestaan. Een fiscale eenheid kan namelijk niet worden aangegaan tussen

¹³⁸ Ingevolge artikel 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

¹³⁹ Redactie Vakstudie Nieuws op Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2007, nr. BCPP2007-00826, Goedkeuring staatssecretaris ten aanzien van art. 10b-leningen, V-N 2007/30.13.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Vleggeert, J. *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht* (FM nr. 132), Deventer: Kluwer 2009, p. 456–457.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Van Os, P.B.N., ‘De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)’, MBB 2016/4.

¹⁴⁴ Naar aanleiding van HvJ van 22 februari 2018 (gevoegde zaken X bv (C-398/16) en X nv (C-399/16), ECLI:EU:C:2018:110) tezamen met de reeds op 8 december 2017 aangekondigde spoedmaatregelen, blijkt dat een per-element-benadering met betrekking tot het fiscale eenheidsregime moet worden toegepast. Dit houdt in dat bepaalde regelingen, zoals renteaftrekbeperkingen, moeten worden toegepast alsof geen fiscale eenheid bestaat. Aangezien het bovenstaande niet binnen de afbakening van het onderzoek behoort, wordt dit niet behandeld.

een binnenlandse en een buitenlandse belastingplichtige. Dit is louter mogelijk indien de juridische entiteit of vaste inrichting (hierna: vi) in Nederland is gevestigd. Derhalve wordt geconstateerd dat binnenlandse situaties in dergelijke gevallen beter worden behandeld dan buitenlandse situaties. De ontvangen rente op dergelijke leningen wordt in grensoverschrijdende situaties immers krachtens het ALB verhoogd, waardoor het aangaan van dergelijke geldleningen in beginsel niet wordt ontmoedigd. In binnenlandse situaties kan door het aangaan van een fiscale eenheid de renteaftrekbeperking worden voorkomen. Doordat dit niet mogelijk is met betrekking tot een buitenlandse vi, moeder- of dochtermaatschappij is sprake van een belemmering.

Van Os¹⁴⁵ is enerzijds van mening dat een belemmering wordt gecreëerd door toepassing van de hardheidsclausule in louter interne situatie. Anderzijds kan toepassing van artikel 10b worden voorkomen door een fiscale eenheid aan te gaan. Vleggeert¹⁴⁶ en Kok¹⁴⁷ constateren dat het artikel en de huidige uitwerking conflicterend zijn met de Europeesrechtelijke vrije verkeersbepalingen.

Indien de vorenstaande belemmering van artikel 10b kan worden gerechtvaardigd, dient deze bepaling overeenkomstig evenredig en noodzakelijk te zijn. In dit kader wordt met evenredigheid bedoeld dat de nationale maatregel geschikt moet zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen.¹⁴⁸ De noodzakelijkheid van een maatregel houdt in dat de maatregel niet verder mag gaan dan nodig is. In verschillende zaken heeft het HvJ geoordeeld dat de maatregel ‘onmisbaar’ moet zijn om het beoogde doel te bereiken. Een element van de noodzakelijkheidstoets is dat geen minder belemmerende alternatieven voorhanden zijn om het beoogde doel te bereiken.¹⁴⁹ Echter, een lidstaat is niet geboden om altijd de minst belemmerende maatregel te kiezen.¹⁵⁰

Op basis van het arrest van 21 januari 2010 van het HvJ (SGI/België)¹⁵¹ constateert Vleggeert¹⁵² dat artikel 10b een misbruikvermoeden bevat en dat daardoor een tegenbewijsregeling zou moeten gelden. Nu een dergelijke mogelijkheid in het artikel ontbreekt, is Vleggeert van mening dat de bepaling om die reden disproportioneel is.¹⁵³

¹⁴⁵ Van Os, P.B.N., ‘De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)’, MBB 2016/4.

¹⁴⁶ Vleggeert, J. *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht* (FM nr. 132), Deventer: Kluwer 2009, p. 456–457.

¹⁴⁷ Q.W.J.C.H. Kok, *De Wet VPB 2007* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2006.

¹⁴⁸ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht: Europees belastingrecht*: Deventer: Kluwer 2017, EBR.4.0.6.D.

¹⁴⁹ Idem, EBR.4.0.6.B.

¹⁵⁰ HvJ 10 mei 1995, nr. C-384/93 (Alpine Investments), NJ 1995/703.

¹⁵¹ HvJ 21 januari 2010, nr. C-311/08 (SGI/België), V-N 2010/13.21.

¹⁵² Vleggeert, J., *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009, FM 132, p. 316.

¹⁵³ Idem, p. 456–457.

Verder is ook Van Os¹⁵⁴ van mening dat de omkering van de bewijslast, zoals die thans geldt voor artikel 10b, niet zomaar kan inhouden dat een bepaling een misbruikvermoeden mag bevatten zonder dat een tegenbewijsregeling bestaat. Ook is het op basis van het SGI-arrest niet toegestaan dat een renteaftrekbepanking meer rente in aftrek beperkt dan de rente die een belastingplichtige in relatie met een derde in aanmerking zou kunnen nemen.¹⁵⁵ Indien de belemmerende uitwerking van artikel 10b zou kunnen worden gerechtvaardigd, blijkt dat de bepaling disproportioneel is vormgegeven. Derhalve wordt gesteld dat het artikel niet geheel verenigbaar is met het EU-recht.

Voorts wordt betoogd dat artikel 10b slechts eenvoudig en uitvoerbaar is, maar niet noodzakelijk en ineffectief. Deze conclusie volgt enerzijds doordat het totaalwinstbeginsel de mismatch in Nederlandse situaties opheft, zodat geen budgettaire derving voor de Staatskas plaatsvindt. Anderzijds blijkt dat toepassing van de bepaling gemakkelijk kan worden voorkomen waardoor uitvoering in de praktijk weinig gebeurt. Bovendien heeft de staatssecretaris goedkeurend beleid ten aanzien van het artikel gevormd. Derhalve kan worden afgeleid dat ook de staatssecretaris van mening is dat artikel 10b ineffectief is. Verder blijkt dat de uitwerking van de regeling niet geheel verenigbaar met het EU-recht is. Op basis van het bovenstaande wordt zodoende door verschillende auteurs¹⁵⁶ beargumenteerd dat het artikel moet worden afgeschaft.

3.3 De beperking van aftrek van bovenmatige deelnemingsrente

3.3.1 Achtergrond en historie

Sedert 1 januari 2013 kent de Wet VpB 1969 artikel 13l, de beperking van aftrek van bovenmatige deelnemingsrente. De hoofdgedachte van de bepaling is dat (zoveel mogelijk) eigen vermogen wordt gebruikt ter financiering van de deelnemingen van een lichaam. Zodoende tracht de bepaling het bedrag aan rente in aftrek te beperken indien de verkrijgingsprijs van de deelnemingen het eigen vermogen van de belastingplichtige overschrijdt. In bepaalde situaties is het fiscale eigen vermogen lager dan de verkrijgingsprijs van de deelnemingen. Alsdan wordt geacht dat een financiering is aangewend ter aankoop van de deelneming. In zo'n situatie moet dan niet worden gesproken van een causaal verband tussen deelneming en financiering, maar van een rekenregel ter bepaling van de deelnemingsschuld.¹⁵⁷ Evengoed wil de wetgever het Nederlandse bedrijfsleven niet, dan wel

¹⁵⁴ Van Os, P.B.N., 'De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbepankingen (deel 2)', MBB 2016/4.

¹⁵⁵ HvJ 21 januari 2010, nr. C-311/08 (SGI/België), V-N 2010/13.21.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Kok, Q.W.J.C.H., *De Wet VPB 2007* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2006 en ook Heithuis, E.W.J., 'Het nieuwe art. 10bVPB? Weg ermee!!!', NTFR 2006/1236. Zie *Kamerstukken II 2011-2012*, 33 287, nr. 7, p. 27 en zie ook de auteurs uit voetnoot 26 en 27. Zie ook Van Os, P.B.N., 'De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbepankingen (deel 2)', MBB 2016/4.

¹⁵⁷ Helvoirt, J.H.A.M. en Kam, F.W.G., 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12, par. 1.

zo min mogelijk, in de (internationale) expansie belemmeren. Zodoende kent het artikel een franchise van € 750.000 en worden bepaalde uitbreidingsinvesteringen niet betrokken in de berekening van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen.

Het Bosal-gat

De grondgedachte voor het invoeren van artikel 13l is het dichten van het 'Bosal-gat'. Het Bosal-gat heeft betrekking op situaties waarin een deelneming wordt aangetrokken met behulp van vreemd vermogen. Het geconstateerde probleem is dat door toepassing van de deelnemingsvrijstelling de resultaten van die deelneming zijn vrijgesteld, terwijl de financieringskosten van de deelneming aftrekbare kosten kunnen zijn. Zodoende vormt deze 'mismatch' een budgettaire derving voor de Staatskas indien deze rente niet in aftrek kan worden beperkt. Het Bosal-gat is ontstaan naar aanleiding van prejudiciële vragen die de Hoge Raad stelde aan het HvJ. In casu voerde Bosal Holding, een in Nederland gevestigde houdster- en financieringsmaatschappij, een aftrekpost op in haar aangifte vennootschapsbelasting ter zake van gemaakte kosten die in verband stonden met de financiering van deelnemingen in andere lidstaten. Ingevolge het toenmalige artikel 13 Wet VpB 1969 werden deze kosten niet in aftrek toegelaten, aangezien deze niet middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst. De Hoge Raad stelde in zijn arrest van 11 april 2001¹⁵⁸ dat een dergelijke aftrekbeperking invloed kan hebben op de keuze van de vestigingsplaats van een op te richten dochtervennootschap. Deze aftrekbeperking kan een remmend effect hebben op de keuze om een dochtervennootschap buiten Nederland op te richten. Zodoende zou deze belemmering een inbreuk op de huidige artikelen 43 en 48 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) kunnen vormen. Het HvJ heeft dit bevestigd waardoor de belemmering niet kon worden gerechtvaardigd.¹⁵⁹ Ergo, met ingang van 1 januari 2004 is een thincapregeling in artikel 10d Wet VpB 1969 ingevoerd.¹⁶⁰ Desalniettemin werd deze regeling als te rigide en niet doelmatig beschouwd en om die reden afgeschaft.¹⁶¹ Zodoende is met de invoering van het thans nieuwe artikel 13l enerzijds uitvoering gegeven aan de motie Bashir/Van Vliet die zag op het repareren van het Bosal-gat. Anderzijds wordt gepoogd om de overheidsfinanciën weer gezond te maken door bovenmatige deelnemingsrente van aftrek te beperken.¹⁶² Daarentegen moest de renteaftrekbeperking voldoen aan voorwaarden ter behoud van een goed ondernemings- en vestigingsklimaat. Ook heeft de wetgever rekening gehouden met het principe dat de ondernemer keuzevrijheid zou moeten genieten omtrent de financiering. De

¹⁵⁸ HR 11 april 2001, nr. 35 729, BNB 2001/257.

¹⁵⁹ HvJ 18 september 2003, nr. C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 12.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 4.

¹⁶² *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

wetgever meent hieraan te hebben voldaan, aangezien de werking van artikel 13l zich louter uitstrekt tot situaties waarin renteverplichtingen worden geconstrueerd die in grote mate onwenselijk zijn. In deze situaties wordt de rente als bovenmatig beschouwd en vormt dit dus een bepaalde mate van misbruik. Daarnaast mag de maatregel internationaal opererende bedrijven uit Nederland niet beletten in hun concurrentievermogen. Alles beschouwd moet de regeling voor belastingplichtigen eenvoudig en goed uitvoerbaar zijn.¹⁶³

3.3.2 De drietrapsraket van 13l

Het systeem van artikel 13l wordt in de literatuur omschreven als ‘*drietrapsraket*’¹⁶⁴. De eerste stap houdt de berekening in van de potentiële deelnemingsschuld voor toepassing van de rekenregel. Indien op basis van deze stap sprake is van een deelnemingsschuld dan moet worden bepaald of en voor zover sprake is van een uitbreidingsinvestering. Dit is de tweede stap en wordt geregeld in het vijfde lid van het artikel. Kwalificatie van een deelneming als uitbreidingsinvestering is gebonden aan voorwaarden en bepaalt dat een dergelijke deelneming niet in aanmerking moet worden genomen ter bepaling van de deelnemingsschuld. Echter, deze uitbreidingsinvestering mag op grond van lid 6 niet onwenselijk zijn gefinancierd. Als dat het geval is dan is de verkrijgingsprijs van deze deelneming ‘gewoon’ onderdeel van de deelnemingsschuld. Dit vormt de derde stap.

De rekenregel stelt vervolgens het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente vast. Deze berekening bepaalt het fiscaal niet aftrekbare gedeelte aan rente en kosten ter zake van geldleningen. Het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente wordt vastgesteld door het bedrag aan deelnemingsschulden te delen door het totaalbedrag aan geldleningen. Vervolgens wordt deze breuk vermenigvuldigd met de totale rente en kosten ter zake van de geldleningen. Aansluitend bepaalt lid 1 van artikel 13l dat de bovenmatige deelnemingsrente in aftrek wordt beperkt voor zover het berekende bedrag de franchise van € 750.000 overschrijdt.

In het achtste lid van hetzelfde artikel worden de begrippen ‘*geldleningen*’, ‘*deelneming*’ en ‘*renten en kosten*’ gedefinieerd. Onder geldlening wordt een schuld verstaan die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of uit een daarmee vergelijkbare overeenkomst. Ook rente op geldleningen aan niet verbonden (rechts)personen kan onder de toepassing van artikel 13l vallen. Daarnaast wordt geregeld dat zonder toepassing van dit artikel de rente van een geldlening in aanmerking moet worden genomen bij het bepalen van de winst.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10-11.

¹⁶⁴ Zie Suvaal, B., ‘Art. 13l en de Wet aanpassing fiscale eenheid – over samenloop, dubbeltellingen, volzinnen en limieten’, WFR 2016/13.

Indien dit niet wordt gedaan, wordt deze geldlening niet meegenomen voor toepassing van artikel 13l. Zodoende wordt dubbele niet-aftrekbare rente voorkomen. De samenloop met artikel 15ad wordt geregeld door het Besluit aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente.¹⁶⁵ Indien een geldlening wordt geraakt door twee aftrekbeperkingen, dan treedt de meest verstrekkende bepaling in de volgorde van de wet op. Toepassing van de resterende renteaftrekbeperking(en) leidt dan niet tot gevolgen.¹⁶⁶

Voorts wordt onder deelneming verstaan een bezit waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Ter uitvoering van het artikel wordt onder renten en kosten ter zake van geldleningen evengoed geschaard kosten en resultaten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's op geldleningen of van valutarisico's op de rente ter zake van geldleningen. Het concept omtrent deelnemingsschuld wordt in lid 3 uitgewerkt. Indien het bedrag van de verkrijgingsprijzen van de deelnemingen meer bedraagt dan het fiscale eigen vermogen wordt gesproken van deelnemingsschuld. Daarbij worden onder fiscaal eigen vermogen mede hybride leningen en fiscale reserves verstaan. Verder kan de deelnemingsschuld nooit meer bedragen dan het gezamenlijk bedrag van geldleningen en nooit meer dan het gezamenlijk bedrag van de verkrijgingsprijzen van de deelnemingen.

Onder de verkrijgingsprijs van een deelneming wordt per definitie de tegenprestatie ter verkrijging van de deelneming verstaan. Ook worden de aankoopkosten, zoals advieskosten, hieronder geschaard. Ruige en Brilman¹⁶⁷ merken in het kader van artikel 13l op dat ter zake van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen een dynamische interpretatie wordt aangehangen. Zodoende zijn latere gebeurtenissen van invloed op de verkrijgingsprijs. De verkrijgingsprijs wordt verhoogd door kapitaalstortingen en verlaagd indien een latere terugbetalingen van kapitaal volgt. Het uitkeren van regulier dividend door de deelneming zal de verkrijgingsprijs niet doen verminderen. Verder geldt dat wanneer de 'verkrijgingsprijzen van de deelnemingen' hoger zijn de mogelijke deelnemingsschuld ook hoger is. Vervolgens wordt ook de kans groter dat rente niet in aftrek van het resultaat wordt toegestaan.¹⁶⁸

De mathematische benadering van de 13l-berekening stelt primair dat moet worden geacht dat deelnemingen zoveel mogelijk zijn gefinancierd met het aanwezig zijnde eigen vermogen. Indien op een bepaald moment onvoldoende eigen vermogen aanwezig (is ter dekking van de

¹⁶⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 16 januari 2013, DB/2012/497M, Stb. 2013, 22.

¹⁶⁶ Zie Van Strien, J., 'De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', TFO 2013/128.3 en zie ook De Vries, N.H., e.a., *Cursus belastingrecht: vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, onderdeel 2.2.6.C.c(oud).

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 7, p. 26.

¹⁶⁸ Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.4.15.B.a.

verkrijgingsprijzen van de deelnemingen), dan geschiedt toerekening van vreemd vermogen. Dit kan ongunstig uitwerken indien deelnemingen historisch met eigen vermogen zijn gefinancierd en dat vervolgens vanwege operationele verliezen het eigen vermogen afneemt. Zodoende kan na verloop van tijd een deelnemingsschuld ontstaan. Echter, het hoofdmotief achter de invoering van artikel 13l is het dichten van het Bosal-gat. In het bovenstaande voorbeeld is er geen sprake van een Bosal-gat, omdat tegenover de vrijgestelde deelnemingsopbrengsten geen aftrekbare deelnemingskosten staan. De Raad van State heeft dit verschijnsel ook geconstateerd en heeft derhalve een tegenbewijsregeling voorgesteld.¹⁶⁹ De bovenstaande uitwerking wordt daarom als niet doeltreffend beschouwd

Franchise

Op grond van het uitvoerbaarheidsargument ten behoeve van de Belastingdienst en belastingplichtigen is bepaald dat het bedrag aan deelnemingsrente niet in aftrek wordt beperkt voor zover dit bedrag de franchise van € 750.000 niet overschrijdt. Indien de deelnemingsrente meer bedraagt dan het drempelbedrag, dan wordt dit als bovenmatig gezien en is de rente niet aftrekbaar.¹⁷⁰

Uitbreidingen die buitenbeschouwing van de rekenregel moet worden gelaten

Verder wordt in de leden 5 en 10 van artikel 13l bepaald dat niet elke verkrijgingsprijs van een deelneming meetelt bij de vaststelling van de deelnemingsschuld. Indien een deelneming kwalificeert als uitbreidingsinvestering wordt een dergelijke deelneming genegeerd bij het berekenen van de deelnemingsschuld. Het motief achter deze uitzondering is dat het bedrijfsleven niet moet worden belemmerd in de uitbreiding van zijn ondernemingsactiviteiten en is ingevoerd ter behoud van een gunstig ondernemings- en vestigingsklimaat.¹⁷¹ De financieringslasten blijven daarom aftrekbaar.

De deelneming kwalificeert als uitbreidingsinvestering indien sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten. In dit concept zijn de principiële elementen ‘operationele activiteiten’ en ‘uitbreiding’. Ten tijde van de parlementaire behandeling van artikel 13l is geen concrete definitie van het begrip ‘operationele activiteit’ gegeven noch blijkt deze uit de wettekst. De staatssecretaris van Financiën heeft namelijk omwille van de diversiteit van de praktijk geen concrete definitie willen vaststellen. Derhalve dient naar de omstandigheden van het concrete geval te worden beoordeeld of sprake is van een reële uitbreiding en arrangeert dit een redelijke vrijheid ter afbakening voor de praktijk.¹⁷² De keerzijde is dat hiermee onduidelijkheden worden gecreëerd.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 4, p. 15.*

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 22, p. 2* en *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 23.*

¹⁷¹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.*

¹⁷² *Idem, p. 30.*

Met betrekking tot operationele activiteiten kan worden gedacht aan productie-, distributie- en verkoopactiviteiten. Beleggen wordt niet aangemerkt als een operationele activiteit. Indien kapitaal wordt gestort in een (actief) concernfinancieringslichaam wordt dit niet aangemerkt als uitbreiding van operationele activiteiten. Dit geldt ook voor een kapitaalstorting in een operationele dochtervennootschap om de verliezen van die dochtervennootschap aan te zuiveren. Daarentegen wordt diversificatie van operationele activiteiten wel als uitbreiding van operationele activiteiten aangemerkt. Bovendien blijkt dat R&D-, productie- en distributieactiviteiten en het aanbieden en verkopen van goederen en diensten op een bepaalde markt ook als operationele activiteiten kunnen worden gezien.¹⁷³ Indien een deelneming wordt gekentekend als uitbreiding van de operationele activiteiten van een groep, dan moet de uitbreiding betrekking hebben op reeds nieuwe operationele activiteiten. Dit moet worden gezien op het niveau van de groep. Op grond van lid 5 van artikel 13l wordt als groep aangemerkt de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen. Ter invulling van het begrip ‘een verbonden lichaam’ moet worden teruggegrepen naar artikel 10a, lid 4.

Ter verduidelijking van het begrip ‘uitbreiding’ wordt opgemerkt dat de mogelijkheden het toelaten dat een belastingplichtige een operationele deelneming aankoopt en op hetzelfde moment een operationele deelneming verkoopt. Per saldo kan niet worden gesteld dat een uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep heeft plaatsgevonden, maar de staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat voor toepassing van lid 5 alleen moet worden gekeken naar de verworven deelneming.¹⁷⁴ Daarnaast moet ter beoordeling van een uitbreidingsinvestering ook worden gekeken naar de functie die de deelneming krijgt voor de groep. Indien een operationele deelneming ter belegging wordt aangekocht, zal deze deelneming niet kwalificeren als uitbreidingsinvestering, ondanks dat de deelneming operationele activiteiten verricht.¹⁷⁵ Op basis van lid 5 dient de verkrijgingsprijs in verband te staan met de uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep. Indien dit verband er is, wordt de verkrijgingsprijs geëlimineerd uit de berekening van de deelnemingsschuld. Als een operationele deelneming wordt verworven, is het overduidelijk dat dit verband bestaat. Dit betekent ook dat als een belastingplichtige een kapitaalstorting doet in een dochtermaatschappij en deze in plaats van verwerving van een deelneming een lening verstrekt aan een andere groepsmaatschappij, en deze maatschappij de verkregen middelen (‘in verband met’) aanwendt ter verwerving van operationele activiteiten, dit kwalificeert als uitbreiding van operationele activiteiten.¹⁷⁶

¹⁷³ *Kamerstukken I 2011/12*, 33 287, nr. D, p. 26-27.

¹⁷⁴ *Kamerstukken I 2011/12*, 33 287, nr. D, p. 26.

¹⁷⁵ Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.4.15.D.b2

¹⁷⁶ *Zie kamerstukken I 2011/12*, 33 287, nr. H, p. 1-2 en Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Vpb.2.4.15.D.b6. Zie ook Marres, O.C.R., ‘Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)’, WFR 2017/34.

Indien een belastingplichtige een deelneming verwerft, is het van belang dat die deelneming op dat moment operationele activiteiten uitvoert. Het is irrelevant als die deelneming vervolgens de operationele activiteiten vervangt door beleggingsactiviteiten. Dit wordt ook wel het statische toetsmoment genoemd.¹⁷⁷

Voorts moeten de operationele activiteiten, beoordeeld op het niveau van de groep, binnen een periode van twaalf maanden voor of na de verwerving of uitbreiding van de deelneming als gevolg van de investering zijn toegenomen om als kwalificerende uitbreidingsinvestering aangemerkt te worden.¹⁷⁸ Deze eis bevat geen mogelijkheid tot disculpatie.¹⁷⁹ Indien wordt gesproken van een uitbreiding van operationele activiteiten van de groep dan wordt, voor zover de uitbreiding ziet op operationele activiteiten, de verkrijgingsprijs geëlimineerd uit de berekening van de deelnemingsschuld. De ‘voor-zover benadering’ betekent dat indien een deelneming wordt gehouden in een lichaam dat zowel operationele als niet-operationele activiteiten ontplooit, moet worden bezien in welke mate de verkrijgingsprijs moet worden toegerekend aan de operationele activiteiten van dat lichaam. Alsdan wordt de verkrijgingsprijs naar evenredigheid van de verhouding van niet-operationele activiteiten toegerekend aan de deelnemingsschuld.¹⁸⁰ Aansluitend wordt in lid 10 van artikel 13l bepaald dat de belastingplichtige een keuze heeft met betrekking tot de toepassing van het derde en vijfde lid voor zover een ‘oude’ deelneming is verworven of uitgebreid in een boekjaar dat is begonnen voor of op 1 januari 2006.¹⁸¹

Onwenselijke situaties

Ter herstel van het evenwicht bevat lid 6 van artikel 13l een uitzondering aangaande ‘agressieve’ uitbreidingsinvesteringen. Dit lid bepaalt dat in onwenselijke situaties de verkrijgingsprijs van de deelneming toch moet worden meegenomen ter bepaling van de deelnemingsschuld. Met betrekking tot dergelijke situaties moet gedacht worden aan ‘double dip’-transacties¹⁸², situaties waarbij de rente op een vermogensverstrekking niet of te laag in de heffing naar de winst wordt betrokken en situaties waarbij de deelneming louter wordt gehouden vanwege belastingbesparing.¹⁸³ De aanvullende eisen uit lid 6 onderdeel a, b en c beogen onwenselijk situaties die samenhangen met lid 5 te voorkomen. Toepassing van lid 6 kan echter pas aan de orde komen indien sprake is van een uitbreidingsinvestering. Opvallend is dat dit lid een dynamische toets omvat. Een schuld kan na verloop van tijd alsnog het etiket ‘onwenselijke financieringsvorm’ verkrijgen, in tegenstelling tot de toets

¹⁷⁷ Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, Vpb.2.4.15.D.b6.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 7, p. 20.

¹⁷⁹ *Kamerstukken I 2012/13*, 33 402, nr. D, p. 27.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 3, p. 30 en 31.

¹⁸¹ Dit geldt ook in de situatie dat eigen vermogen is gestort in de deelneming, ook vóór de termijn.

¹⁸² Transacties waarbij de rente tweemaal in aftrek kan worden gebracht.

¹⁸³ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 3, p. 11.

inzake uitbreidingsinvesteringen. Blijkens de invoering van artikel 13l heeft de wetgever getracht reële uitbreidingsinvesteringen niet te verhinderen. Dit wordt pas anders indien de uitbreidingsinvestering is verwezenlijkt door ongewenste agressieve financieringsvormen. In zo'n geval wordt de verkrijgingsprijs van de uitbreidingsinvestering geacht weer onderdeel te zijn van de deelnemingsschuld. Tevens is het noemenswaardig dat ten aanzien van lid 6 de normale bewijslastverdeling geldt. Dit betekent dat de belastingplichtige in eerste instantie aannemelijk moet maken dat er geen sprake is van een situatie die onder de toepassing van dit lid valt. Dit wordt verdedigd door te stellen dat de belastingplichtige beschikt over meer relevante kennis en informatie aangaande het concern en haar financieringslijnen.¹⁸⁴

Bovendien wordt geconstateerd dat ten behoeve van de beoordeling van onderdeel a 'dubbele aftrek acquisitierente' en onderdeel b 'hybride lening' van lid 6 een direct verband aanwezig wordt geacht tussen de deelneming en de 'foute' verwerving. Dit is dus een ongelijkheid ten aanzien van de algemene methodiek van artikel 13l, en met name de deelnemingsschuld.

Verder blijkt dat een potentiële samenloop binnen de onderdelen van lid 6 niet is geregeld. De potentiële samenloop die zich kan voordoen, is dat een deelneming wordt gefinancierd met meerdere leningen. In dit geval is het mogelijk dat de rente over schuld A onder toepassing van artikel 13l, lid 6, onderdeel a, van de wet valt, terwijl schuld B onder de reikwijdte van onderdeel b en of c van dit artikel valt. Het is evenzeer mogelijk dat een samenloop plaatsvindt met betrekking tot dezelfde schuld. De schuld is bijvoorbeeld aangegaan vanwege belastingbesparing en de rente kan tweemaal in aanmerking van de winst worden genomen.¹⁸⁵ Het bovenstaande kan relevant zijn met betrekking tot de disculpatiemogelijkheden.

Faber en Van Geilswijk¹⁸⁶ concluderen dat Nederlandse MNE's onder toepassing van artikel 13l vreemd vermogen kunnen blijven aantrekken ter financiering van hun (inter)nationale expansie, zonder dat zij tegen de renteaftrekbeperking aanlopen. Net als na het Bosal-arrest kunnen dividenden van deelnemingen onbelast worden uitgekeerd, door toepassing van de deelnemingsvrijstelling, terwijl de rente niet in aftrek wordt beperkt door artikel 13l.

Voorts kan worden geconcludeerd dat de regeling complex en weerbarstig is. Het doel om de bepaling eenvoudig en uitvoerbaar te houden, wordt klaarblijkelijk niet bereikt. Dit geldt eveneens voor de bedoeling om het 'Bosal-gat' te dichten. Door toepassing van de franchise, het effect van de rekenregel (in beginsel wordt eigen vermogen aan deelnemingen

¹⁸⁴ Van Kooten, R.M. en Suvaal, B., 'art. 13l Wet Vpb 1969: lid 6 ontleed – deel 2', WFR 2015/119.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Faber, S.E., en Van Geilswijk, R.P., 'De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente', TFO 2013/128.1.

toegerekend) en uitbreidingsinvesteringen wordt deze divergentie niet effectief gedicht. Ook blijkt dat artikel 13l situaties kan raken waar de deelneming historisch met eigen vermogen is gefinancierd. Te meer wordt vanwege de geconstateerde onduidelijkheden ten aanzien van uitbreidingsinvesteringen doeltreffendheid van de bepaling niet bereikt.

3.3.3 Europeesrechtelijke houdbaarheid

Volgens lid 7 van artikel 13l Wet VpB 1969 is de bepaling “*slechts van toepassing (...) op bestanddelen van de winst die geen deel uitmaken van winst uit een andere staat als bedoeld in art. 15e waarop de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten van toepassing is en op bestanddelen van het vermogen welke niet dienstbaar zijn aan het behalen van dergelijke winst uit een andere staat*”.¹⁸⁷ Lid 7 bepaalt dus dat voor toepassing van de rekenregel uit artikel 13l, lid 2, bepaalde bestanddelen niet in aanmerking worden genomen. Dit geldt voor bestanddelen¹⁸⁸ van het hoofdhuis die toerekenbaar zijn aan een vi waarop de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten van toepassing is. Onder het vi-begrip wordt een vaste bedrijfsinrichting verstaan met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend in een andere staat. Een vi is geen zelfstandige juridische entiteit en moet daarom worden gezien als een verlengstuk van het hoofdhuis (de rechtspersoon in de woonstaat). De basisgedachte is daarom dat de winst uit onderneming van de vi moet worden opgeteld bij de winst van het hoofdhuis. Dit wordt bevestigd door het principe dat de woonstaat¹⁸⁹ (van het hoofdhuis) in beginsel over de wereldwinst van haar binnenlandse belastingplichtigen onbeperkt mag heffen.¹⁹⁰ Nederland hanteert dit principe ook.¹⁹¹ Desalniettemin mag de bronstaat op basis van het territorialiteitsbeginsel ook heffen, indien de winst uit onderneming van een vi wordt gegenereerd op het grondgebied van de bronstaat. Dit is echter een beperkt heffingsrecht.¹⁹²

Het bovenstaande toont aan dat een vi een belangrijk middel is om te bepalen welke staat ter zake van de winst uit onderneming het heffingsrecht heeft. Als een binnenlandse belastingplichtige een vi in het buitenland heeft en de activiteiten van deze vi bekostigt met eigen vermogen, dan bepaalt artikel 13l, lid 7, dat het aan de vi toerekenbare gedeelte van het eigen vermogen niet wordt betrokken in de 13l-berekening. In feite wordt geacht dat de deelnemingen van het hoofdhuis zoveel mogelijk wordt gefinancierd met vreemd vermogen.

¹⁸⁷ Art. 13l, lid 7, Wet VpB 1969.

¹⁸⁸ Deze bestanddelen kunnen zien op eigen vermogen en vreemd vermogen, alsmede rente en andere kosten ter zake hiervan.

¹⁸⁹ Dit is het land waar de rechtspersoon is gevestigd.

¹⁹⁰ Janssen, G.T.W., *Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2018, IBR.3.4.2.A.

¹⁹¹ Pötgens, F.P.G. en Bellingwout, J.W., ‘Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?’, WFR 2012/654.

¹⁹² Janssen, G.T.W., *Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2018, IBR.3.4.2.A.a1.

De omvang van de renteaftrekbeperking ex artikel 13l wordt voor het hoofdhuis dus vergroot.¹⁹³

Echter, als het hoofdhuis (in plaats van in het buitenland met een vi) in Nederland zou ondernemen gebruikmakend van een filiaal dan zou het gehele vermogen¹⁹⁴ van het hoofdhuis in aanmerking worden genomen voor de 13l-berekening.¹⁹⁵

Alsdan zou de renteaftrekbeperking lager uitvallen, waardoor mutatis mutandis een lagere belastbare winst in Nederland zich voordoet. Het is dus opvallend dat deze specifieke bestanddelen wel van toepassing zijn voor de rekenregel indien diezelfde onderneming wordt gedreven gebruikmakend van een filiaal in Nederland. Het effect van artikel 13l, lid 7, bewerkstelligt dat het belastbaar bedrag van een hoofdhuis met een vi in het buitenland hoger is dan dat van een hoofdhuis met een filiaal in Nederland. Derhalve wordt vastgesteld dat ondernemen in het buitenland in bepaalde situaties hoger worden belast en dus wordt ontmoedigd.¹⁹⁶

Uit artikel 49 VwEU wordt afgeleid dat lidstaten eraan gehouden zijn grensoverschrijdende economische activiteiten (binnen de Unie) niet nadeliger te behandelen dan objectief vergelijkbare binnenlandse situaties. De nadelige behandeling van ondernemen in het buitenland door middel van vi tegenover ondernemen in Nederland gebruikmakend van een filiaal vloeit uitsluitend voort uit de keuze van de Nederlandse wetgever.

Op basis van het bovenstaande menen verschillende auteurs¹⁹⁷ dat artikel 13l, lid 7, discriminerend uitwerkt. De vraag is dus of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd.

Volgens Stevens¹⁹⁸ is Nederland 'bang' voor het importeren van verliezen uit een andere lidstaat en meent dat daarom artikel 13l, lid 7, is geïntroduceerd. Zodoende is hij van mening dat de bepaling er alle schijn van heeft dat een belastingvoordeel (renteaftrek) wordt geweigerd vanwege de grensoverschrijdende activiteit. Dit is de reden dat bestanddelen die worden toegerekend aan een vi niet van toepassing zijn voor de 13l-berekening. Het 'voordeel' van de berekening wordt zodoende beperkt.

Voorts heeft het HvJ in het arrest Deutsche Shell¹⁹⁹ geoordeeld dat de staat van het hoofdhuis, ongeacht of zij winsten van de vi uit de bronstaat objectief vrijstelt, de aftrek van negatieve valutaresultaten die zijn ontstaan in de bronstaat, moet toestaan. De reden

¹⁹³ Hiermee wordt ook de belastbare winst van het hoofdhuis vergroot.

¹⁹⁴ Dus ook het vermogen dat in eerste instantie moest worden toegerekend aan de vi.

¹⁹⁵ In plaats van ondernemen in het buitenland door middel van een vi.

¹⁹⁶ Bijlage B illustreert cijfermatig de potentiële belemmering.

¹⁹⁷ Zie De Groot, I.M., 'EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta', WFR 2013/1318. Zie ook Stevens, A.J.A., 'De notionale interestaftrek en vaste inrichtingen', NTFR-B 2013/40.

¹⁹⁸ Stevens, A.J.A., 'De notionale interestaftrek en vaste inrichtingen', NTFR-B 2013/40.

¹⁹⁹ HvJ 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), NTFR 2008/561, met commentaar van Nijkeuter.

hiervoor is dat negatieve valutaresultaten niet tot uiting komen in de bronstaat. Deze worden slechts bij het hoofdhuis 'gezien'. Als de woonstaat van het hoofdhuis het koersverlies niet in aftrek zou toestaan, zou dit verlies binnen de interne markt niet in aftrek kunnen worden gebracht. Het definitief onverrekenbaar worden van dit koersverlies was voor het HvJ de doorslaggevende reden om de woonstaat te verplichten om het verlies alsnog in aanmerking te nemen. Derhalve wordt het territorialiteitsbeginsel in outboundsituaties ter zake van vi's niet (per sé) als rechtvaardigingsgrond wordt aanvaard.

Concluderend uit het arrest Deutsche Shell blijkt dat verliezen die zijn geleden op het grondgebied van de bronstaat daadwerkelijk kunnen worden overgeheveld naar de woonstaat. Het verschil van vorenstaande arresten in relatie tot artikel 13l, lid 7, is dat de bepaling louter ziet op de vaststelling van de omvang van het belastbaar bedrag.²⁰⁰ Wanneer deze bepaling zou komen te vervallen heeft dit slechts tot gevolg dat meer deelnemingsrente aftrekbaar is. Een mogelijke consequentie kan zijn dat dit leidt tot budgettaire derving voor de Nederlandse Staatskas.²⁰¹ De afschaffing van artikel 13l, lid 7, zou dus niet bewerkstelligen dat de doorgaans in Nederland belastbare resultaten worden verplaatst naar het buitenland of dat verliezen worden geïmporteerd.²⁰² Gezien het bovenstaande lijkt een succesvol beroep op de rechtvaardigingsgrond 'noodzaak tot de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten' ten aanzien van artikel 13l, lid 7, onwaarschijnlijk.²⁰³

Verder heeft het HvJ in het arrest Argenta Spaarbank²⁰⁴ geoordeeld dat in het kader van de toepassing van de notionele interestaftrek²⁰⁵ niet wordt vereist dat resultaten worden behaald dan wel worden belast. In casu werd het een Belgische vennootschap met een vi in Nederland niet toegestaan om ten aanzien van het gehele eigen vermogen (ook het gedeelte dat toerekenbaar was aan de vi) de notionele interestaftrek toe te passen. Echter, het HvJ concludeerde dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen belastingheffing en het toekennen van de notionele interestaftrek (belastingvoordeel). De regeling stelt namelijk geen voorwaarde dat de aftrek slechts kan worden benut indien de inkomsten feitelijk zijn behaald dan wel belast in België. De notionele interestaftrek haakt aan bij de voorwaarde dat

²⁰⁰ De Groot, I.M., 'EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta', WFR 2013/1318.

²⁰¹ Vermoedelijk valt deze impact mee. Vanuit internationaal perspectief wordt verdedigd dat lokale consumenten liever zaken doen met een rechtspersoon waarvan zij de juridisch rechtsvorm kennen. Ook is het aansprakelijkheidsargument een belangrijke rol. Het hoofdhuis blijft aansprakelijk voor de schulden van de vi. Derhalve wordt geacht dat de meeste belastingplichtigen zullen voor het oprichten van een dochtervennootschap.

²⁰² Stevens, A.J.A., 'De notionale interestaftrek en vaste inrichtingen', NTFR-B 2013/40.

²⁰³ De Groot, I.M., 'EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta', WFR 2013/1318.

²⁰⁴ HvJ 4 juli 2013, zaak C-350/11 (Argenta), NTFR 2013/1758, met commentaar van Nijkeuter.

²⁰⁵ De notionele interestaftrek was toentertijd een Belgische forfaitaire belastingaftrek ter zake van risicokapitaal. Deze regeling bepaalde dat een percentage van het eigen vermogen in aftrek van het belastbare resultaat werd toegestaan.

indien inkomsten zouden worden behaald, dat deze inkomsten in België belastbaar zouden zijn. De Belgische regering stelde daarom dat toekenning van de notionele interestaftrek niet aan de orde is, omdat de winst van de vi wordt vrijgesteld op basis van het belastingverdrag Nederland-België.

In tegenstelling tot de zienswijze van de Belgische regering oordeelde het HvJ dat toekenning van de aftrek op het eigen vermogen dat aan de vi wordt toegerekend geen verplaatsing van de belastbare inkomsten van de ene naar de andere lidstaat zal inhouden en doet geen afbreuk aan het recht van België of de bronstaat om de uitgeoefende activiteiten te belasten. Zodoende is het gevaar van dubbele en of willekeurige verliesneming uitgebannen.²⁰⁶ Derhalve komen Belgische binnenlandse belastingplichtigen (ook indien zij geen winst behalen) in aanmerking voor de notionele interestaftrek.

Meer specifiek concludeerde het HvJ dat het gehele eigen vermogen van het hoofdhuis, ook hetgeen toerekenbaar aan de Nederlandse vi, in aanmerking komt voor de notionele interestaftrek. Deze conclusie is gebaseerd op het feit dat geen rechtstreeks verband bestaat tussen belastingheffing en het belastingvoordeel (notionele interestaftrek). Op dezelfde wijze kent lid 7 van artikel 13l eveneens geen voorwaarde die aansluit bij het daadwerkelijk behalen of belasten van winst uit onderneming. Immers, ook als het hoofdhuis geen winst behaalt, is het gehele toerekenbare eigen vermogen van het hoofdhuis van toepassing voor de rekenregel. Zodoende ontbreekt ook ten aanzien artikel 13l, lid 7, een rechtstreeks verband tussen het eventuele belastingvoordeel²⁰⁷ en de belastingheffing over de behaalde winst van het hoofdhuis.²⁰⁸

Voor beide situaties²⁰⁹ geldt dat het gehele vermogen van het hoofdhuis (moedervenootschap) voor de 13l-berekening van toepassing zou moeten zijn. Net als in het arrest Argenta Spaarbank, zal een beroep op de rechtvaardigingsgrond ‘noodzaak tot samenhang van het belastingstelsel’ ter zake van artikel 13l, lid 7, niet slagen.

Concluderend kan de belemmerende maatregel uit artikel 13l, lid 7, Wet VpB 1969 niet worden gerechtvaardigd en vormt deze een strijdigheid met het primaire EU-recht.

“Saldering van financieringsactiviteiten”

Lid 9 van artikel 13l bevat een concessie die ten aanzien van actieve financieringsactiviteiten binnen het concern is opgenomen. Voor de berekening van de bovenmatige

²⁰⁶ HvJ 4 juli 2013, zaak C-350/11 (Argenta), NTFR 2013/1758, r.o. 55.

²⁰⁷ Mutatis mutandis geldt een minder hoge renteaftrekbeperking en een lagere belastbare winst.

²⁰⁸ Dit geldt overeenkomstig voor een vi.

²⁰⁹ Ondernemen in het buitenland door middel van een vi of ondernemen in Nederland gebruikmakend van een filiaal.

deelnemingsrente blijven geldleningen buiten het bereik van de rekenregel, voor zover deze verband houden met geldvorderingen in het kader van actieve financieringsactiviteiten binnen het concern. Dit geldt tevens voor kosten en renten ter zake van overeenkomstige geldleningen. Onder actieve financieringsactiviteiten binnen het concern moet worden verstaan: *“(...)werkzaamheden die door de belastingplichtige anders dan incidenteel worden verricht in verband met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties via eigen bankrekeningen ten behoeve van de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen, waarbij het aantal personen in dienstbetrekking bij de belastingplichtige, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden in overeenstemming zijn met de aard en functie van de belastingplichtige en de belastingplichtige voorts beschikt over een kantoor dat is voorzien van in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten”*.²¹⁰ De staatssecretaris van Financiën benadrukt derhalve dat onder actieve financieringsactiviteiten binnen concern onder meer ‘cashpool activiteiten’ vallen. Dit betreft het uit- of inlenen door verbonden lichamen van tijdelijk overtollige liquiditeiten van groepsmaatschappijen binnen het concern. Ter kwalificering van een activiteit als cashpool activiteit is vereist dat ten aanzien van de cashpool activiteiten een overeenkomst is opgesteld die de bepaalde financieringsstromen in kaart brengt en regelt op welke wijze de behaalde voordelen van de cashpool worden verantwoord.²¹¹ Door Faber en Van Geilswijk wordt opgemerkt dat het voldoen aan ‘actieve financieringsactiviteiten’ gepaard gaat met rigide voorwaarden. Zij vinden het onverklaarbaar en kunnen niet plaatsen dat strenge voorwaarden gelden ten aanzien van deze uitzondering. Ook blijkt dat lid 9 van artikel 13l alleen openstaat voor groepsmaatschappijen. Zodoende kan worden afgevraagd of het verschil in behandeling Europeesrechtelijk kan worden gerechtvaardigd. In het onderhavige geval geldt dat het voordeel slechts toekomt aan een bepaald soort (grote) ondernemingen, namelijk groepsmaatschappijen. De uitzondering spitst zich louter op specifieke financierings- en treasuryfuncties (van multinationale) lichamen in concernverband. Opvallend is dat de uitzondering slechts geldt voor verbonden lichamen en niet in deelnemingsverhoudingen. Dit staat haaks op de grondgedachte van artikel 13l. Deze bepaling geldt immers niet enkel voor verbonden lichamen, maar wel specifiek ten aanzien van deelnemingsrente, en dus deelnemingsverhoudingen. Daarnaast moet deze bepaling worden toegepast aan de hand van een rekenregel en is het causale verband in beginsel irrelevant.

Doordat met name MNE's eigen cashpools²¹² hebben, zou begunstiging van deze groep belastingplichtigen als extrinsieke doelstelling van deze uitzondering kunnen worden aangemerkt. Ondanks dat de regeling is bedoeld voor internationaal opererende concerns

²¹⁰ *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 22, p. 3.*

²¹¹ *Idem, p. 2.*

²¹² Van der Breggen, M.E.P. en Roumen, R.H.M., ‘Enkele fiscale aspecten rondom het fenomeen "cashpooling" (deel 1)’, WFR 2009/1284.

blijkt dit niet expliciet uit de voorwaarde. Immers, interne en externe actieve financieringsactiviteiten tussen groepsmaatschappijen kunnen in beginsel kwalificeren voor de uitzondering. Derhalve kan niet worden aangetoond dat deze uitzondering in strijd is met de Europeesrechtelijke staatssteunregels, omdat de uitzondering openstaat voor ieder type onderneming.

3.4 *Subconclusie*

Dit hoofdstuk heeft de relevante specifieke renteaftrekbeperingen voor dit onderzoek nader uitgewerkt. In dit hoofdstuk is de tweede deelvraag ‘*Wat zijn de huidige relevante renteaftrekbeperingen in de nationale wet en brengen deze onvolkomenheden met zich?*’ behandeld. Allereerst zijn de artikelen 10b en 13l Wet VpB 1969 behandeld. Geconcludeerd kan worden dat invoering van beide artikelen heel wat teweeg heeft gebracht. Enerzijds wordt betoogd dat de artikelen zo spoedig mogelijk moeten worden afgeschaft. Er bestaat immers een aantal bezwaren tegen beide artikelen. Met betrekking tot artikel 10b wordt betwijfeld aan de noodzaak van het artikel. Ingevolge de toepassing van het totaalwinstbeginsel, zoals is bepaald in het Zweedse grootmoeder-arrest, blijkt dat de overheid geen belastingopbrengst misloopt. Daarnaast valt op dat de bepaling gemakkelijk is te omzeilen en kan zelfs door te structureren hiervan gebruik worden gemaakt. Hierdoor behaalt de belastingplichtige een fiscaal voordeel. Daarnaast wordt betoogd dat artikel 10b in strijd is met de vrijheid van vestiging. Immers, louter binnenlands belastingplichtigen kunnen de renteaftrekbepering ontlopen.

Ook worden ten aanzien van artikel 13l onvolkomenheden geconstateerd. Dit artikel blijkt complex en weerbarstig te zijn. Het doel van de wetgever om het artikel eenvoudig en goed uitvoerbaar te laten zijn, wordt ook niet bereikt. Dit geldt eveneens voor de bedoeling om het ‘Bosal-gat’ te dichten. Door toepassing van de franchise, het effect van de rekenregel (in beginsel wordt eigen vermogen aan deelnemingen toegerekend) en uitbreidingsinvesteringen wordt deze divergentie niet effectief gedicht. De doeltreffendheid wordt dan ook vanwege de geconstateerde onduidelijkheden ter zake van uitbreidingsinvesteringen niet bereikt.

Ook blijkt artikel 13l niet verenigbaar met het EU-recht te zijn vanwege het verschil in fiscale behandeling van een buitenlandse vi en een binnenlands filiaal. In beginsel dienen gelijke gevallen gelijk te worden behandeld. Echter, toepassing van artikel 13l, lid 7, Wet VpB 1969 kan leiden tot een nadeel ten aanzien van het drijven van een onderneming door middel van een vi in het buitenland tegenover het drijven van diezelfde onderneming gebruikmakend van een filiaal in Nederland. Zodoende wordt geconstateerd dat beide bepalingen hoofdzakelijk ineffectief en inefficiënt zijn.

4. Earningsstripping-maatregel

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk introduceert de ESM als onderdeel van ATAD1 en geeft de totstandkoming van deze maatregel weer. Het doel van ATAD1 is het op voldoende coherente en gecoördineerde wijze implementeren van de actiepunten van het BEPS-project om zodoende maatregelen te treffen om belastingontwijkingspraktijken te ontmoedigen.²¹³ Via deze weg tracht de EU een billijke en doeltreffende belastingheffing te bewerkstelligen. Het proces voorafgaand aan de totstandkoming van de ESM en het BEPS-project is erg omvangrijk geweest en bestaat uit een aantal partijen. Daarom worden in dit hoofdstuk de volgende deelvragen behandeld: de derde deelvraag: *‘Hoe is de richtlijn tot stand gekomen en op welke wijze wordt de ESM vanuit de richtlijn vormgegeven in het Nederlandse belastingstelsel?’* en de vierde deelvraag: *‘Hoe verhoudt de ESM zich tot de voorheen geldende Nederlandse thincapregeling en wat zijn de internationale ervaringen met de reeds geldende EBITDA-regeling in Duitsland en Spanje?’*

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt allereerst de geschiedenis van het BEPS-project in kaart gebracht en de totstandkoming van de richtlijn besproken. Vervolgens worden de achtergrond en ratio van de ESM behandeld. Voorts wordt de werking van de ESM in Europeesrechtelijk en nationaalrechtelijk verband uitgewerkt. Ook wordt een vergelijking met de thincapregeling gemaakt aangezien beide regelingen kunnen worden aangemerkt als algemene renteaftrekbeperingen. Daarnaast worden de Duitse en Spaanse varianten van de EBITDA-regeling besproken. Deze regelingen zijn relevant en interessant voor dit onderzoek, omdat beide landen in Europa zijn gevestigd en zij als een van de weinige lidstaten praktische ervaring hebben met een EBITDA-aftrekbepering. Ook hebben deze landen, net als Nederland, een open economie.²¹⁴ Bovendien komen beide EBITDA-regelingen in grote mate overeen met de ESM. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt met de term ESM de maatregel zoals die is opgenomen in ATAD1 bedoeld. Als gesproken wordt van de EBITDA-regeling of de EBITDA-aftrekbepering wordt de desbetreffende nationaalrechtelijke bepaling bedoeld.

4.2 De route naar Base Erosion and Profit Shifting

Ten grondslag van de implementatie van de ATAD1 ligt het BEPS-project van de OESO, de mededelingen van de EC en de diverse standpunten van het Europees Parlement. De OESO respectievelijk de EU hebben een verdergaand proces in gang gezet met betrekking tot het tegengaan van belastingontwijking. In hoofdlijnen trekken beide instanties gezamenlijk op met hier en daar enkele nuanceverschillen. Het belang van de EU richt zich op beleidsmatige

²¹³ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, preambule overweging 2.

²¹⁴ The Heritage foundation (2018), ‘2018 index of economic freedom’, <https://www.heritage.org/index/ranking>.

plannen tussen louter lidstaten, terwijl de OESO voornamelijk georiënteerd is op internationaal belastingrecht.²¹⁵ Toch wordt het in hoofdlijnen gezamenlijk optreden door Redactie Vakstudie-Nieuws²¹⁶ bemerkt als de concurrentiestrijd (het tijdselement) tussen de EC en OESO om als eerst een plan tegen belastingontduiking en belastingontwijking door MNE's te ontwikkelen. De oudste instigatie inzake het tegengaan van belastingfraude dagtekent uit 2006. De EC publiceerde toentertijd een mededeling met betrekking tot de noodzaak om een verbeterde en gecoördineerde strategie te ontwikkelen ter bestrijding van belastingfraude.²¹⁷ Directe opvolging geschiedde echter niet tot de mededeling van de EC van 6 december 2012. Deze mededeling werd zodoende als bakermat van het actieplan van de EC beschouwd en creëert in wezen het fundament van de EU voor de werkwijze tegen verschillende vormen van belastingontwijking.²¹⁸ Ongeveer gelijktijdig is door de OESO ook een gecoördineerd plan ten aanzien van het tegengaan van grondslaguitholling en het verschuiven van winsten tot stand gebracht. Op 12 februari 2013 verscheen het zogeheten rapport 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting'.²¹⁹ Dit rapport bevatte een inventarisatie van potentiële maatregelen om grondslaguitholling en winstverschuiving te voorkomen. Noemenswaardig is dat de uitvoering van dit rapport de volwaardige steun en deelneming van de Ministers van Financiën van de G20 heeft genoten.²²⁰ Zodoende wordt gesteld dat het BEPS-project door de OESO tezamen met de G20 is ontwikkeld.²²¹ Tevens is het opmerkelijk dat toenmalig staatssecretaris van Financiën Weekers een hoge mate van importantie toekende aan het OESO-actieplan, terwijl de OESO in feite geen afdwingbare regels kan voorschrijven.²²² Bij aankondiging van zijn brief wenste de staatssecretaris immers dat Nederland (zelfstandig) geen maatregelen zou nemen om schadelijke en ongewenste structuren aan banden te leggen zolang het BEPS-project nog geen concrete aanbeveling had gedaan.²²³ Dit is opvallend, omdat de EU met regelgevende bevoegdheden ook mogelijkheden analyseerde omtrent een gecoördineerd project tegen belastingontduiking en -ontwijking. Op dat moment was het derhalve twijfelachtig of de aanbevelingen van de OESO inzake de aanpak van belastingontduiking en -ontwijking wel voldoende effectief zouden zijn. Immers, landen zijn niet verplicht om de regels van de OESO te implementeren. Desalniettemin heeft de OESO op 19 juli 2013 zijn actiepunten omtrent

²¹⁵ Lamboij, M.V., 'Het post-BEPS fiscale transparantieregime', TFO 2016/147.4.

²¹⁶ Vakstudie-Nieuws, 'OESO wil meer coördinatie vennootschapsbelastingen: rapport "Addressing base erosion and profit shifting", V-N 2013/11.8.

²¹⁷ Mededeling van de Europese Commissie van 31 mei 2006, COM(2006)254def.

²¹⁸ Kavelaars, P., 'De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking I', NTFR-B 2013/19.

²¹⁹ OECD (2013), *Report Addressing Base Erosion and Profit Shifting (the BEPS Report)*, OECD Publishing: Paris.

²²⁰ G20 Ministerials, 'Communiqué of Meeting of G20 Finance Ministers and Central Bank Governors', Moscow, February 16, 2013.

²²¹ Saint-Amans, P. Russo, R., 'The BEPS Package: Promise Kept', Bulletin for International Taxation, April 2016.

²²² Vakstudie-Nieuws, 'OESO wil meer coördinatie vennootschapsbelastingen: rapport "Addressing base erosion and profit shifting", V-N 2013/11.8.

²²³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, IFZ/2013/25 U.

BEPS gepresenteerd. Dit heeft zodoende geleid tot de publicatie van ‘The Final BEPS Package’ (het uitgewerkte rapport inzake het BEPS-project) op 5 oktober 2015.²²⁴ Het BEPS-rapport bevat de uitwerkingen van de actiepunten zoals deze eerder werden opgesteld door de OESO. Dit is een omvangrijk samenhangend pakket van maatregelen op het gebied van nationale belastingwetgeving en belastingverdragen-netwerken van landen. In eerste instantie kunnen deze actiepunten worden beschouwd als soft law waardoor de uiteindelijke implementatie van de maatregelen niet verplicht is. Doch tracht het project een politieke ‘peer pressure’ te zijn om de heffing over de waardecreatie te laten corresponderen met de geografische locatie daarvan.²²⁵ Ondanks het feit dat de OESO niet over regelgevende bevoegdheden beschikt, heeft de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad) op 8 december 2015 toegezegd de onderling samenhangende BEPS-aanbeveling van de OESO ter voorkoming van belastingontduiking door ondernemingen²²⁶ snel en gecoördineerd uit te voeren.²²⁷ Het bovenstaande toont het ‘succes’²²⁸ van het BEPS-project. Het mondiale krachtenveld heeft immers naar dit project gehandeld. Ook de EU heeft haar richtlijn(en) inzake anti-tax avoidance op dit project gebaseerd.

Het BEPS-project bevat vijftien samenhangende actiepunten om grondslaguitholling en winstverschuiving door MNE’s te voorkomen. Daarnaast mogen de maatregelen van BEPS niet leiden tot dubbele heffing, omdat dit de internationale handel en investeringen belemmert. Het project is geconstrueerd aan de hand van drie pijlers. De eerste pijler steunt op het bevorderen van de coherentie. Dit houdt een wereldwijde gecoördineerde aanpak van de BEPS-kwestie in. Vervolgens worden door middel van de tweede pijler de fiscaal internationale substancevoorwaarden verzwakt. De derde pijler houdt rekening met het bevorderen van de transparantie en rechtszekerheid.²²⁹ De maatregelen inzake het BEPS-project zijn verder onder te verdelen in een rangorde: ‘minimum standards’, ‘common approaches’ en ‘best practice’. Onder de ‘minimum standards’ worden de gevolgtrekkingen geschaard waaraan landen zich bij aanvang hebben gecommitteerd. Dit zijn maatregelen die, zonder keuzevrijheid, geïmplementeerd ‘moeten’ worden in het nationale recht. Zodoende is deze categorie de meest vergaande categorie. Voorbeelden van enkele minimumstandaarden zijn informatie-uitwisseling over ‘rulings’, verdragsmisbruik, de implementatie van ‘country-by-country reporting’ en de verbetering van geschilbeslechtsprocedures. De ‘common approaches’ zijn minder ingrijpend. Deze aanpak heeft te maken met het tenietdoen van

²²⁴ OECD (2015), 2015 Final Reports. Executive Summaries, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris.

²²⁵ De Wilde, M.F., ‘Het OESO BEPS-project in vogelvlucht’, MBB 2016/11.

²²⁶ Voornamelijk MNE’s.

²²⁷ Conclusies van de Raad van 8 december 2015, persmededeling 910/5.

²²⁸ Uiteraard is de ‘daadwerkelijke’ effectiviteit (succes) pas na een aantal operationele jaren op te maken.

²²⁹ De Wilde, M.F. ‘Het OESO BEPS-project in vogelvlucht’, MBB 2016/11.

hybride mismatches en het tegengaan van bovenmatige renteaftrek. Ten aanzien van de ‘common approaches’ wordt een gezamenlijke benadering van staten voorgesteld en daarom is deze categorie minder drastisch. De ‘best practices’ zijn het meest vrijblijvend. Dergelijke aanbevelingen trachten na tijdsverloop te bewerkstelligen dat landen hierop ook gecoördineerd maatregelen treffen. De ‘best practices’ aanbevelingen zien op ‘CFC-regelgeving’ en de noodzaak tot het melden van agressieve belastingstructuren.²³⁰ Daarnaast hebben de OESO en de G20-landen het samenwerkingsverband verlengd tot 2020 om het BEPS-project af te ronden en een doelmatig en aangescherpt toezicht op de naleving van de overeengekomen afspraken te effectueren.²³¹

4.3 Van ‘Base Erosion and Profit Shifting’ naar de Anti Tax Avoidance directive I

Actiepunt 4 van het BEPS-project bevat net als artikel 4 (ESM) van ATAD1²³², ook wel de richtlijn genoemd, een renteaftrekbepanking gebaseerd op de EBITDA van een belastingplichtige. In feite is de ESM gebaseerd op actiepunt 4 van het BEPS-project. Daarom komen bepaalde conclusies van de OESO ter zake van deze renteaftrekbepanking aan bod. In het kader van actiepunt 4 ‘*limit base erosion via interest deductions and other financial payments*’ van het BEPS-project wordt door de OESO opgemerkt dat vermogen zeer mobiel is. Zodoende is het fiscaal gunstig verschuiven van vermogen binnen een groep van gelieerde rechtspersonen gemakkelijk. De OESO signaleert daarom de volgende drie risico’s. Allereerst worden via deze weg externe schulden toegewezen aan jurisdicties met een hoog marginaal belastingtarief. Ook wordt door het aangaan van onderlinge schuldverhoudingen een renteaftrek geconstrueerd die doorgaans meer bedraagt dan dat onafhankelijke derden aan rente zouden betalen. Als laatst wordt de opbrengst van de schulden meer dan eens vormgegeven zodat de ‘rente’ classificeert als vrijgesteld inkomen.²³³

Om de bovenstaande gesignaleerde risico’s te mitigeren, wordt door de OESO een EBITDA-regel voorgesteld. Op basis van het BEPS-rapport²³⁴ blijkt dat gekozen is voor een EBITDA-regeling in plaats van een thincapregeling (zie par. 4.5.3) als generieke renteaftrekbepanking. De eerstgenoemde regeling sluit namelijk meer aan bij de reële economische activiteiten van belastingplichtigen. Echter, vooropgesteld wordt dat een thincapregeling voor

²³⁰ OECD (2015), *Final Reports. Executive Summaries, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing: Paris.

²³¹ De Wilde, M.F., ‘Het OESO BEPS-project in vogelvlucht’, MBB 2016/11.

²³² Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

²³³ OECD (2017), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing: Paris, Executive summary, p. 13.

²³⁴ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, p. 23.

belastingautoriteiten relatief eenvoudig is om te handhaven. Tevens biedt de regeling belastingplichtigen een redelijke mate van zekerheid ten aanzien van de jaarlijks voorzienbare aftrek van rente. Een dergelijke regeling brengt echter beduidende nadelen met zich. Enerzijds heeft een thincapregeling geen impact op het rentepercentage ten aanzien van vreemd vermogen. Een dergelijke aftrekbeperking staat slechts in verband met de verhouding vreemd vermogen ten aanzien van eigen vermogen. Anderzijds staat een thincapregeling toe dat een lichaam met relatief veel eigen vermogen meer rente in aanmerking neemt bij de bepaling van het fiscale resultaat. Zodoende blijft het voor concerns betrekkelijk eenvoudig om een hoge renteaftrek te construeren door slechts in een bepaalde entiteit het eigen vermogen te vergroten. Desalniettemin poogt de OESO niet de illusie te wekken dat een thincapregeling in wezen geen rol van betekenis kan spelen in een belastingstelsel ten aanzien van renteaftrekbeperkingen.²³⁵

De uitwerking van de EBITDA-regel bepaalt dat het positieve saldo van betaalde en ontvangen rente²³⁶ niet in aftrek van het resultaat wordt toegestaan indien dit saldo meer dan 10% (maar maximaal 30%) van de fiscale EBITDA bedraagt.²³⁷ Een positief saldo betekent dat meer rente wordt betaald door de belastingplichtige en deze dus meer schuldenaar dan schuldeiser is. Vrijgestelde inkomsten vormen geen onderdeel van de EBITDA. De EBITDA betreft de belastbare winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie.²³⁸

Verder wordt door de OESO²³⁹ opgemerkt dat een renteaftrekbeperking gebaseerd op louter de EBITDA, zonder verzachtende uitzonderingen, zou leiden tot een ruwe en onwillevende regeling. De toepassing van een dergelijke bepaling bewerkstelligt de nodige *overkill* en zou belemmerend werken op investeringen. Ook zou een dergelijke regeling neerkomen op een inbreuk op de keuzevrijheid ter zake van de financiering.²⁴⁰ Derhalve worden uit de aanbevelingen van de OESO verscheidene uitzonderingen²⁴¹ op de EBITDA-regel opgemaakt, namelijk:

- de franchise;

²³⁵ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, p. 23.

²³⁶ Hier onder worden ook gelijkwaardige vergoedingen aan rente verstaan.

²³⁷ OECD (2017), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris, p. 55

²³⁸ Idem, p. 54.

²³⁹ OECD (2017), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris, p. 30.

²⁴⁰ Zie p. 44 omtrent de keuzevrijheid van ondernemers inzake de financiering.

²⁴¹ Deze uitzonderingen worden, in samenhang met ATAD1, in par. 4.4 nader toegelicht.

- de EBITDA-escape;
- de thincap-escape;
- de regeling omtrent het terug- of voortwentelen van de niet aftrekbare rente; en
- de voortwenteling van ruimte voor renteaftrek.

4.4 ATAD1

Naar aanleiding van het BEPS-project heeft de EU op 28 januari 2016 de ATAP aangenomen en gepubliceerd. De ATAP heeft tot doel het creëren van transparante, effectieve belastingheffing en het voorkomen van dubbele belasting.²⁴² Onderdeel van de ATAP is de op 11 juli 2016 aangenomen en gepubliceerde ATAD1.²⁴³ De richtlijn voorziet in globale maatregelen om belastingontwijkingspraktijken te ontmoedigen en een billijke en doeltreffende belastingheffing in de EU te waarborgen. Opgemerkt wordt dat dit doel slechts te verwezenlijken is indien de lidstaten gezamenlijk optreden. Ook wordt in de richtlijn de politieke prioriteit aangegeven ten aanzien van waarborging van belastingheffing op de locatie waar waarde en winsten worden gegenereerd. De richtlijn bevat minimumnormen en verplicht lidstaten om bepaalde aspecten te implementeren. De maatregelen mogen niet louter zien op het tegenwerken van belastingontwijkingspraktijken, maar moeten ook marktobstakels, zoals dubbele heffing, voorkomen. Ook wordt gesteld dat ATAD1 tot doel heeft om een 'level playing field' binnen de EU te creëren.²⁴⁴

De tendens van de afgelopen jaren is dat binnenlandse en buitenlandse concerns hebben geprobeerd de totale belastingschuld te verminderen door middel van het creëren van excessieve rentelasten.²⁴⁵ De ESM is derhalve noodzakelijk om dergelijke rechtshandelingen tegen te gaan. Het doel van de ESM is om de EU een minimumniveau van bescherming tegen belastingontwijkingspraktijken ten aanzien van renteaftrek te bieden. De richtlijn bevat minimumnormen en daarom biedt deze lidstaten de mogelijkheid om ten aanzien van bepaalde onderdelen van de ESM keuzes te maken. Met de totstandkoming van de ESM is aangesloten bij actiepunt 4 van het BEPS-project.

De EU heeft de keuze voor een EBITDA-regeling niet gemotiveerd. Dit is opmerkelijk, omdat enkele auteurs²⁴⁶ juist hebben aangegeven dat de keus voor een thincapregeling meer

²⁴² 'Fact sheet' van de Europese Commissie van 28 januari 2016, MEMO/16/160.

²⁴³ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, preambule overweging 2.

²⁴⁴ Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 28 januari 2016, COM (2016) 26 Final, 2016/0011 (CNS), p. 4.

²⁴⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, preambule overweging 6.

²⁴⁶ Zie Van den Hurk, H.T.P.M. en Ubachs, S.J.P., 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)', WFR 2016/238. Zie ook Van Strien, J. en Kroon, M.G.H., 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', NTFR 2011/614. Zie onder meer Kok Q.W.J.C.H. en Herms, L.A.G., 'De CCCTB en de aftrek van rente', MBB 2008/11.

voordelen zou bieden. Zodoende lijkt het alsof de aanbeveling voor een EBITDA-regeling ondoordacht door de EU is overgenomen.

Artikel 4 van de richtlijn bepaalt dat het financieringskostensurplus van de belastingplichtige ten laste van de winst kan worden gebracht indien dit niet meer bedraagt dan 30% van de EBITDA in het desbetreffende belastingjaar. Met het financieringskostensurplus wordt het bedrag (krachtens het nationale recht) bedoeld waarmee de financieringskosten van een belastingplichtige de belastbare rentebaten en overige economisch overeenkomstige belastbare inkomsten die de belastingplichtige ontvangt, overschrijdt. Om het financieringskostensurplus te berekenen, is het begrip financieringskosten uitgewerkt. Op basis van artikel 2, lid 2 van de richtlijn kan worden gesteld dat het begrip financieringskosten niet limitatief van karakter is, maar aanstonds een ruime definitie kent. Krachtens dit artikel zijn financieringskosten: “(...)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, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, betalingen in het kader van winstdelende leningen, toegerekende rente op instrumenten als converteerbare obligaties en nulcouponobligaties”.

Verder wordt bepaald dat de financieringskosten moeten worden berekend voor toepassing van belastingen. Vervolgens moet dit bedrag opgeteld worden bij de (bruto)winst voor toepassing van belastingen en bij de bedragen van afschrijvingen en amortisatie, voor correctie van belastingen. Belastingvrije inkomsten, zoals deelnemingsresultaten, worden bij het berekenen van de EBITDA niet in ogenschouw genomen. Aansluitend biedt de richtlijn de mogelijkheid een franchise ter hoogte van € 3 miljoen toe te passen op het financieringskostensurplus om de rigiditeit van de regeling te verminderen. Desalniettemin biedt de *de minimis*-richtlijn een lidstaat de mogelijkheid een lagere franchise in te stellen. Daarnaast biedt artikel 4, lid 1, sub a en b van de richtlijn lidstaten de keuze om entiteiten die op basis van het nationale recht deel uitmaken van een concern als één belastingplichtige aan te merken. Alsdan wordt het financieringskostensurplus en de EBITDA berekend op het niveau van het concern, rekening houdend met alle leden van dit concern. Toepassing van de franchise geldt dan ook voor het financieringskostensurplus en de EBITDA van het hele concern. Dit concernbegrip duidt op gevallen waarin een fiscaal eenheidsregime kan worden gevormd.

Verder wordt in de richtlijn de mogelijkheid geboden om stand-alone belastingplichtigen²⁴⁷ volledig te ontzien van de ESM. Dergelijke belastingplichtigen brengen geen ‘*BEPS-risico*’ met zich.²⁴⁸

²⁴⁷ Dit zijn vennootschappen die geen deel uitmaken van een concern en geen gelieerde onderneming of vi heeft.

²⁴⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, preambule overweging 8.

Lidstaten kunnen er ook voor kiezen om ten aanzien van de ESM groepsuitzonderingen te implementeren. Evenzeer is het mogelijk om het gedeelte van het financieringskostensurplus dat niet aftrekbaar is onbeperkt voorwaarts te wentelen, drie jaar terug te wentelen en de onbenutte renteaftrekkapaciteit vijf jaar voorwaarts te wentelen. Ook is het toegestaan om met betrekking tot geldleningen die zijn gesloten voor de totstandkoming van de richtlijn eerbiedigende werking te honoreren. Bovendien mag een lidstaat op basis van de richtlijn bepaalde sectorale ondernemingsuitzonderingen introduceren.

4.4.1 Groepsuitzonderingen

Thincap-escape

Deze uitzondering behelst de vergelijking van de verhouding van het eigen vermogen ten opzichte van het balanstotaal tussen de belastingplichtige en de groep. Indien de belastingplichtige kan aantonen dat haar equity-ratio correspondeert of hoger is in vergelijking met de equity-ratio van de groep dan wordt de rente niet in aftrek beperkt. Derhalve wordt de volledige aftrek van het financieringskostensurplus toegestaan en wordt dit ook wel gezien als een alles-of-niets-benadering.²⁴⁹ Bij wege van fictie wordt aangenomen dat de ratio's ook corresponderen als de debt-to-equity-verhouding van de belastingplichtige niet meer dan twee procentpunten lager is dan de ratio van de groep. Daarbij dient te worden opgemerkt dat een lidstaat de uitzondering optioneel kan implementeren.

EBITDA-escape

Indien het financieringskostensurplus van de belastingplichtige hoger is dan 30% van de EBITDA van de belastingplichtige wordt de aftrek van rente in zoverre beperkt. Op basis van de EBITDA-escape zou het echter mogelijk kunnen zijn om de rente in zijn geheel of een groter gedeelte hiervan in aanmerking te nemen bij de vaststelling van de winst. Allereerst dient het financieringskostensurplus van de groep ten opzichte van derden afgezet te worden tegen de EBITDA van de groep. Deze verhouding wordt vervolgens vermenigvuldigd met de EBITDA van de belastingplichtige. Als door toepassing van deze methode een hogere rente in aftrek wordt toegestaan, kan deze regeling door de belastingplichtige worden benut. Hierbij wordt opgemerkt dat deze uitzondering optioneel te implementeren is voor een lidstaat. Met betrekking tot deze uitzondering is het niet duidelijk wat onder 'derden' moet worden verstaan. Dit begrip is niet in de richtlijn gedefinieerd. In dit kader merken Snoeij en Van Helvoirt²⁵⁰ op dat indien onder het begrip 'derden' eenieder moet worden verstaan die geen deel uitmaakt van de geconsolideerde jaarrekening. De vrijheid in de uitleg van dit begrip

²⁴⁹ Vakstudie-Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD 1', V-N 2017/39.14.

²⁵⁰ Snoeij, R. en Van Helvoirt, J.H.A.M., 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATARichtlijn (art. 4)', FED 2016/108.

‘grote’ gevolgen kan hebben voor de toepassing van de EBITDA-escape. De aftrekmogelijkheid van een belastingplichtige kan immers worden vergroot doordat rentebetalingen buiten de ‘groep’ vallen, maar wel samenhangen met belastingplichtigen die gelieerd zijn. Ondanks dat op basis van de richtlijn harmonisatie van de winstbelasting wordt voorgestaan, bestaat de mogelijkheid op het ontspruiten van grote dispariteiten met betrekking tot de mogelijkheden voor renteaftrek. Derhalve zou zonder een communautaire uitleg van het begrip ‘derden’ de effectiviteit van de ESM kunnen worden ondermijnd. Zodoende is het wenselijk dat de EU dit begrip expliqueert.

Welke groepsuitzondering is het meest betamelijk?

Op voorhand kan niet worden gesteld welke groepsuitzondering het meest betamelijke is, aangezien dit afhankelijk is van de sector waarin de belastingplichtige actief is.²⁵¹ Het motief achter de invoering van de ESM is het voorkomen van grondslaguitholling en winstverschuiving binnen een concern door middel van renteaftrek.²⁵² Volgens de OESO doet het bovenstaande zich voor als concerns relatief meer externe schulden alloceren aan landen met een hoog effectief tarief, concerns gebruik maken van groepsleningen waar de schuldenaar de rente tegen een aanzienlijk hoger tarief kan aftrekken dan het effectieve tarief waartegen het belast is bij de schuldeiser of concerns hybride financieringsinstrumenten construeren om belastingvrij inkomen te genereren.²⁵³ Niettegenstaande dat de thincap-escape eenvoudiger in uitvoering is dan de EBITDA-escape en deze ook in verliessituaties soelaas kan bieden²⁵⁴, blijkt dat door middel van de thincap-escape de mate van renteaftrek probleemloos kan worden gemanipuleerd.²⁵⁵ Bovendien illustreert de verhouding eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen niets over de mate waarin een entiteit economisch actief is.²⁵⁶ Derhalve sluit een thincap-escape niet aan bij het motief van de ESM. In het verlengde wordt de EBITDA-escape als proportioneel beschouwd, aangezien de belastingplichtige niet wordt ‘berispt’ zo lang hij relatief niet meer rentelasten heeft dan de groep als geheel.²⁵⁷ Beschouwd vanuit het motief en de werking van

²⁵¹ Van den Hurk, H.T.P.M., en Ubachs, S.J.P., ‘De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)’, WFR 2016/233.

²⁵² Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017, www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1, p. 12.

²⁵³ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, p 66.

²⁵⁴ *Idem*, p. 66.

²⁵⁵ Ruijschop, M.H.C., ‘Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1)’, NTFR 2017/1902.

²⁵⁶ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, p. 23.

²⁵⁷ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, ‘Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1’, Amsterdam, 21 augustus 2017, p. 4.

de ESM zou de EBITDA-escape in theorie het beste passen en daarom de preferentie boven de thincap-escape moeten genieten.

4.4.2 Voor- en achterwaartse verrekening

Doorgaans zal de EBITDA-regeling²⁵⁸ gepaard gaan met een procyclisch effect. In economische goede tijden is de EBITDA hoger en bestaat een grotere renteaftrekkcapaciteit dan in economisch slechte tijden. In economisch mindere tijden valt de EBITDA lager uit, waardoor naast dat het slechter met het bedrijf gaat ook een eventueel grotere renteaftrekkbeperking dan in economische goede tijden bestaat. Ten behoeve van het mitigeren van dit ‘tijdstipverschil’ tussen EBITDA en rentelasten biedt de richtlijn keuzemogelijkheden met betrekking tot het voorwaarts en achterwaarts wentelen van het in aftrek beperkte gedeelte van het financieringskostensurplus en de onbenutte renteaftrekkcapaciteit. Lid 6 van de richtlijn voorziet in drie keuzes. De eerste optie is het onbeperkt voorwaarts wentelen van het niet-aftrekbare gedeelte van het financieringskostensurplus. De voorgaande optie kan worden uitgebreid met de mogelijkheid het financieringskostensurplus ook drie jaar terug te wentelen. De derde optie behelst het onbeperkt voorwaarts wentelen en drie jaar achterwaarts wentelen van het niet-aftrekbare gedeelte van het financieringskostensurplus met daarbij de mogelijkheid om de onbenutte renteaftrekkcapaciteit ten hoogste vijf jaar voorwaarts te wentelen.²⁵⁹ Van den Hurk en Ubachs²⁶⁰ constateren dat de richtlijn uitsluitend deze drie opties lijkt te honoreren. Dit wordt tevens geconstateerd door Snoeij en Van Helvoirt²⁶¹. De eerstgenoemde optie lijkt de minimumnorm in te houden en is zodoende verplicht. De twee supplerende mogelijkheden lijken optioneel. Desalniettemin merken Snoeij en Van Helvoirt ook op dat de opties minimumnormen zijn zodat een lidstaat de mogelijkheid heeft strengere termijnen te hanteren en andere verdergaande beperkingen op te leggen, zoals in overweging 6 van de préambule van de richtlijn is overwogen.

4.4.3 Eerbiedigende werking

Verder voorziet de richtlijn krachtens artikel 4, lid 4, sub a in een mogelijkheid grandfathering toe te passen ten aanzien van leningen die zijn gesloten vóór 17 juni 2016. Op deze datum is namelijk door de lidstaten politieke overeenstemming met betrekking tot de

²⁵⁸ Volledigheidshalve wordt hier niet de EBITDA-escape bedoeld.

²⁵⁹ Snoeij, R. en Van Helvoirt, J.H.A.M., ‘Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekkbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)’, FED 2016/108.

²⁶⁰ Van den Hurk, H.T.P.M., en Ubachs, S.J.P., ‘De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)’, WFR 2016/233.

²⁶¹ Snoeij, R. en Van Helvoirt, J.H.A.M., ‘Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekkbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)’, FED 2016/108.

richtlijn bereikt.²⁶² Ter voorkoming van anticipatie omtrent de aankomende wetwijziging ter zake van een nieuwe renteaftrekbeperking is daarom voor deze datum gekozen als uiterste datum aangaande het overgangsrecht. Alsdan is de ESM niet van toepassing op leningen gesloten vóór die datum. Indien de leningsvoorwaarden op een later tijdstip worden gewijzigd, kan de exceptie niet worden toegepast.

4.4.4 Sectorale ondernemingsuitzonderingen

Voorts is voorzien in de mogelijkheid om langlopende financiering verband houdende met grootschalige openbare infrastructurele projecten in het kader van het algemeen belang uit te zonderen van de ESM. Vereist is dat de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en inkomsten zijn gevestigd in een lidstaat van de EU.²⁶³ Ook is voorzien in een keuze om financiële ondernemingen niet onder toepassing van de ESM te scharen. Deze uitzonderingen zijn optioneel te implementeren door een lidstaat.

Afsluitend wordt in de richtlijn bepaald dat lidstaten de ESM in principe vanaf 1 januari 2019 in hun nationale wetgeving moeten hebben geïmplementeerd.²⁶⁴ Dit geldt dus ook voor Nederland. De termijn mag worden verlengd tot 2024 indien een lidstaat reeds ‘even doeltreffende’ renteaftrekbeperkingen of ‘targeted rules’ tegen grondslaguitholling kent die niet mengen met de ESM.

4.5 De Nederlandse EBITDA-regeling

4.5.1. Inleiding

Op 10 juli 2017 heeft het kabinet het consultatiedocument met conceptwetsvoorstel ter implementatie van de ESM in de Wet VpB 1969 gepubliceerd. Blijkens dit voorstel en het regeerakkoord 2017-2021, ‘Vertrouwen in de toekomst’, (hierna: regeerakkoord) wordt de door Nederland gekozen variant aangaande de ESM verduidelijkt. Verder heeft Snel, staatssecretaris van Financiën, op 23 februari 2018 de Kamerbrief aangaande ‘Aanpak belastingontwijking en belastingontduiking’ (hierna: Kamerbrief) aan de Tweede Kamer aangeboden. Hierin worden de keuzes met betrekking tot de ESM bevestigd.²⁶⁵

²⁶² Vermeulen, H. en Elink Schuurman, J.H., ‘De anti-belastingontwijkingsrichtlijn (ATA Directieve) en de fiscale gevolgen voor vastgoed’, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2017/2.

²⁶³ Van den Hurk, H.T.P.M., en Ubachs, S.J.P., ‘De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)’, *WFR* 2016/233.

²⁶⁴ Dit volgt uit artikel 11, lid 6, ATAD I. In dit lid is een uitzondering gemaakt voor situaties waarbij lidstaten beschikken over nationale specifieke regels die gelijkwaardig doeltreffend zijn als hetgeen is bepaald in de Richtlijn omtrent de renteaftrekbeperking. Niettemin dienen deze lidstaten vanaf 2024 te voldoen aan de Richtlijn.

²⁶⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

4.5.2 De Nederlandse keuzes aangaande de earningsstripping-maatregel

De ESM poogt een deel van de rente op derden-, bank- en concernleningen die een belastingplichtige per saldo verschuldigd is van aftrek te beperken. Het doel van het kabinet bij invoering van de ESM *(...)is het voorkomen van grondslaguitholling en het bevorderen van een meer gelijke fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen voor alle sectoren*.²⁶⁶ Het kabinet kiest hierbij voor een robuuste vormgeving van de regel. De Nederlandse ESM wordt daarom ook strenger omgezet dan de minimumnormen uit de richtlijn. Dit levert enerzijds meer opbrengsten op voor de Staatskas en draagt anderzijds bij aan stabielere bedrijven en levert gezondere economische verhoudingen op.²⁶⁷

Het conceptwetsvoorstel bepaalt dat het 'overschot aan rentelasten' niet in aftrek komt in zoverre dit meer dan 30%²⁶⁸ van de 'gecorrigeerde belastbare winst' bedraagt.²⁶⁹ Ingevolge het consultatiedocument vormt 'het overschot aan rentelasten' het verschil tussen rentelasten ter zake van schulden en rentebaten met betrekking tot vorderingen, voor zover die rentelasten of rentebaten in aanmerking worden genomen bij de bepaling van het fiscale resultaat. Onder 'gecorrigeerde belastbare winst' dient de fiscale EBITDA te worden verstaan. In tegenstelling tot de richtlijn wordt de gecorrigeerde belastbare winst voor toepassing van de Nederlandse EBITDA-regeling niet gecorrigeerd met afwaarderingen. Hoewel de richtlijn over het algemeen spreekt van een EBITDA-regeling lijkt overweging 6 van de richtlijn een afwijking hierop toe te staan. Deze overweging luidt als volgt: *"(...) Aangezien het de bedoeling is minimumnormen te bepalen, zou de lidstaten de mogelijkheid kunnen worden geboden een alternatieve maatregel aan te nemen met de belastbare winst vóór rente en belastingen (ebit) van een belastingplichtige als basis, die zodanig zou worden vastgesteld dat hij gelijkwaardig is aan de op de ebitda gebaseerde ratio"*.

Van Strien²⁷⁰ concludeert ten aanzien van het bovenstaande dat Nederland kiest voor een EBITD-regeling. Ter bepaling van de gecorrigeerde winst behoeft immers geen rekening te worden gehouden met afwaarderingen. Echter, onder de letter 'A' van EBITDA moet juist amortisatie worden verstaan. Ingevolge International Accounting Standard 36 blijkt dat amortisatie de internationale accountingsterm is voor de waardedaling, alsmede afschrijving, van immateriële vaste activa.²⁷¹ Uit de Nederlandse wetgeving ex artikel 2:337, lid 3, sub h BW blijkt echter dat termen als 'afschrijvingen' en 'afwaarderingen' zien op zowel immateriële als materiele activa. De term amortisatie ziet dus op de afwaardering en

²⁶⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Dit percentage wordt in het consultatiedocument en in het regeerakkoord 2017-2021 (p. 67) gehanteerd.

²⁶⁹ Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017, www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1, p. 4.

²⁷⁰ Van Strien, J., 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', WFR 2018/19.

²⁷¹ IFRS Foundation, (16 maart 2018). IAS 36 Impairment of Assets. Opgehaald van www.ifrs.org: <http://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-36-impairment-of-assets/#about>

afschrijving van louter immateriële vaste activa en deze term wordt voornamelijk in internationaal accounting verband gebruikt. Doorgaans wordt deze term in Nederland niet gebruikt. Zodoende is hetgeen Van Strien stelt niet zuiver. Derhalve wordt geen grond gevonden om aan te nemen dat de Nederlandse wetgever amortisatie (afschrijvingen op immateriële activa) niet onder de betekenis van ‘gecorrigeerde belastbare winst’ schaaft. Behoudens de exceptie van afwaarderingen komt de reikwijdte van de ‘gecorrigeerde belastbare winst’ overeen met de EBITDA uit de richtlijn.

Corresponderend met de richtlijn bevat het consultatiedocument een uitzondering ten aanzien van stand-alone belastingplichtigen. De ESM is niet van toepassing op een belastingplichtige zonder vi, zonder een met deze belastingplichtige gelieerd lichaam of een belastingplichtige die geen deel uitmaakt van een groep ex 2:24b BW. Krachtens lid 11 van de conceptwettekst is sprake van een met de belastingplichtige gelieerd lichaam als een lichaam of een natuurlijk persoon een belang van 25% of meer in aandelen, stemrechten of winst in de belastingplichtige heeft. Van gelieerdheid is ook sprake indien de belastingplichtige een dergelijk belang van 25% of meer houdt in een ander lichaam. Derhalve wordt betwijfeld of de stand-alone uitzondering wel van waarde is.

Verder blijkt dat de kamerbrief van 23 februari 2018 geen wijzigingen beoogd met betrekking tot het het bovenstaande.

Ingevolge het regeerakkoord blijkt dat de franchise uit de richtlijn met € 2 miljoen is verlaagd naar € 1 miljoen. De keuze voor deze drempel wordt ook in de Kamerbrief bevestigd. Onveranderd is dat deze drempel per belastingplichtige entiteit moet worden toegepast. Indien sprake is van een fiscale eenheid wordt deze vermoedelijk als één belastingplichtige aangemerkt. Zodoende geldt dat een fiscale eenheid slechts eenmaal de franchise kan toepassen, ondanks dat meerdere entiteiten zijn gevoegd.²⁷² De drempel kan worden toegepast indien sprake is van een overschot aan rentelasten. Van Strien²⁷³ noemt dit een alles-of-niets-drempel. Dit is merkwaardig, aangezien een alles-of-niets-drempel betekent dat indien de netto rentelast hoger is dan de desbetreffende drempel de drempel niet meer mag worden toegepast. De Nederlandse regeling bepaalt dat de drempel in principe altijd kan worden toegepast, ook indien de netto rentelasten meer dan de drempel bedragen. In par. 4.5.4 wordt de Duitse EBITDA-regeling uitgelegd, met in begrip van de aldaar geldende alles-of-niets drempel.

²⁷² Naar aanleiding van HvJ van 22 februari 2018 (gevoegde zaken X bv (C-398/16) en X nv (C-399/16), ECLI:EU:C:2018:110) tezamen met de reeds op 8 december 2017 aangekondigde spoedmaatregelen, blijkt dat een per-element-benadering met betrekking tot het fiscale eenheidsregime moet worden toegepast. Dit houdt in dat bepaalde regelingen, zoals renteaftrekbepeningen, moeten worden toegepast alsof geen fiscale eenheid bestaat. Echter, ligt dit onderwerp buiten het bereik van dit onderzoek. Hieraan wordt dus voorbijgegaan.

²⁷³ Van Strien, J., ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD 1’, WFR 2018/19.

In tegenstelling tot het consultatiedocument wordt in het regeerakkoord bepaald dat de ESM niet wordt voorzien van een van de mogelijke groepsuitzonderingen (zie par. 4.4.1). Deze keuze, in combinatie met de verlaging van de drempel, bewerkstelligt dat het statutaire tarief in de vennootschapsbelasting kan worden verlaagd.²⁷⁴ Hieromtrent is Vleggeert²⁷⁵ van mening dat de ESM altijd een groepsuitzondering zou moeten bevatten. Immers, indien de belastingplichtige aan één van de mogelijke escapes voldoet, is geen sprake van grondslaguitholling door renteaftrek. Voorts meent Vleggeert dat een thincap-escape de voorkeur zou moeten verdienen omdat de uitkomst hiervan makkelijker is te voorspellen.

Verder wordt niet voorzien in overgangsrecht met een eerbiedigende werking voor leningen die vóór 17 juni 2016 zijn aangegaan. De wetgever meent dat een dergelijke regeling de ESM onnodig complex en moeilijk uitvoerbaar zou maken.²⁷⁶ Van Strien²⁷⁷ is echter van mening dat de regeling wel degelijk uitvoerbaar blijft indien overgangsrecht ten aanzien van leningen die reeds voor 17 juni 2016 bestonden, wordt gecreëerd. Bovendien vindt hij dat een behoorlijk opererende overheid rechtszekerheid ter zake van belastingplichtigen hoog in het vaandel zou moeten hebben staan en daarom voor dergelijke leningen een eerbiedigende werking zou moeten hanteren. Overigens zijn andere auteurs²⁷⁸ van mening dat de keuze in het licht van de uitvoerbaarheid begrijpelijk is. Voorts wordt de Nederlandse regeling niet voorzien in een uitzondering voor leningen ten aanzien van grootschalige publieke infrastructurele projecten. Redactie Vakstudie-Nieuws vindt dit een begrijpelijke keuze, aangezien deze uitzondering minder past binnen het geheel. Zij meent dat deze uitzondering een gebaar van de EU is geweest om de laatste lidstaten voor zich te winnen om uiteindelijk de ATAP (en ATAD1) aan te nemen.²⁷⁹ Ook komt uit de Kamerbrief van 23 februari 2018 naar voren dat de EBITDA-aftrekbeperking niet wordt voorzien in een uitzondering voor ondernemingen in de banken- en verzekeringssector. Aanvullend worden namelijk de minimumkapitaalseisen voor dit type ondernemingen aangescherpt. Zodoende wordt een hoger eigen vermogen vereist waardoor de netto rentelast minder snel wordt geraakt bij toepassing van de EBITDA-regeling.²⁸⁰ Mede door de invoering van de algemeen geldende renteaftrekbeperking wordt de gelegenheid gecreëerd om bepaalde, voor de uitvoering zeer bewerkelijke, specifieke renteaftrekbeperkingen af te schaffen. Uit de Kamerbrief van 23 februari 2018 blijkt verder dat het kabinet streeft naar voorkoming van grondslaguitholling

²⁷⁴ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 89.

²⁷⁵ Vleggeert, J. (2017), Hoe verder met art. 10a?. In: Pieterse L.J.A., Scharrenburg R. van (red.) Springende punten: Van Amersfoort-bundel: opstellen aangeboden aan mr. P.J. van Amersfoort ter gelegenheid van zijn afscheidssymposium gehouden op vrijdag 29 september 2017 te Leiden. Deventer: Kluwer. 343-352.

²⁷⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr 179 (Internetconsultatiedocument ATAD1), p. 15

²⁷⁷ Van Strien, J., 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', WFR 2018/19.

²⁷⁸ Zie Vleggeert, J., 'Hoe verder met art. 10a?', Reactie op internetconsultatiedocument ATAD1. Zie ook Vakstudie-Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD 1', V-N 2017/39.14.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

en het bevorderen van een meer gelijke fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen voor alle sectoren. Derhalve is een uitzondering voor bepaalde sectoren, zoals openbare infrastructurele projecten, banken en verzekeraars ter zake van de EBITDA-aftrekbeperking, niet in lijn met de doelstelling zoals is geformuleerd in de Kamerbrief. De Nederlandse EBITDA-regeling wordt dus niet voorzien van dergelijke sectoruitzonderingen.

Bijkomend kan uit het internetconsultatiedocument worden afgeleid dat Nederland ten aanzien van de ESM kiest voor het onbeperkt voorwaarts wentelen van het niet-aftrekbare deel van het financieringskostensurplus. Dit betekent een strikte omzetting door Nederland aangaande het voor- en achterwaarts wentelen van het financieringskostensurplus. Immers, er wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het niet aftrekbare gedeelte van het financieringskostensurplus drie jaar terug te wentelen en of de mogelijkheid om de onbenutte renteaftrekkapaciteit ten hoogste vijf jaar voorwaarts te wentelen. In het kader van de procyclische gevolgen (zie par. 4.4.2) van de ESM merkt Van Strien²⁸¹ op dat dit een ruimere tegemoetkoming verdient. Een belastingplichtige zou in moeilijke tijden juist geholpen moeten worden in plaats van dat deze te maken krijgt met een verhoging van de renteaftrekbeperking.

Ondanks dat de bovenstaande beschrijving van de Nederlandse EBITDA-regeling slechts een conceptversie is, lijken bepaalde keuzes definitief. Uit het regeerakkoord en de Kamerbrief van 23 februari 2018 blijkt onder meer dat de drempel wordt verlaagd en de potentiële groepsuitzonderingen (de thincap- en EBITDA-escape zoals bedoeld in par. 4.4.1) vervallen ten behoeve van de verlaging van het statutaire tarief in de Wet VpB 1969. Ook blijkt uit het regeerakkoord dat enkele bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen worden afgeschaft.²⁸² Deze worden in principe door de invoering van de ESM overbodig. Voorts kan uit de Kamerbrief worden afgeleid dat er geen uitzondering wordt gecreëerd voor leningen ten aanzien van grootschalige publieke infrastructurele projecten en financiële ondernemingen om de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen meer gelijk te stellen. Zodoende tracht de wetgever te bewerkstelligen dat de Wet VpB 1969 beter en eenvoudiger uitvoerbaar wordt. Concluderend uit het bovenstaande wenst het kabinet een strengere EBITDA-regeling dan de minimumnormen uit ATAD1. De keuze voor een eenvoudige en robuuste regeling komt ten goede aan de uitvoerbaarheid voor de Belastingdienst. Bovendien is dit bevorderlijk ten aanzien van de belastingopbrengsten.²⁸³

²⁸¹ Van Strien, J. 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', WFR 2018/19.

²⁸² Regeerakkoord 2017-2021 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 'Vertrouwen in de toekomst', Den Haag: 2017, p. 67.

²⁸³ Fiscale beleidsagenda 2018 van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-000002722, p. 5.

4.5.3 Thincapregeling

Zoals in par. 3.3.1 is belicht, heeft de Wet VpB 1969 een generieke renteaftrekbeperking gekend: de thincapregeling. De in 2013 afgeschafte thincapregeling richtte zich tegen grondslaguitholling in concernverband en was derhalve niet van toepassing op belastingplichtigen die geen groep vormden op grond van artikel 2:24b BW. Indien een belastingplichtige bovenmatig was gefinancierd, werd de verschuldigde rente in zoverre niet in aftrek van het resultaat toegestaan. Van een bovenmatige financiering was sprake indien het vreemd vermogen minstens driemaal het eigen vermogen bedroeg.²⁸⁴ Toentertijd bestond veel kritiek op de regeling, omdat deze het MKB raakte terwijl de regeling was bedoeld voor internationaal opererende concerns. Daarnaast ging de regeling gepaard met hoge administratieve lasten en uitvoeringskosten voor de belastingplichtige en de Belastingdienst.²⁸⁵ Bovendien had de regeling geen positief effect op de overheidsfinanciën.²⁸⁶ Het grote verschil tussen de thincapregeling en EBITDA-regeling is dat er wordt aangesloten bij de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen respectievelijk het overschot aan rentelasten ten opzichte van de gecorrigeerde belastbare winst. De Nederlandse keuze inzake de ESM bevat geen thincap-escape. Zodoende is de Nederlandse EBITDA-regeling moeilijk met de thincapregeling te vergelijken. De enige overeenkomst tussen de Nederlandse EBITDA-regeling en de thincapregeling is dat beiden een generieke werking hebben en dat zij zich richten tegen grondslaguitholling in concernverband. Overigens stelde de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) ten tijde van de invoering van de thincapregeling voor de renteaftrekbeperking toe te passen op het positieve saldo van rentelasten minus de rentebaten. Echter, de staatssecretaris meende dat een dergelijke bepaling “*afbreuk zou doen aan de werking van de thincapregeling*”.²⁸⁷

4.5.4 Europese ervaringen met de EBITDA-aftrekbeperking

Duitsland

Sedertdien 2007 kent de Duitse winstbelasting een EBITDA-aftrekbeperking: de Zinsschranke. Deze maatregel betekent dat de rente niet in aftrek wordt toegelaten indien deze als excessief wordt beschouwd.²⁸⁸ Rente wordt als excessief aangemerkt indien de netto rentelasten (rentelasten – rentebaten) meer dan 30% van de EBITDA behelzen. Rentelasten betreffen alle rentes die de belastbare winst vermindert en rentebaten zijn alle rentes die de belastbare winst vergroten. Dit betreft ook de rente aan niet-gelieerde partijen. Laagrentende

²⁸⁴ Slechts de groepsescape kan dan uitkomst bieden. VV/EV-verhouding mag niet slechter zijn t.o.v. gehele groep.

²⁸⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3, p. 4.

²⁸⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

²⁸⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 25, p. 31.

²⁸⁸ Zie Sec. 4h EStG (Einkommensteuer). Zie ook Sec. 8a KStG (Körperschaftsteuer).

leningen moeten ook onder deze definities worden geschaard.²⁸⁹ In aanmerking nemende dat de Zinsschranke reeds in 2007 is ingevoerd, wordt door verschillende auteurs beargumenteerd dat deze het fundament vormt voor de ESM uit artikel 4 van de richtlijn.²⁹⁰ De Duitse regeling voorziet in een alles-of-niets-franchise van € 3 miljoen en bevat groepsuitzonderingen, zoals een vrijwaring voor stand-alone vennootschappen. Het betreft een alles-of-niets-drempel, want deze mag namelijk niet worden toegepast indien de netto rentelasten hoger dan de franchise uitvallen. De hoofdregel is daarom op de volledige netto rentelast van toepassing. Overigens kende de Zinsschranke in eerste instantie een drempel van € 1 miljoen. Deze is vervolgens gewijzigd naar € 3 miljoen wegens de toenmalige financiële en economische crisis in Duitsland.²⁹¹ Zodoende is tevens het procyclische effect van de maatregel gemitigeerd.

Verder wordt een vennootschap als stand-alone entiteit aangemerkt wanneer deze niet onder het Duitse jaarrekeningenrecht wordt of kan worden geconsolideerd.²⁹² Daarnaast is de Duitse regeling slechts van toepassing op schadelijke aandeelhoudersbetalingen. Bij fictie wordt aangenomen dat dit het geval is indien de belastingplichtige meer dan 10% van 'zijn' netto rentelasten aan een aandeelhouder betaalt en dat deze aandeelhouder een belang van ten minste 25% in de belastingplichtige heeft. Derhalve is de Duitse regeling soepeler dan de ESM. Ook kent de Duitse regeling een optionele vermogensuitzondering. De Zinsschranke vindt geen toepassing indien de equity-ratio van de belastingplichtige niet lager is dan 2% in vergelijking met de gehele groep. Excessieve rente kan onbeperkt voor- en achteruit worden gewenteld en onbenutte renteaftrekkingscapaciteit kan vijf fiscale boekjaren voort worden gewenteld. Dit is echter anders indien een aandeelhouderswisseling plaatsvindt. De conclusie volgt dat de Zinsschranke in grote mate overeenkomt met de voorgestelde ESM. Opmerkelijk is dat de regeling vanuit Duits grondwettelijk oogpunt niet onomstreden is.²⁹³ Op 14 oktober 2015 heeft het Bundesfinanzhof namelijk aangegeven dat de Zinsschranke een inbreuk op de Duitse grondwet kan zijn, omdat het fundamentele draagkrachtbeginsel wordt geschonden.²⁹⁴ Dit beginsel bewerkstelligt dat kosten die normaliter in aftrek worden toegelaten op basis van budgettaire argumenten (voor de Duitse Staatskas) van aftrek worden uitgesloten. Deze kosten verminderen immers de draagkracht van de ondernemer. Het Duitse constitutionele Hof zal zich hierover in de nabije toekomst buigen. Bijzonder is

²⁸⁹ Speet, N.G.H., (2017). *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, p. 109.

²⁹⁰ Gutmann, D. et al., 'The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey', 57 Eur. Taxn. 1 (2017), Journals IBFD.

²⁹¹ Elswier, F.J. en Van Strien, J., 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182.

²⁹² Speet, N.G.H., (2017). *Renteaftrekbepalingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, p. 109.

²⁹³ Idem.

²⁹⁴ Gutmann, D. et al., 'The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey', 57 Eur. Taxn. 1 (2017), Journals IBFD.

dat deze eventuele inbreuk kan worden opgeheven op het moment dat de ATAD1 in werking treedt. Het Europees recht is namelijk van hogere orde dan het Duitse nationale recht. Derhalve wordt gesteld dat de Europeesrechtelijke richtlijn voorrang heeft op de Duitse grondwet waardoor de inbreuk tenietgaat.²⁹⁵ De invoering van de Duitse ESM heeft met name geleid tot een grondslagverbreding. Daarnaast is gebleken dat door de verhoging van de bovengenoemde drempel het MKB kan worden ontzien.²⁹⁶

Spanje

Op 27 november 2014, voor de richtlijn en de publicatie van het BEPS-rapport, heeft de Spaanse regering door middel van artikel 16 *Ley del Impuesto sobre Sociedades* (hierna: LIS) een EBITDA-regeling aangenomen. Deze maatregel kan worden aangeduid als de Spaanse ESM. Enerzijds bepaalt de Spaanse ESM dat indien ‘any net financial expenses’, gelimiteerd tot 30% van het operationeel resultaat van dat jaar, niet in aftrek van het fiscale resultaat worden beperkt.²⁹⁷ Het operationeel resultaat kan vergeleken worden met het EBITDA-concept uit de richtlijn. Anderzijds kan gekozen worden om een drempel van € 1 miljoen *in any case* toe te passen. Dit houdt in dat alle netto financiële lasten tot dat bedrag in aftrek worden toegelaten.²⁹⁸ Onder alle netto financiële lasten dient ten principale het bedrag te worden verstaan waarmee de lasten de baten van de nader te duiden rubrieken overschrijdt. Zonder de volledigheid te pretenderen, zien de desbetreffende rubrieken op wisselkoersverschillen en –hedges gerelateerd tot vorderingen, (vertrags)rente, waardevermindering van financiële instrumenten, commissies en andere vergoedingen. Indien financiële lasten niet-aftrekbaar zijn door toepassing van een andere regeling dan de EBITDA-regeling worden deze lasten niet meegenomen ter berekening van de Spaanse aftrekbeperking.²⁹⁹ Verder houdt de regeling in dat ongebruikte capaciteit binnen het operationeel resultaat van het jaar onbeperkt kan worden voortgewenteld. Ten aanzien van het saldo aan financiële lasten dat in aftrek wordt beperkt, geldt een voortwentelingstermijn van vijf jaar. Daarnaast bestaan uitzonderingen voor verzekeraars en financiële ondernemingen. Overigens is de Spaanse ESM louter van toepassing op groepsmaatschappijen.³⁰⁰ De Spaanse ESM is dus soepeler dan de richtlijn. Deze twee corresponderen in grote lijnen met elkaar, maar verschillen op drie additionele punten van

²⁹⁵ Lampert, S., Meickmann, T. en Reinert, M., ‘Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German “Interest Barrier” Rule’, 56 Eur. Taxn. 8 (2016), Journals IBFD.

²⁹⁶ Elsweiler, F.J. en Van Strien, J., ‘De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?’, WFR 2012/182.

²⁹⁷ Ferrer, C. & Irazusta, P., ‘Restriction to the Tax Deductibility of Financial Expenses: A Spanish View’, 19 Derivs. & Fin. Instrums. 4 (2017), Journals IBFD.

²⁹⁸ Gutmann, D. et al., ‘The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey’, 57 Eur. Taxn. 1 (2017), Journals IBFD.

²⁹⁹ Ferrer, C. & Irazusta, P., ‘Restriction to the Tax Deductibility of Financial Expenses: A Spanish View’, 19 Derivs. & Fin. Instrums. 4 (2017), Journals IBFD.

³⁰⁰ Gutmann, D. et al., ‘The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey’, 57 Eur. Taxn. 1 (2017), Journals IBFD.

elkaar. Allereerst bevat de Spaanse regeling geen vermogensuitzondering voor de groep. Ten tweede wordt inkomen dat is vrijgesteld van belasting niet uitgezonderd ter bepaling van het operationeel van het resultaat van dat jaar voor de berekening. Ten slotte wordt niet voorzien in een exceptie voor geldleningen ten aanzien van grootschalige publieke infrastructurele projecten. Ferrer en Irazusta³⁰¹ verwachten dat de Spaanse EBITDA-regeling uiteindelijk zal worden voorzien van een thincap-escape.

4.6 Subconclusie

Dit hoofdstuk heeft diverse deelvragen behandeld en poogt zodoende de werking en de achtergrond van de ESM te toetsen. De derde deelvraag die wordt beantwoord, luidt als volgt:

‘Hoe is de richtlijn tot stand gekomen en op welke wijze wordt de ESM vanuit de richtlijn vormgegeven in het Nederlandse belastingstelsel?’ Wat blijkt, is dat de OESO en de EC een coördineerde aanpak hebben getracht te ontwikkelen om BEPS te bestrijden. De EU heeft besloten om de conclusies uit het BEPS-project ook ten grondslag van ATAD1 te laten gelden, omdat het BEPS-project van de OESO zich snel ontwikkelde en steeds meer landen zich hierbij aansloten. Ter beantwoording van de wijze waarop de ESM vanuit de richtlijn wordt vormgegeven in het Nederlandse belastingstelsel wordt geconcludeerd dat de Nederlandse wetgever kiest voor een robuuste en eenvoudige ESM, zonder te veel en te ruime uitzonderingen. Het doel is om vreemd en eigen vermogen in elke sector fiscaal meer gelijk te behandelen. Tevens heeft dit tot gevolg dat het statutaire tarief in de vennootschapsbelasting kan worden verlaagd. Het kabinet wenst de minimumrichtlijn strikter te implementeren. De Nederlandse wetgever moet een 30%-EBITDA-regeling introduceren en opteert voor een franchise van € 1 miljoen. Voorts blijkt dat de Nederlandse EBITDA-aftrekbeperking niet wordt voorzien in de mogelijkheid tot het creëren van groepsuitzonderingen, sectorale ondernemingsuitzonderingen, eerbiedigende werking van leningen van vóór 17 juni 2016 en het voorwaarts of achterwaarts wentelen van het gedeelte van het financieringskostensurplus dat niet-aftrekbaar is en of de onbenutte renteaftrekcapaciteit. In verhouding tot de vierde deelvraag *‘Hoe verhoudt de ESM zich tot de voorheen geldende Nederlandse thincapregeling en wat zijn de internationale ervaringen met de reeds geldende EBITDA-regeling in Duitsland en Spanje?’* blijkt dat de thincapregeling weinig overeenkomsten vertoont met de ESM en daardoor niet goed te vergelijken is. Desalniettemin zijn beide aftrekbeperkingen generiek van aard. Indien wordt gekeken naar het belastingrecht in Spanje en Duitsland komt naar voren dat deze landen reeds een EBITDA-regeling kennen die beiden in grote lijnen met de ESM corresponderen.

³⁰¹ Ferrer, C. & Irazusta, P., ‘Restriction to the Tax Deductibility of Financial Expenses: A Spanish View’, 19 *Derivs. & Fin. Instrums.* 4 (2017), *Journals IBFD*.

Ook wordt duidelijk dat de Spaanse en Duitse EBITDA-aftrekbeperkingen in zekere mate soepeler zijn dan de Nederlandse regeling. Immers, de Duitse EBITDA-regeling is voorzien van een thincap-escape en een voortwenteling van de onbenutte renteaftrekkingscapaciteit voor maximaal vijf boekjaren. De Spaanse regeling kent een onbeperkte voortwenteling van de onbenutte renteaftrekkingscapaciteit en een sectorale ondernemingsuitzondering ten aanzien van banken en verzekeraars.

5. Analyse

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk voorziet in een analyse van de EBITDA-regeling en de huidige relevante renteaftrekbeperingen in Nederland. Voorts wordt de stelling: *‘Met de invoering van de ESM wordt de mogelijkheid bewerkstelligd om tot een meer inpasbaar stelsel ter zake van renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting te komen’* getoetst. Met de term ‘meer inpasbaar’ wordt onder andere aangesloten bij een meer eenvoudig stelsel voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst. Dit begrip omvat tevens een verbetering van de uitvoerbaarheid van de renteaftrekbepering(en) voor de Belastingdienst. Blijkens het internetconsultatiedocument is dit voor de wetgever een argument van gewicht. Daarnaast komt naar voren dat deze verbetering ook een belangrijk aspect is voor belastingplichtigen. Vanuit de literatuur³⁰² wordt het huidige Nederlandse stelsel aangaande de renteaftrekbeperingen vanwege de veelvoud en de complexiteit van voorwaarden en uitzonderingen aangeduid als een lappendeken of een wirwar van bepalingen. Zij menen dat het overzicht dan ook verloren is.³⁰³ De term ‘meer inpasbaar’ ondervangt tevens de effectiviteit en efficiëntie van de EBITDA-regeling ten opzichte van het huidige stelsel. Te meer wordt met ‘meer inpasbaar’ aangeknoopt bij de convergentie van de EBITDA-regeling met EU-recht. Ten aanzien van artikel 10b respectievelijk artikel 13l Wet VpB 1969 is in hoofdstuk drie reeds gebleken dat beide artikelen in strijd met primair EU-recht kunnen zijn. Alvorens tot toetsing van de stelling wordt overgegaan, wordt het huidige stelsel inzake de renteaftrekbepering bondig geëvalueerd. Vervolgens wordt de term ‘meer inpasbaar’³⁰⁴ onderverdeeld en behandeld in vier afzonderlijke categorieën die tezamen het toetsingskader vormen: één) is de ESM noodzakelijk, twee) is de ESM effectief en efficiënt, drie) is de ESM eenvoudiger, meer uitvoerbaar voor de belastingplichtige en de Belastingdienst en vier) is de ESM convergent met het EU-recht. Zoals uit het regeerakkoord 2017-2021 en de Kamerbrief³⁰⁵ blijkt, wordt bezien in hoeverre na invoering van de EBITDA-regeling bepaalde specifieke renteaftrekbeperingen kunnen worden afgeschaft. In concreto dragen de artikelen 10a, 10b, 13l en 15ad Wet VpB 1969 namelijk niet bij aan een overzichtelijk stelsel. Derhalve wordt het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperingen vergeleken met het nieuwe stelsel, namelijk de EBITDA-regeling met inbegrip van artikel 10a. De artikelen 10a en 15ad bevinden zich buiten het bereik van het onderzoek. Artikel 10a wordt inhoudelijk niet getoetst op ‘meer inpasbaarheid’, omdat het kabinet dit artikel wenst te behouden om

³⁰² Zie Van Strien, J., ‘De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting’, TFO 2013/128.3. Zie ook Van der Lans, V.T.P., ‘Samenloop van de renteaftrekbeperingen van art. 13l en art. 15ad Wet VPB 1969; afdoende geregeld?’, MBB 2014/10.

³⁰³ NoB Commissiewetsvoorstellen, Uitnodiging om voorstellen in te brengen voor vereenvoudiging van belastingwetgeving, 12 februari 2016.

³⁰⁴ De term ‘meer inpasbaar’ komt dus in haar algemeenheid overeen met het beleidsplan ‘zicht op wetgeving’.

³⁰⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

budgettaire derving te voorkomen. De bepaling kan immers het kunstmatig ‘oppompen’ van schulden door belastingplichtigen tot de 30%-grens van de EBITDA-regel (de optimale renteaftrek) bestrijden.³⁰⁶ Artikel 15ad bevindt zich buiten het bereik van dit onderzoek op grond van de argumentatie uit par. 1.2.

Indien noodzakelijk wordt, naast het onderzoek, afsluitend beoordeeld of en in hoeverre handhaving van de relevante renteaftrekbeperking(en) noodzakelijk is ter bescherming van een evenwichtig belastingstelsel.

5.2 *Schematische beoordeling van het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen*

Ten behoeve van de overzichtelijkheid, vergelijkbaarheid en de beantwoording van de stelling wordt de schematische beoordeling van het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen in kaart gebracht. Dit geschiedt op basis van de bevindingen in hoofdstuk 3.

Laagrentende geldlening met lange looptijd

Zoals reeds blijkt uit par. 3.2.2 wordt aan de urgentie en noodzaak van artikel 10b getwijfeld, omdat het totaalwinstbeginsel hetgeen ondervangt wat de bepaling in principe tracht te voorkomen. Ook is gebleken dat de bepaling in de praktijk weinig toepassing vindt en dat in binnenlandse en buitenlandse situaties de mogelijkheid op economisch dubbele belasting bestaat. Bovendien komt naar voren dat de gekozen termijn waarop de bepaling ziet arbitrair is. Hetgeen de bepaling immers tracht te voorkomen, kan zich tevens voordoen in situaties waarin een geldlening is aangegaan voor een periode korter dan tien jaar. Afsluitend is geconcludeerd dat de desbetreffende aftrekbeperking een misbruikvermoeden bevat zonder tegenbewijsregeling. Derhalve wordt dit aspect op basis van het arrest SGI als te rigide bestempeld. Daarnaast beargumenteren enkele auteurs³⁰⁷ dat de aftrekbeperking ook op andere gronden in strijd is met primair EU-recht. Desalniettemin blijkt de bepaling eenvoudig en uitvoerbaar.

De beperking van aftrek van bovenmatige deelnemingsrente

Aan de noodzakelijkheid van artikel 13l binnen het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen wordt niet getwijfeld. De bepaling richt zich immers op het bestrijden van de arbitrage tussen renteaftrek en vrijgestelde deelnemingsinkomsten, het Bosal-gat. Echter, het blijkt dat de bepaling niet doeltreffend en complex is. Daarmee is de bepaling tevens niet goed uitvoerbaar. Deelnemingen die zijn gefinancierd met eigen

³⁰⁶ Speet (2017), N.G.H, *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, p. 133 en 134.

³⁰⁷ Vleggeert, J., *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht* (FM nr. 132), Deventer: Kluwer 2009, p. 456–457 en Kok, Q.W.J.C.H., *De Wet VPB 2007* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2006. Zie ook Van Os, P.B.N., ‘De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)’, MBB 2016/4.

vermogen kunnen immers ook onder toepassing van de bepaling vallen. Te meer maken de voorwaarden die gelden ten aanzien van uitbreidingsinvesteringen de regeling complex en erg bewerkelijk. Kwalificatie van een deelneming als uitbreidingsinvestering is derhalve geen sinecure. Ook blijkt uit par. 3.3.3 dat artikel 13l mogelijk in strijd is met primair EU-recht. De schematische beoordeling van het huidige stelsel van renteaftrekbepalingen ziet er als volgt uit:

	10b	13L
Noodzakelijkheid	-	+
Effectief en efficiënt	-	-
Eenvoudig en uitvoerbaar	+/+	-
Verenigbaar met primair EU-recht	-	-
+/+ = zeer positief	+ = redelijk	- = onvoldoende

Aan de hand van bovenstaand schema wordt geconcludeerd dat het huidige Nederlandse stelsel inzake renteaftrekbepalingen niet wenselijk is vormgegeven. Naar mijn mening valt potentieel veel te winnen door middel van de invoering van de ESM. Derhalve wordt in de volgende paragraaf onderzocht of de invoering van de ESM daadwerkelijk ten goede komt van de inpasbaarheid in het stelsel.

5.3 *‘Leidt de invoering van de ESM tot een meer inpasbaar Nederlandse stelsel inzake renteaftrekbepalingen?’*

5.3.1 Noodzakelijkheid van de ESM

Vanuit nationaal perspectief wordt aan de beoordeling van de vraag in hoeverre invoering van de EBITDA-regeling noodzakelijk is om tot een meer inpasbaar stelsel te komen niet toegekomen. De invoering van de EBITDA-regeling vormt immers een verplichting uit ATAD1. Desalniettemin blijkt onder andere uit par. 4.3 en 4.4 dat de EC³⁰⁸ voor alternatieve renteaftrekbepalingen zoals een thincapregeling had kunnen kiezen. Immers, er zijn vele wegen die naar Rome leiden. Nochtans biedt de richtlijn geen ruimte voor een alternatieve maatregel. Voorts kan de noodzakelijkheid worden beschouwd vanuit de OESO en de EU. Bezien vanuit de OESO wordt getracht om wereldwijde belastingstelsels door middel van een coherente en gecoördineerde aanpak, het BEPS-project, resistent te maken tegen belastinggrondslaguitholling en winstverschuivingen. Dit geldt ook voor de EU. Door invoering van de richtlijn wordt beoogd om de 28 verschillende belastingregimes een minimumniveau van bescherming tegen agressieve fiscale planning te bieden teneinde de doeltreffendheid van de interne markt te verhogen.³⁰⁹ ATAD1 wordt noodzakelijk geacht om de gehele interne markt door harmonisatie te voorzien van minimumnormen. Echter, de

³⁰⁸ De EC heeft immers de bevoegdheid om voorstel voor een richtlijn te doen.

³⁰⁹ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, preambule overweging 3.

verschillende opties van lidstaten binnen de richtlijn leiden niet tot een *level playing field*. Ook blijkt de wens vanuit de literatuur en de wetgever om het Nederlandse stelsel inzake renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting te vereenvoudigen. Een manier om een vereenvoudiging te bewerkstelligen, is het afschaffen van bepaalde specifieke renteaftrekbeperingen. Ter compensatie van deze afschaffing dient een robuuste algemene renteaftrekbepering te worden geïntroduceerd die de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag voorkomt. De invoering van de ESM biedt zodoende de mogelijkheid om de huidige renteaftrekbeperingen te herzien. Derhalve kan worden verondersteld dat de verplichte invoering van de ESM op een gewenst ogenblik is voorgesteld. Hiermee wordt de vraag of de regeling effectief, efficiënt of verenigbaar is met het EU-recht niet beantwoord. Mijns inziens kan in algemene zin dus worden gesteld dat de EBITDA-regeling noodzakelijk is. Enerzijds doordat invoering wordt verplicht vanuit ATAD1, anderzijds om, zonder budgettaire derving voor de Staatskas, een vereenvoudiging van het stelsel van renteaftrekbeperingen te verwezenlijken.

5.3.2 Effectiviteit en efficiëntie van de ESM

Wordt het doel aangaande de ESM bereikt? Zo ja, wordt dit doel efficiënt en proportioneel verwezenlijkt?

Ter beoordeling van de effectiviteit van de ESM moet allereerst het motief van ATAD1, en daarmee inhoudende de ESM, vanuit de EU en het kabinet bezien, worden vastgesteld. Beknopt is het doel van ATAD1 enerzijds het bieden van bescherming op gemeenschappelijk minimumniveau tegen belastingontwijking. Dit wordt onder andere bewerkstelligd door het invoeren van een algemene renteaftrekbepering tegen uitholling van de belastinggrondslag en winstverschuivingen uit de interne markt. Via deze weg geschiedt waarborging van belastingheffing op de locatie waar de winsten worden gegenereerd. Anderzijds wordt gesteld dat ATAD1 tot doel heeft om een *level playing field* binnen de EU te creëren.³¹⁰ De EU wil door middel van de minimumnormen uit ATAD1 ter zake van de ESM de gehele interne markt bewapenen tegen grensoverschrijdende agressieve belastingplanning. De EC stelt voorop dat dit doel onvoldoende gerealiseerd wordt indien lidstaten afzonderlijk optreden. Alsdan zou dit geen einde maken aan inefficiënties en verstoringen bij interactie van de verschillende nationale maatregelen van de lidstaten. De EU is daarom van mening dat oplossingen gerealiseerd op het niveau van de EU leiden tot een betere werking van de interne markt als geheel. Mijns inziens wordt het vorengenoemde doel vanuit EU perspectief niet doeltreffend behaald. Ondanks dat invoering van de EBITDA-regeling door iedere lidstaat in beginsel leidt tot meer uniformiteit kunnen relatief aanzienlijke dispariteiten

³¹⁰ Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 28 januari 2016, COM (2016) 26 Final, 2016/0011 (CNS), p. 4.

tussen lidstaten ten aanzien van de EBITDA-regeling ontstaan, zodat het begerde *level playing field* niet wordt bereikt.³¹¹ Van Strien³¹² merkt hetzelfde op met betrekking tot de riante keuzemogelijkheden ter zake van de richtlijn. Een bepaalde lidstaat kan opteren voor een ruime omzetting van de ESM, zodat kan worden gekozen voor een maximale franchise en meerdere (verzachtende) uitzonderingen. Een andere lidstaat, zoals Nederland, opteert een strikte omzetting van de richtlijn waardoor zij slechts de minimumnormen implementeert. Ook is het mogelijk dat een lidstaat de ESM stringenter omzet zonder franchise en met een lager aftrekpercentage met betrekking tot de EBITDA.³¹³ In overeenkomstige gevallen zou ik daarom niet stellen dat de ESM vanuit Europees perspectief doeltreffend is. De eerste implementatie is dusdanig ruim dat belastinggrondslaguitholling en winstverschuiving (excessieve renteaftrek) op basis van de ESM niet kan worden voorkomen. Mijn opvatting is dan ook dat groepsuitzonderingen en sectorale ondernemingsuitzonderingen bepaalde belastingregimes aantrekkelijker zullen maken tegenover andere regimes. Alsdan zullen belastingplichtigen hierop inspelen. Ik ben dus van mening dat de minimumnormen dermate riant zijn waardoor het doel, het tegengaan van belastingontwijking, niet in alle gevallen wordt bereikt. Bovendien leidt het brede pallet aan keuzemogelijkheden tot scepsis tegenover de te behalen doelstelling van *level playing field* binnen de EU. Met andere woorden, de richtlijn zou minder flexibiliteit en ‘inkleuring’ van de regeling door lidstaten moeten toestaan zodat laatstgenoemde doelstelling door middel van een eenduidig stelsel zou worden behaald. Dit kan worden verwezenlijkt indien de richtlijn naast minimumnormen ook maximumnormen zou bevatten. Teneinde doeltreffende maximumnormen te bepalen, dienen communautaire begrippen in de richtlijn eveneens ondubbelzinnig te worden uitgelegd zodat de lezing en toepassing ervan ook wordt geüniformeerd.

Het kabinet onderschrijft enerzijds het doel van de EC om met invoering van de EBITDA-regeling renteaftrek inzake buitensporige rentebetalingen op derden- en concernleningen (grondslaguitholling) te beperken. Anderzijds tracht het kabinet een fiscaal meer gelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen voor alle sectoren te bewerkstelligen. Verder wordt met de invoering van de EBITDA-regeling beoogd het Nederlandse stelsel omtrent renteaftrekbeperkingen sterk te vereenvoudigen. Bovendien wordt getracht door middel van de franchise het MKB te ontzien van deze renteaftrekbeperking.³¹⁴ Speet³¹⁵ is van mening dat de EBITDA-regeling, afhankelijk van de vormgeving, ertoe kan leiden dat een aantal huidige

³¹¹ Europese Commissie van 9 juli 2014, IP/14/794.

³¹² Van Strien, J., ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1’, WFR 2018/19.

³¹³ Zie bijlage C voor de verschillen in de gekozen mogelijkheden van lidstaten die op dit moment bekend zijn.

³¹⁴ *Handelingen II* 2017/18, 67, item 8, p. 6.

³¹⁵ Speet, N.G.H., ‘Financiering, renteaftrekbeperkingen en vastgoed’, Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/6.

renteaf trekbeperkingen kan worden afgeschaft. Alsdan betekent dit een vereenvoudiging van het stelsel inzake renteaf trekbeperkingen. Tevens merkt Speet op dat meer zal worden aangesloten bij bedrijfseconomische motieven in plaats van fiscale motieven. Speet³¹⁶ betoogt dat ATAD1 en BEPS het fiscale moraal in positieve zin beïnvloeden. Bepaalde belastingstructuren, structuren met interne financieringscentra in laagbelaste jurisdicties of waarmee bronheffingen op rente fors kon worden verminderd, worden tegenwoordig niet meer aanvaard. Dit is verwezenlijkt door de publieke opinie ter zake van de fairshare-discussie³¹⁷ en de invoering van de EBITDA-regeling. Deze opvatting wordt onderschreven door De Haan³¹⁸.

Verder is Speet van mening dat de EBITDA-regeling het MKB kan raken, hetgeen zij niet de bedoeling acht. Aangaande de impact van de regeling op het MKB acht ik het in tegenstelling tot Speet waarschijnlijker dat dergelijke ondernemingen buiten de werking van de EBITDA-regeling vallen. Het MKB wordt immers als volgt gedefinieerd: *“Tot de categorie kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (MKB) behoren ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen EUR en/of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen EUR niet overschrijdt. De onderneming moet zelfstandig zijn, dat wil zeggen dat 25% van het kapitaal of van de stemrechten niet in handen moet zijn van één onderneming of van verscheidene ondernemingen gezamenlijk die niet aan de definitie van het MKB beantwoorden”*. Als wordt aangenomen dat de huidige gemiddelde marktrente 4%³¹⁹ is, betekent dit dat een onderneming, zonder belastbare winst of rentebaten in Nederland, € 25 miljoen kan lenen zonder dat de rente in aftrek wordt beperkt. De franchise bepaalt namelijk dat € 1 miljoen aan rente altijd in aftrek van de belastbare winst mag worden gebracht. Vanwege de bovenstaande illustratie acht ik de kans vrijwel nihil dat een Nederlandse MKB-onderneming wordt geraakt door de EBITDA-regeling. Algemeen bezien mag worden aangenomen dat MKB-ondernemingen in Nederland reële bedrijfsactiviteiten verrichten en daarmee operationele winsten dan wel rentebaten behalen. Per slot van rekening wordt het MKB beschouwd als de voltijd banenmotor van Nederland.³²⁰ Als de schuld van € 25 miljoen van een MKB-onderneming wordt vergeleken met het maximaal aanvaarde balanstotaal (€ 43 miljoen) voor dergelijke ondernemingen, dan zou deze met 60% zijn gefinancierd met vreemd vermogen. Het is onwaarschijnlijk dat een MKB-onderneming zodanig is geleveraged. Daardoor is de mogelijkheid dat een dergelijke onderneming wordt getroffen

³¹⁶ Speet, N.G.H (2017). *Renteaf trekbeperkingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, p. 121.

³¹⁷ De fairshare-discussie zoals in par. 1.1 reeds is voorgesteld.

³¹⁸ De Haan, P., ‘Hoezo OESO? The divine power to define’, NLF Opinie 2018/0020.

³¹⁹ Opgemerkt dient te worden dat de analyse verandert in geval een ander rentepercentage wordt gehanteerd. Het rekenpercentage wordt gerechtvaardigd doordat de huidige rentestanden laag zijn. Het bepalen van het rekenpercentage geschiedt door aan te sluiten bij de wettelijke rekenrente met een mark up.

³²⁰ Nederlands Comité voor Ondernemerschap en Financiering, ‘Staat van het MKB: Jaarbericht 2016: Wendbaar en weerbaar in een nieuwe marktdynamiek’, ministerie Economische Zaken, 2016.

door de EBITDA-regeling onaannemelijk. Indien deze toch onder de EBITDA-regeling valt, kan dit worden gerechtvaardigd aangezien deze dan dusdanig is gefinancierd dat dit ten koste gaat van de stabiliteit van de onderneming en dit niet correspondeert met een gezonde economische debt-to-equity verhouding. Vleggeert³²¹ deelt de bovenstaande mening. Tevens acht Speet³²² de kans aanwezig dat de EBITDA-regeling bepaalde belastingplichtigen en transacties gaat raken, terwijl de regeling in beginsel slechts bedoeld is om belastinggrondslaguitholling en winstverschuiving te verhinderen. Desalniettemin kan dit worden verdedigd doordat het kabinet streeft naar een fiscaal meer gelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen in alle sectoren.

In het kader van het voorafgaande streven merkt Stevens³²³ op dat hiermee de grondbeginselen van de vennootschapsbelasting worden geraakt. Uit par. 2.2 blijkt dat de vennootschapsbelasting vreemd vermogen fundamenteel gunstiger behandelt dan eigen vermogen. Doch is Stevens van mening dat een fiscaal meer gelijke behandeling wenselijk is. Voorts meent hij dat dit niet kan worden bewerkstelligd door eenzijdig handelen, maar slechts door gecoördineerde aanpak. Eenzijdige maatregelen zouden belastingconcurrentie en belastingontwijking kunnen stimuleren. Aanvullend op wat Stevens opmerkt, constateer ik dat de ruime implementatiemogelijkheden relatief grote verschillen tussen lidstaten kunnen veroorzaken. Derhalve kan het elimineren van belastingconcurrentie en belastingontwijking tussen lidstaten juist niet worden gegarandeerd. Daarnaast wordt door Stevens opgemerkt dat de invoering van een EBITDA-regeling kan leiden tot een vereenvoudiging van het stelsel omtrent renteaftrekbeperkingen.

Evenals Stevens bemerkt Van Strien³²⁴ dat het fundamentele verschil tussen vreemd en eigen vermogen met de invoering van de EBITDA-regeling niet wordt bestreden. Dit is evenzeer zijn belangrijkste bezwaar tegen de regeling. De EBITDA-regeling, tezamen met artikel 10a, komt slechts op tegen uitzonderingen. De uitwerking leidt ertoe dat rente pas in aftrek wordt beperkt voor zover de netto rentelasten meer dan 30% van de EBITDA bedragen. In het algemeen blijft financiering met vreemd vermogen dus gunstiger dan met eigen vermogen. Derhalve is dit louter gevolgbestrijding en daarom een 'second best' oplossing. De economische verstoringen worden volgens Van Strien niet ongedaan gemaakt. Met Van den Hurk en Ubachs³²⁵ ben ik daarom van mening dat een alternatief voor de EBITDA-regeling effectiever zou kunnen uitwerken. Bijkomend blijkt uit de brief³²⁶ van 29 april 2016 van de

³²¹ Vleggeert, J. (2017), *Hoe verder met art. 10a?* In: Pieterse L.J.A., Scharrenburg R. van (red.) Springende punten: Van Amersfoort-bundel: opstellen aangeboden aan mr. P.J. van Amersfoort ter gelegenheid van zijn afscheidssymposium gehouden op vrijdag 29 september 2017 te Leiden. Deventer: Kluwer. 343-352.

³²² Speet, N.G.H., 'Financiering, renteaftrekbeperkingen en vastgoed', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2017/6.

³²³ Stevens, S.A., 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2017/150.4

³²⁴ Van Strien, J., 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19.

³²⁵ Van den Hurk, H.T.P.M., en Ubachs, S.J.P., 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)', *WFR* 2016/238.

³²⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2016, *AFP/2016/394*.

staatssecretaris van Financiën dat de EBITDA-regeling met het voorgestelde percentage (30%) in een substantiële budgettaire opbrengst van € 1.100³²⁷ miljoen voorziet en zullen ongeveer 5.000 in Nederland gevestigde ondernemingen worden geraakt door de EBITDA-regeling.

Ondanks dat kan worden geconcludeerd dat de Europese doelstelling niet geheel wordt bereikt, komt naar voren dat het kabinet met de invoering haar doelen nagenoeg bereikt. Het kabinet kiest immers voor een robuuste EBITDA-aftrekbeperking zodat het gros aan renteaftrekbeperkingen kan worden beperkt en agressieve belastingplanning kan worden voorkomen. Ook ben ik met de staatssecretaris van mening dat het gekozen percentage effectief is, zodat een vereenvoudiging wordt bereikt zonder budgettaire derving voor de Staatskas. Temeer resulteert de robuustheid van de regeling in een fiscaal meer gelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen. De impuls om te financieren met vreemd vermogen wordt bestreden.

Efficiëntie en proportionaliteit

Op basis van het bovenstaande constateer ik dat de EBITDA-regeling zijn doel bereikt. De vraag is echter of dit op een efficiënte en proportionele wijze geschiedt. Meer specifiek kan worden geconcludeerd dat door middel van de EBITDA-regeling het Bosal-gat effectiever en efficiënter kan worden gedicht dan dat gebeurt door middel van artikel 13l. De EBITDA-regeling behelst dat rente slechts aftrekbaar is indien voldoende (corrigeerde) belastbare winst in Nederland wordt gecreëerd. Vrijgestelde deelnemingsresultaten bewerkstelligen geen hogere aftrekbaarheid vanwege het feit dat deze resultaten buiten aanmerking blijven bij het bepalen van de EBITDA. Het louter houden van deelnemingen kan niet leiden tot een hogere EBITDA en dus niet tot een ruimere renteaftrek. Derhalve wordt het Bosal-gat in die zin effectief gerepareerd en kan afschaffing van artikel 13l worden verantwoord. Ook Stevens³²⁸ merkt op dat deze arbitrage efficiënt wordt voorkomen door invoering van de EBITDA-regeling. Bijkomend constateert hij dat in het geval van de thincapregeling dit slechts op ingewikkelde wijze kan worden voorkomen via het alloceren van schulden aan activa, die vrijgestelde inkomsten genereren.

Verder is Stevens³²⁹ van mening dat rente en economisch vergelijkbare vergoedingen eenvoudiger kunnen worden geïdentificeerd dan verplichtingen die economisch vergelijkbaar zijn aan een schuld. Derhalve is een EBITDA-regeling eenvoudiger en efficiënter dan de regelingen uit de artikelen 10b en artikel 13l. Aldaar wordt slechts naar de

³²⁷ Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016, p. 89.

³²⁸ S.A. Stevens, S.A., 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', TFO 2017/150.4.

³²⁹ Idem.

schuld gekeken. Speet³³⁰ meent vervolgens dat de invoering van de EBITDA-regeling zal leiden tot meer internationale herkenbaarheid en een relatieve vereenvoudiging van het stelsel.

Echter, de EBITDA-regeling brengt ook onvoorspelbaarheid met zich mee. De aftrekbare rente is immers verbonden aan de omvang van de EBITDA (de gecorrigeerde belastbare winst) en daardoor kan de toegestane aftrekbare rente volatiel zijn. Een belastingplichtige heeft pas zekerheid over de hoogte van de renteaftrek in het desbetreffende belastingjaar. Derhalve ontstaat onzekerheid ter zake van de investeringsbeslissing van belastingplichtigen. Naast deze onzekerheid behelst de EBITDA-regeling een procyclische werking.

Mijns inziens is het effect dat ondernemingen in economisch slechte tijden te maken krijgen met een grotere renteaftrekbeperking dan in goede tijden niet verdedigbaar, maar ook een grote tekortkoming van de EBITDA-aftrekbeperking. Dit is bezwaarlijk aangezien een handreiking juist in economisch zware tijden op zijn plaats is.

Het bovenstaande effect wordt veroorzaakt doordat, ter bepaling van de mate waarin de rente aftrekbaar is, wordt aangesloten bij de omvang van de EBITDA (gecorrigeerde winst). Teneinde de procyclische werking te mitigeren, is een franchise voorgesteld en is bepaald dat de niet aftrekbare rente onbeperkt in tijd voorwaarts mag worden gewenteld. Echter, het is in verregaande mate wenselijk om het procyclische effect aanvullend te mitigeren en de zekerheid te versterken, zodat het voortwentelen van onbenutte renteaftrekcapaciteit voor tenminste vijf jaar eveneens mogelijk wordt. Bijkomend effect van deze voorgestelde uitbreiding is dat meer wordt aangesloten bij de totaalwinstgedachte en het vestigingsklimaat met meer aandacht wordt beschermd. Immers, investeerders (en ondernemers) wensen in redelijke mate te kunnen bepalen wat de renteaftrek in een belastingjaar zal zijn alvorens zij beslissen te investeren. De voorgestelde uitbreiding verwezenlijkt dat belastingplichtigen ook de onbenutte renteaftrekcapaciteit in opvolgende jaren kunnen toepassen en daardoor meer zekerheid hebben inzake de renteaftrek.

Voorts ben ik met Snoeij en Van Helvoirt³³¹ van mening dat bepaalde begrippen, zoals ‘derden’ en ‘vi’, niet of niet ondubbelzinnig communautair zijn uitgelegd. De mogelijkheid bestaat dus dat lidstaten de richtlijn niet eenduidig zullen interpreteren. Alsdan zou dit leiden tot inefficiëntie. Zoals Vermeulen en Elink Schuurman³³² illustreren, kan enerzijds worden afgeleid dat onder vi ‘belastbare aanwezigheid in een ander lidstaat’ moet worden

³³⁰ Speet, N.G.H. (2017). *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, p. 121.

³³¹ Snoeij, R. en Van Helvoirt, J.H.A.M., ‘Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)’, FED 2016/108.

³³² Vermeulen, H. en Elink Schuurman, J.H., ‘De anti-belastingontwijkingsrichtlijn (ATA Directieve) en de fiscale gevolgen voor vastgoed’, Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/2.

verstaan. Het louter houden van vastgoed in het buitenland leidt dan tot een vi. Echter, indien een lidstaat het vi-begrip uitlegt ingevolge artikel 5 van het OESO-Modelverdrag leidt het louter houden van vastgoed in het buitenland niet tot een vi. De EBITDA-regeling is dan mogelijk niet van toepassing. Als tekortkoming van de richtlijn geldt dat bepaalde begrippen niet nader worden aangeduid. Derhalve is aanstonds niet duidelijk hoe deze dienen te worden geïnterpreteerd. Mijns inziens is een mogelijke oplossing dat de richtlijn verduidelijkt op welke wijze een bepaald begrip moet worden geïnterpreteerd. Ter illustratie aangaande de toepassing van de richtlijn kan dan worden bepaald dat iedere lidstaat het vi-begrip dient te interpreteren conform het OESO-Modelverdrag.

De wisselwerking van een robuuste en eenvoudige renteaftrekbeperking is dat ondernemingen die minder netto rentelasten hebben dan de Nederlandse drempel van € 1 miljoen niet worden geconfronteerd met de maatregel. In dat opzicht wordt gesteld³³³ dat de EBITDA-regeling niet efficiënt is. Dit is enerzijds niet te weerleggen, omdat de EBITDA-regeling het doel heeft om vreemd en eigen vermogen fiscaal meer gelijk te behandelen. Ten aanzien van dergelijke ondernemingen wordt dit doel dus niet bereikt. Anderzijds is zowel Europees als nationaal het voornaamste doel van de EBITDA-regeling grondslaguitholling en winstverschuiving te voorkomen. Zoals overweging 8 van de preambule van de richtlijn stelt, speelt het BEPS-risico voornamelijk bij multinationale groepen en is dit risico veel lager in het MKB. Vleggeert³³⁴ is hieromtrent van mening dat de EBITDA-regeling zal fungeren als een *safe haven* zodat MNE's de mogelijkheid hebben om de belastinggrondslag te eroderen tot aan de 30%-grens van de regeling. Mijns inziens kan hiertegen worden ingebracht dat artikel 10a en het ALB (artikel 8b) van toepassing blijven, zodat onzakelijk handelen en het kunstmatig oppompen van rentelasten kan worden bestreden door de Belastingdienst. Verder blijkt dat rentekosten tussen derden en rente op bedrijfseconomische gronden in principe van aftrek moeten worden toegestaan. Dit zijn immers kosten die voortvloeien uit de normale bedrijfsvoering. Echter, de robuustheid van de EBITDA-regeling maakt dat deze regeling bedrijfseconomisch gelegitimeerde rente en derdenrente van aftrek uit kan sluiten. Zodoende kan worden gesteld dat de regeling inefficiënt en te robuust is. De regeling gaat in dergelijke gevallen verder dan beoogd. Nochtans kan dit worden gebillijkt door het streven naar een fiscaal gelijke behandeling van vermogen voor alle sectoren. De wetgever tracht door middel van de EBITDA-aftrekbeperking de financieringskeuze van een onderneming bij te sturen.

³³³ De Wit, R.C.C., 'De renteaftrekbeperkingen in het consultatiedocument', NTFR 2009/1646.

³³⁴ Vleggeert, J. (2017), *Hoe verder met art. 10a?* In: Pieterse L.J.A., Scharrenburg R. van (red.) Springende punten: Van Amersfoort-bundel: opstellen aangeboden aan mr. P.J. van Amersfoort ter gelegenheid van zijn afscheidssymposium gehouden op vrijdag 29 september 2017 te Leiden. Deventer: Kluwer. 343-352.

Tot slot leidt de invoering van de EBITDA-regeling voor bepaalde groepen belastingplichtigen, zoals woningcorporaties, tot disproportionele gevolgen. Het effect van de EBITDA-regeling op woningbouwcorporaties wordt geschat op een extra last van € 300 á € 400 miljoen.³³⁵ Ten aanzien van deze lichamen lijkt de wetgever te zijn vergeten dat deze lichamen aan specifieke civielrechtelijke regels zijn gebonden. Een woningbouwcorporatie is namelijk een vastgoedonderneming die tot doel heeft betaalbare woningen te verhuren of te verkopen. Ingevolge artikel 50a Woningwet dragen zij de verplichting om de commerciële en maatschappelijke activiteiten van elkaar te scheiden. Ook mogen zij krachtens artikel 19 Woningwet slechts worden geëxploiteerd in de vorm van vereniging of stichting, zodat voor hen de mogelijkheid tot het aantrekken van eigen vermogen niet openstaat. Bovendien worden zij door de minister van Wonen en Rijksdienst gestimuleerd (c.q. verplicht) tot verduurzaming van deze woningen. Dit kan dus alleen worden gefinancierd met vreemd vermogen. Gezien het feit dat woningbouwcorporaties een maatschappelijk karakter hebben, een sociaal doel dienen, specifieke juridische verplichtingen kennen en zij zich niet kunnen wenden tot de beurs voor het verkrijgen van gelden zullen zij mijns inziens ten onrechte worden geraakt door de EBITDA-regeling. Dit wordt tevens geconstateerd door kamerlid Nijboer.³³⁶ Derhalve kan worden beargumenteerd dat de wetgever voorbij schiet aan het doel van de richtlijn. De staatssecretaris van Financiën³³⁷ is van mening dat een uitzondering voor woningbouwcorporaties aangaande de EBITDA-regeling niet door de Europeesrechtelijke beugel kan en leidt tot staatssteun. Bovendien stelt hij dat het kabinet de bedoeling met de invoering van de EBITDA-regeling heeft om het fiscale verschil in behandeling tussen vreemd en eigen vermogen daadwerkelijk te verminderen. Evengoed doet de bewindsman een toezegging, inhoudende dat indien een woningbouwcorporatie haar woningvoorraad verduurzaamt het kabinet in positieve zin een tegemoetkoming zal bieden. Naar mijn idee is de oplossing van dit specifieke probleem om slechts commerciële activiteiten onder de toepassing van de EBITDA-regeling te scharen en een uitzondering voor maatschappelijke activiteiten van een woningbouwcorporatie te bieden. Een dergelijke uitzondering blijft eenvoudig en uitvoerbaar aangezien de wet reeds voorziet in een splitsing tussen commerciële en maatschappelijke activiteiten van woningbouwcorporaties. Alsdan kan dit eenvoudig worden afgeleid uit de fiscale en commerciële jaarrekening. Te meer bestaat mijns inziens geen risico op staatssteun omdat de mededinging niet wordt vervalst om de reden dat het een overheidstaak in de zin 'diensten van algemeen economisch belang' betreft.

³³⁵ *Handelingen II* 2017/18, 67, item 8, p. 2.

³³⁶ *Handelingen II* 2017/18, 67, item 8, p. 2.

³³⁷ *Idem*, p. 31.

Mijn conclusie ten aanzien van de EBITDA-regeling is dat de regeling *grosso modo* doeltreffend, maar inefficiënt en disproportioneel is vormgegeven. Eveneens blijkt het kabinet de financieringskeuze van ondernemingen moedwillig te beïnvloeden.

5.3.3 Eenvoud en uitvoerbaarheid

De OESO³³⁸ is van mening dat de EBITDA-regeling, zonder grandfathering, groeps- en sectorale uitzonderingen eenvoudig is toe te passen door belastingplichtigen en de Belastingdienst. Een EBITDA-regeling met dergelijke uitzonderingen zou onvermijdelijk leiden tot een hogere complexiteit voor de Belastingdienst. Derhalve is de door het kabinet gekozen EBITDA-regeling in combinatie met de afschaffing van enkele specifieke renteaftrekbepalingen zowel voor de belastingplichtige als de Belastingdienst goed uitvoerbaar.³³⁹ Het bovenstaande wordt bevestigd door de werkgroep Fiscaliteit. Uit haar onderzoek³⁴⁰ blijkt dat het niet opnemen van een groepsuitzondering tezamen met het verlagen van de franchise voor de overheid structureel € 420 miljoen meer oplevert in vergelijking tot de situaties met een verhoogde drempel en een groepsuitzondering. De werkgroep acht derhalve een drempel van € 1 miljoen solide en is van mening dat groeps- en sectorale uitzonderingen de regeling complex zouden maken. Voorts is zij van mening dat uitzonderingen de effectiviteit van de regeling kunnen verminderen.³⁴¹ In lijn met het voorgaande is Stevens³⁴² evenzeer van mening dat een EBITDA-regeling ten opzichte van specifieke renteaftrekbepalingen eenvoudig in de toepassing is op voorwaarde dat een ruime franchise wordt opgenomen. Verder constateren Elswier en Van Strien³⁴³ dat de benodigde informatie voor toepassing van de EBITDA-regeling eenvoudig uit de fiscale jaarrekening is af te leiden. De regeling is daarom eenvoudig en gemakkelijk uitvoerbaar. Teneinde een eenvoudig en uitvoerbaar stelsel van renteaftrekbepalingen te bewerkstelligen, merken zij op dat de EBITDA-regeling niet zou moeten worden toegevoegd aan de huidige aftrekbepalingen. Ook Speet³⁴⁴ merkt de relatieve eenvoud en praktische uitvoerbaarheid van de EBITDA-regel op. In vergelijking tot artikel 13l blijkt dat de vele inbreuken op de rekenregel ertoe leiden dat de bepaling niet bijdraagt aan de uitvoerbaarheid en eenvoud van het stelsel. Doordat de Nederlandse EBITDA-regeling een minimaal aantal uitzonderingen kent, zal substitutie van artikel 13l door de EBITDA-regeling

³³⁸ OECD (2017), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 – 2016 Update: *Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris, p. 38.

³³⁹ OECD (2017), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 – 2016 Update: *Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris, p. 38.

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

³⁴¹ Idem, p. 89.

³⁴² Stevens, S.A., 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', TFO 2017/150.4.

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ Speet, N.G.H., *Financiering, renteaftrekbepalingen en vastgoed*, Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/6.

leiden tot een sterke vereenvoudiging van het stelsel. Dit geldt ook indien in navolging artikel 10b wordt geschrapt.³⁴⁵ Blijkens de Kamerbrief van 29 april 2016³⁴⁶ zullen naar verwachting vijfduizend Nederlandse bedrijven onder toepassing van de EBITDA-regeling vallen. Op basis van de robuuste vormgeving en de relatieve eenvoud lijkt de EBITDA-regeling goed uitvoerbaar voor de Belastingdienst en de belastingplichtige zonder dat daar een budgettaire derving voor de Staatskas tegenover staat.

5.3.4 Verenigbaarheid van de ESM met Europeesrecht

In het Bosal-arrest³⁴⁷ van het HvJ van 18 september 2003 stond de omzetting van de Moeder-dochterrichtlijn (hierna: MDR) in de Nederlandse belastingwet ter discussie. Uit rechtsoverweging 48 van het Bosal-arrest volgt dat bepalingen uit de MDR in de context van het VwEU moeten worden uitgelegd. Verder blijkt uit dit arrest dat omzetting van een richtlijn allereerst in het licht van de desbetreffende richtlijn moet worden bezien. Vervolgens kan deze omzetting pas aan de Europeesrechtelijke verkeersvrijheden worden getoetst. Het bovenstaande geldt ook ten aanzien van de omzetting van ATAD1. Deze richtlijn mag niet te laat of gebrekkig in het Nederlandse recht worden omgezet. Echter, als de richtlijn onjuist of te laat is omgezet, kunnen belanghebbenden tegenover de overheid deze richtlijn toch inroepen. Dit heet ook wel de rechtstreekse werking van een richtlijn, aldus het Denkavit-arrest³⁴⁸ van het HvJ van 17 oktober 1996. Naast dat de regelgeving van lidstaten verenigbaar met de verkeersvrijheden moeten zijn, wordt uit overweging 8 van de richtlijn³⁴⁹ afgeleid dat lidstaten bij omzetting van de richtlijn evenzeer rekening moeten houden met de staatssteunregels. Dit geldt met name bij uitoefening van een optie zoals uitzonderingen van leningen ten aanzien van grootschalige publieke infrastructurele projecten of als een lidstaat voor een optie kiest die verder gaat dan dat de minimumstandaarden aangeven. De nationale wetgeving kan derhalve worden getoetst aan de richtlijn en aan het primair EU-recht, de Europeesrechtelijke vrijheden en de staatssteunbepaling.

Is de implementatie van de Nederlandse EBITDA-regeling in overeenstemming met de richtlijn?

Blijkens het consultatiedocument, regeerakkoord en de kamerbrief kiest Nederland voor een robuuste doch eenvoudige omzetting van de richtlijn. Grofweg wordt gekozen voor een 30%-EBITDA-regeling met een drempel van € 1 miljoen, een uitzondering voor stand-alone vennootschappen, de mogelijkheid om de EBITDA in plaats van per entiteit per fiscale

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2016, AFP/2016/394, p. 9.

³⁴⁷ HvJ 18 september 2003, nr. C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.

³⁴⁸ HvJ 17 oktober 1996 C-283/94 (Denkavit), FED 1996/995.

³⁴⁹ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1.

eenheid te berekenen en de mogelijkheid tot het onbeperkt voorwaarts wentelen van niet-aftrekbare rentelasten. Derhalve wordt met betrekking tot het bovenstaande als uitgangspunt aangenomen dat de EBITDA-regeling conform de minimumnormen uit de richtlijn in het Nederlandse recht wordt omgezet. In beginsel is de Nederlandse EBITDA-regeling dus vermoedelijk³⁵⁰ verenigbaar met de richtlijn. Echter, in aanmerking nemende dat ATAD1, met in begrip van de ESM, het gevolg is van een politiek akkoord tussen 28 lidstaten, kan in bepaalde situaties aan de proportionaliteit van de maatregel worden getwijfeld. In het licht van de proportionaliteit blijkt ingevolge rechtsoverweging 73 van het arrest van 8 april 1979 (zaak 48/75) dat artikel 288 VwEU de verplichting voorschrijft om ten aanzien van de omzetting van de richtlijn de meest passende vormen en middelen te kiezen ter verzekering van het nuttig effect van de richtlijn. Het desbetreffende artikel bepaalt dat *“(…) Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen”*. Krachtens overweging 16 van de preambule blijkt het doel van de richtlijn *“(…)de interne markt als geheel beter te wapenen tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingpraktijken.”* De Nederlandse EBITDA-regeling gaat verder dan het louter bestrijden van grondslaguitholling en winstverschuivingen. Subsidiair heeft het kabinet namelijk het doel geformuleerd om vreemd en eigen vermogen meer gelijk te behandelen. Aangezien deze doelstelling niet volgt uit de richtlijn kan mijns inziens ten aanzien van bepaalde belastingplichtigen worden gesteld dat de EBITDA-regeling zijn doel voorbij gaat. Ten aanzien van woningbouwcorporaties blijkt dat zij enerzijds aan civielrechtelijke voorwaarden moeten voldoen. Anderzijds worden zij, mede daardoor, zwaar getroffen door de stringente omzetting van de ESM.

Zodoende moeten lidstaten bewust zijn van hun eigen wetgeving en een richtlijn met dien verstande implementeren zodat belastingplichtigen niet onredelijk en onbillijk worden geraakt. Derhalve kan in het onderhavige geval worden geconcludeerd dat de Nederlandse wetgever niet de meest passende vormen en middelen ter verzekering van het nuttig effect voor de richtlijn heeft gekozen. De omzetting van de richtlijn voldoet niet aan het proportionaliteitsvereiste. Een lidstaat dient bij omzetting haar reeds bestaande regelgeving in acht te nemen, te meer als de richtlijn minimumnormen bevat en de lidstaat deze normen ongedwongen strenger implementeert. Mede door de civielrechtelijke verplichtingen ter zake van woningbouwcorporaties, leidt de EBITDA-regeling tot onredelijke en onbillijke gevolgen. Woningbouwcorporaties worden immers verplicht te verduurzamen. Deze verplichting leidt ertoe dat deze lichamen meer moeten financieren. Echter, het rechtsvormvereiste

³⁵⁰ Deze aanname geldt zolang het definitieve wetsvoorstel nog niet is gepubliceerd.

bewerkstelligt dat zij geen eigen vermogen kunnen aantrekken. Derhalve vallen woningbouwcorporaties volledig onder de toepassing van de EBITDA-regeling.

Is de Nederlandse EBITDA-regeling in overeenstemming met primair Europees recht?

Uit overweging 5 van de preambule³⁵¹ blijkt dat de richtlijn het doel heeft belastingontwijking tegen te gaan, maar dubbele heffing te voorkomen. Door de werking van de ESM wordt de aftrek van rente in bepaalde situaties geweigerd. Derhalve kan dit in die situaties leiden tot dubbele belastingheffing over de rente-inkomsten. Daarnaast kan toepassing van de ESM in Nederlandse fiscale eenheidsverhoudingen ten opzichte van een belastingplichtige met buitenlandse gelieerde lichamen discriminatie op grond van artikel 43 VEU (vrijheid van vestiging) inhouden. In binnenlandse situaties wordt de EBITDA berekend over de gehele groep dan wel fiscale eenheid. Dit is niet mogelijk voor een belastingplichtige met gelieerde verhoudingen in het buitenland. In die situatie wordt de EBITDA berekend met in achtname van de resultaten van slechts deze belastingplichtige. In theorie, maar ook in de praktijk, kan dit tot een voordeel leiden voor de binnenlands belastingplichtige die onderdeel is van de Nederlandse groep. Zodoende worden gelijke gevallen ongelijk behandeld. Ingevolge HvJ van 22 februari 2018 (gevoegde zaken X bv (C-398/16) en X nv (C-399/16), ECLI:EU:C:2018:110) zou dit in strijd kunnen zijn met de vrijheid van vestiging, ondanks dat de richtlijn de gelegenheid biedt te kiezen voor deze optie. Door Douma³⁵² wordt geconstateerd dat de EBITDA-regeling lijkt op een Noorse renteaftrekbeperking. Deze renteaftrekbeperking kan louter op groepsniveau worden toegepast voor zover de groep zich in Noorwegen bevindt. Doordat deze groepstoepassing niet mogelijk is voor Noorse entiteiten met deelnemingen in het buitenland is door de EFTA geconcludeerd dat de regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging.³⁵³ Dus als Nederland eveneens toestaat om de EBITDA-regeling op fiscale eenheidsniveau toe te passen, betoog ik dat de regeling een onzekere toekomst tegemoet gaat. Indien deze discriminatie kan worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van belang dient de EBITDA-regeling evenzeer proportioneel en evenredig te zijn. Vanwege het gegeven dat lidstaten vrijheden worden geboden ten aanzien van de implementatie van de richtlijn kan deze disproportioneel worden omgezet. Hieromtrent wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt ten aanzien van woningbouwcorporaties (zie par. 5.3.2).

Verder blijkt dat (derden)rente, rente gestoeld op commerciële motieven, ook onder de aftrekbeperking valt. Daaromtrent is in het arrest SGI³⁵⁴ bepaald dat het inlenen en uitlenen

³⁵¹ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1.

³⁵² Douma, S.C.W., 'Internationale aspecten van de C(C)TB', WFR 2017/68.

³⁵³ EFTA Surveillance Authority on the Norwegian interest limitation rules on 25 October 2016, decision no. 192/16/COL, p. 18.

³⁵⁴ HvJ 21 januari 2010, nr. C-311/08 (SGI/België), V-N 2010/13.21.

van gelden in beginsel economische activiteiten zijn. Indien de desbetreffende belastingadministratie de rentebetalingen wenst te corrigeren doordat sprake is van onzakelijk leningsvoorwaarden dan moet de wet voorzien in een tegenbewijsregeling voor de belastingplichtige om de zakelijkheid van de overeenkomst aannemelijk te kunnen maken. Indien de transactie als onzakelijk wordt aangemerkt, mag de correctie vervolgens niet verder strekken dan hetgeen onafhankelijke derden in eenzelfde situatie zouden zijn overeengekomen. Zoals vermoedelijk blijkt, voorziet de EBITDA-regeling niet in een tegenbewijsregeling. Een groepsuitzondering zou als tegenbewijsregeling kunnen gelden. Alsdan wordt op basis van een groepsuitzondering geacht dat in bepaalde gevallen geen sprake is van belastingontwijking. Wegens de corresponderende EBITDA- of equity-ratio van de belastingplichtige met die van de gehele groep. Ondanks dat de netto rentelasten van een belastingplichtige meer dan 30% van de EBITDA bedragen, zal geen sprake zijn van agressieve *tax planning*. Mede hierom wordt geconcludeerd dat omzetting van de ESM vanuit EU-perspectief als disproportioneel moet worden beschouwd.

5.4 Leidt de ESM tot een meer inpasbaar stelsel?

Zoals blijkt uit par. 5.2 kan het huidige stelsel schematisch als volgt worden weergegeven:

	10b	13L
Noodzakelijkheid	-	+
Effectief en efficiënt	-	-
Eenvoudig en uitvoerbaar	+/+	-
Verenigbaar met primair EU-recht	-	-
+/+ = zeer positief	+ = redelijk	- = onvoldoende

Voorts wordt in par. 5.3 de toekomstige situatie inzake renteaftrekbepalingen getoetst. Uit deze paragraaf blijkt het volgende:

	15b
Noodzakelijk	+/+
Effectief en efficiënt	+*
Eenvoudig en uitvoerbaar	+/+
Verenigbaar met EU-recht	-*
*kan eenvoudig worden verbeterd door middel van enkele aanpassingen.	

De toekomstige regeling wordt noodzakelijk geacht, is eenvoudig en goed uitvoerbaar. Ook blijkt dat de regeling doeltreffend is, maar niet doelmatig en proportioneel. Nochtans kan dit mijns inziens door middel van de genoemde aanbevelingen worden verbeterd. Verder blijkt dat de EBITDA-regeling waarschijnlijk in binnenlandse situaties op groepsniveau kan worden toegepast. Zoals reeds is betoogd, kan dit strijdig zijn met EU-recht waardoor de regeling op dit punt een onvoldoende behaald.

Voorts dient de stelling *‘Met de invoering van de ESM wordt de mogelijkheid bewerkstelligd om tot een meer inpasbaar stelsel ter zake van renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting te komen’* bevestigend te worden beantwoord. Het nieuwe stelsel inzake renteaftrekbeperingen kan zorgdragen dat de grootste pijnpunten van artikel 10b respectievelijk artikel 13l worden weggenomen.

5.5 *Subconclusie*

Dit laatste hoofdstuk voorziet in een analyse ter vergelijking van het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperingen en het nieuwe stelsel, de EBITDA-regeling zoals Nederland deze vermoedelijk zal invoeren en artikel 10a. Resumerend is op te merken dat artikel 10b en artikel 13l onvoldoende door de wetgever zijn vormgegeven. Derhalve blijkt dat de verplichting van de EU om ATAD₁ te implementeren op een gewenst moment is gekomen. Uit de vergelijking komt namelijk naar voren dat een stelsel inzake renteaftrekbeperingen met in begrip van de EBITDA-regeling leidt tot ‘meer inpasbaarheid’. De noodzaak van de EBITDA-regeling blijkt onder meer vanuit mondiaal perspectief. De OESO en EU verkondigen dat louter een gecoördineerde en geharmoniseerde aanpak tegen belastingontwijking zal slagen. Met de invoering van de EBITDA-regeling en de daarmee gepaard gaande afschaffing van de huidige renteaftrekbeperingen wordt het stelsel sterk vereenvoudigd en blijft het stelsel goed uitvoerbaar. Verder blijkt dat de regeling doeltreffend is, maar in bepaalde mate inefficiënt en disproportioneel. De EBITDA-regeling is doeltreffend vanwege het onaantrekkelijker maken van financiering met vreemd vermogen en doordat een dam wordt opgeworpen tegen agressieve grondslaguitholling. Dit doel wordt mede behaald doordat artikel 10a, dat kunstmatige rechtshandelingen bestrijdt, ook gehandhaafd blijft. Te meer wordt geconcludeerd dat het Bosal-gat effectief kan worden gedicht. Ondanks de doeltreffendheid komt de onbillijke en onredelijke procyclische werking van de regeling naar voren. In economisch slechtere tijden wordt het ondernemen moeilijker gemaakt vanwege het feit dat de brutowinst juist dan lager uitvalt. Derhalve volgt additioneel dat meer rente in aftrek wordt beperkt. Naast het feit dat dit de reële economie schaadt, blijkt ook dat dit onzekerheid met zich brengt en negatieve consequenties kan hebben ten aanzien van het vestigingsklimaat. Mijns inziens is het niet verdedigbaar, maar ook een grote tekortkoming van de EBITDA-regeling dat ondernemingen in zwaar weer te maken krijgen met een grotere renteaftrekbepering dan in economisch goede tijden. Dit is bezwaarlijk aangezien een handreiking richting deze ondernemingen juist dan op zijn plaats is. Ook komt naar voren dat verschillende communautaire begrippen niet ondubbelzinnig zijn uitgelegd, hetgeen niet positief werkt in het kader van de eenduidigheid en harmonisering met betrekking tot de EBITDA-regeling. Bovendien blijkt dat rente, gesteund op economisch gronden, eveneens onder toepassing van de EBITDA-regeling kan vallen,

terwijl deze rente in principe bestaat uit zakelijke kosten. In samenhang met de procyclische werking van de EBITDA-aftrekbeperking wordt dit als disproportioneel beschouwd, omdat in bepaalde uitzonderlijke situaties de rente in aftrek van het resultaat kan worden beperkt zonder dat sprake is van misbruik of excessieve financiering met vreemd vermogen.

Verder komt naar voren dat bepaalde belastingplichtigen, zoals woningbouwcorporaties, mede door eisen uit de Woningwet, onbillijk en onredelijk worden geraakt door de EBITDA-regeling. Te meer is dit onaangenaam aangezien woningbouwcorporaties (voor een deel) een maatschappelijk doel dienen. Derhalve wordt ten behoeve van de efficiëntie en proportionaliteit aanbevolen om de onbenutte rentecapaciteit ten minste vijf jaar te kunnen voortwentelen. Dit zou de procyclische werking van de regeling mitigeren alsmede het totaalwinstbeginsel eerbiedigen. Alsdan wordt de belastingplichtige slechts toegestaan om de EBITDA-regeling over de tijd toe te passen. Deze tegemoetkoming dient ten behoeve van de efficiëntie.

Verder is gebleken dat de strikte implementatie van de regeling leidt tot een onredelijke en onbillijke werking ten aanzien van bepaalde belastingplichtigen. Een lidstaat dient bij omzetting haar reeds bestaande regelgeving in acht te nemen, te meer als de richtlijn minimumnormen bevat en de lidstaat deze normen ongedwongen strenger implementeert. Daarom wordt aanbevolen om ter zake hiervan bepaalde belastingplichtigen te voorzien in een tegemoetkoming.

Ten slotte blijkt vanuit EU-rechtelijk perspectief dat de EBITDA-regeling discriminerend kan uitwerken indien Nederland toestaat dat fiscale eenheden als belastingplichtigen in de zin van de regeling worden gezien. Zodoende wordt de regeling naar mijn mening niet op de meest passende vorm omgezet. Derhalve dient dit aspect evenzeer te worden herzien.

Voorts kan de stelling 'Met de invoering van de ESM wordt de mogelijkheid bewerkstelligd om tot een meer inpasbaar stelsel ter zake van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting te komen' bevestigend worden beantwoord.

6. Samenvatting en conclusie

In dit onderzoek is getracht de probleemstelling te beantwoorden. Naar aanleiding van diverse onthullende publicaties heeft het debat omtrent *tax planning* zich de afgelopen jaren ontwikkeld tot een van de beleidsspeerpunten in de globale wereldeconomie. De politiek en de samenleving zijn bij dit debat nauw betrokken en beschouwen agressieve vormen van belastingontwijking als onwenselijk. Belastinggrondslaguitholling en winstverschuivingen worden onder andere vormgegeven door het construeren van renteaftrek. De achterliggende oorzaak hiervan is het wereldwijde verschijnsel dat eigenvermogensvergoedingen niet in aftrek op het resultaat worden toegestaan. Op basis van het klassieke stelsel geldt dit ook voor de Wet VpB 1969. Daarentegen zijn rentebetalingen in beginsel aftrekbaar op basis van de ‘reguliere’ winstbepalingsregels. Aldus kennen ondernemingen de stimulans om financieringen te doen met vreemd vermogen. Om deze impuls te mitigeren, kent de Wet VpB 1969 reeds verscheidene renteaftrekbeperkingen om excessieve renteaftrek en grondslaguitholling tegen te gaan. Nochtans wordt het bestaande stelsel inzake renteaftrekbeperkingen getypeerd als ingewikkeld en bestaat de behoefte aan een evenwichtiger en minder gecompliceerd stelsel. Ingevolge ATAD¹ blijkt dat de lidstaten per 1 januari 2019 de zogenoemde ESM in de nationale wet dienen te implementeren; deze beperkt de renteaftrek tot een bepaald percentage van de EBITDA. Een dergelijke bepaling is voor Nederland nieuw en biedt de mogelijkheid om het stelsel inzake renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting in positieve zin te transformeren.

De probleemstelling die in dit onderzoek centraal staat, luidt dan ook: *‘Met de invoering van de ESM wordt de mogelijkheid bewerkstelligd om tot een meer inpasbaar stelsel ter zake van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting te komen’.*

Ter beantwoording van de probleemstelling zijn verschillende deelvragen opgesteld. De behandeling van deze deelvragen geschiedt in de volgorde waarop deze in het onderzoek worden behandeld.

Deelvraag één: *‘Wat zijn de verschillen tussen vreemd en eigen vermogen vanuit civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief, hebben deze verschillen fiscaalrechtelijke gevolgen en wat ligt hieraan ten grondslag?’*

De vorenstaande deelvraag behandelt enerzijds de ratio van de Wet VpB 1969, aangezien deze wet de verklaring is voor het fundamentele fiscale verschil in behandeling van vreemd en eigen vermogen. Anderzijds worden de civielrechtelijke verschillen tussen vreemd en eigen vermogen in kaart gebracht. Civielrechtelijk kwalificeert een geldverstrekking als vreemd vermogen indien partijen met betrekking tot deze geldverstrekking een reële terugbetalingsverplichting zijn overeengekomen. Ten behoeve van de fiscaalrechtelijke vermogenskwalificatie wordt in principe de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking gevolgd. Het Unilever-arrest bekrachtigt dat voor fiscale doeleinden de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking in principe bepalend is, behoudens hybride geldleningen. In dergelijke situaties volgt een herkwalificatie van het vreemd vermogen. Een lening heeft dan zoveel overeenkomsten met eigen vermogen dat deze als zodanig dient te worden behandeld. Het civielrechtelijke vreemd vermogen wordt fiscaalrechtelijk behandeld als eigen vermogen en bevindt zich zodoende in de kapitaalsfeer. Het basisbeginsel van het klassieke stelsel is de bestaande afscheiding de winst van de rechtspersoon en de aandeelhouders die van de rechtspersoon een winstuitdeling ontvangen. Op grond van dit stelsel wordt de rechtspersoon voor zijn gehele winst belast en dus ook voor het deel dat wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders. Hieruit volgt dat vergoedingen over het eigen vermogen niet ten laste van het fiscale resultaat mogen worden gebracht. Daarentegen zijn vergoedingen over vreemd vermogen in beginsel wel aftrekbaar van het fiscale resultaat. Als gevolg van het klassieke stelsel, dat dient als fundament voor de Wet VpB 1969, blijkt dat eigen vermogen fiscaal principieel nadeliger wordt behandeld ten opzichte van vreemd vermogen. Zodoende wordt de impuls van financiering met vreemd vermogen door ondernemingen verklaard. Evenzeer wordt hiermee ter behoud van een evenwichtig en coherent stelsel de noodzakelijkheid van renteaftrekbeperkingen uiteengezet. Daarom wordt door middel van de volgende deelvraag het huidige relevante stelsel inzake renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 uitgewerkt.

Deelvraag twee: ‘Wat zijn de huidige relevante renteaftrekbeperkingen in de nationale wet en brengen deze onvolkomenheden met zich?’

Deze deelvraag werkt de relevante specifieke renteaftrekbeperkingen voor dit onderzoek nader uit. Artikel 10b en artikel 13l Wet VpB 1969 zijn achtereenvolgens behandeld.

Opgemerkt wordt dat invoering van beide artikelen heel wat teweeg heeft gebracht. Door verschillende auteurs wordt betoogd dat de artikelen zo spoedig mogelijk dienen te worden afgeschaft. Er kleeft immers een aantal bezwaren aan artikel 10b en artikel 13l. Voorts wordt gesteld dat artikel 10b slechts eenvoudig en uitvoerbaar is. De bepaling is verder ineffectief en niet noodzakelijk. Het totaalwinstbeginsel heft immers de mismatch in Nederlandse situaties op en daarom is er geen budgettaire derving voor de Nederlandse Staatskas. Ook blijkt dat toepassing van de bepaling gemakkelijk kan worden voorkomen waardoor uitvoering in de praktijk weinig plaatsvindt. Bovendien heeft de staatssecretaris goedkeurend beleid ten aanzien van artikel 10b gevormd. Derhalve kan worden afgeleid dat ook de staatssecretaris van mening is dat het artikel ineffectief en niet noodzakelijk is. Verder komt naar voren dat de uitwerking van de regeling niet geheel verenigbaar is met het EU-recht.

Verder worden ook ten aanzien van artikel 13l onvolkomenheden geconstateerd. Dit artikel blijkt complex en weerbarstig te zijn. Het doel van de wetgever om het artikel eenvoudig en goed uitvoerbaar te laten zijn, wordt ook niet bereikt. Dit geldt eveneens voor de bedoeling om het 'Bosal-gat' te dichten. Door toepassing van de franchise, het effect van de rekenregel (in beginsel wordt eigen vermogen aan deelnemingen toegerekend) en uitbreidingsinvesteringen wordt deze divergentie niet effectief gedicht. Te meer wordt de doeltreffendheid niet bereikt, mede vanwege de geconstateerde onduidelijkheden ter zake van uitbreidingsinvesteringen. Ook blijkt artikel 13l niet verenigbaar met het EU-recht te zijn vanwege het verschil in fiscale behandeling van een buitenlandse vi en een binnenlands filiaal. In beginsel dienen gelijke gevallen gelijk te worden behandeld. Echter, toepassing van artikel 13l, lid 7, Wet VpB 1969 kan leiden tot een nadeel ten aanzien van het drijven van een onderneming door middel van een vi in het buitenland tegenover het drijven van diezelfde onderneming gebruikmakend van een filiaal in Nederland. Zodoende wordt geconstateerd dat beide bepalingen hoofdzakelijk ineffectief en inefficiënt zijn.

De schematische beoordeling van het huidige relevante stelsel inzake renteaftrekbeperkingen in de Wet VpB 1969 ziet er als volgt uit:

	10b	13L
Noodzakelijkheid	-	+
Effectief en efficiënt	-	-
Eenvoudig en uitvoerbaar	+/+	-
Verenigbaar met primair EU-recht	-	-
+/+ = zeer positief	+ = redelijk	- = onvoldoende

Vanwege bovenstaande conclusie wordt door middel van de volgende deelvragen de ESM onderzocht.

De derde deelvraag: *‘Hoe is de richtlijn tot stand gekomen en op welke wijze wordt de ESM vanuit de richtlijn vormgegeven in het Nederlandse belastingstelsel?’* en de vierde deelvraag: *‘Hoe verhoudt de ESM zich tot de voorheen geldende Nederlandse thincapregeling en wat zijn de internationale ervaringen met de reeds geldende EBITDA-regeling in Duitsland en Spanje?’*

Zowel de OESO als de EC hebben een coördineerde aanpak ontwikkeld om BEPS te bestrijden. De EU heeft besloten om de conclusies uit het BEPS-project ook ten grondslag van de ATAD1 te laten gelden, omdat het project van de OESO zich snel ontwikkelde en steeds meer landen zich hierbij aansloten. Met de invoering van de EBITDA-aftrekbeperking poogt het kabinet BEPS te bestrijden en het fiscale verschil in behandeling van vreemd en eigen vermogen voor elke sector meer gelijk te stellen. Derhalve kiest het kabinet vermoedelijk voor een robuuste en eenvoudige implementatie van de ESM uit ATAD1. De Nederlandse wetgever is voornemens een 30%-EBITDA-renteaftrekbeperking te introduceren met een franchise van € 1 miljoen. Voorts blijkt dat de Nederlandse EBITDA-regeling niet wordt voorzien in de mogelijkheid tot het creëren van groepsuitzonderingen, sectorale ondernemingsuitzondering, eerbiedigende werking van leningen van vóór 17 juni 2016, het achterwaarts wentelen van het gedeelte van het financieringskostensurplus dat niet aftrekbaar is en of het voorwaarts wentelen van de onbenutte renteaftrekcapaciteit. Zoals blijkt, wenst de Nederlandse wetgever de EBITDA-regeling strikter dan de minimumnormen

te implementeren. Zodoende wordt met de robuuste en eenvoudige omzetting van de ESM grondslagverbreding en verlaging van het statutaire tarief in de vennootschapsbelasting bewerkstelligd.

Verder blijkt dat de ESM weinig overeenkomsten vertoont met de thincapregeling. Naast het feit dat beide renteaftrekbeperkingen generiek van aard zijn, blijkt dat beide regelingen inhoudelijk niet vergelijkbaar zijn. Indien de ESM wordt vergeleken met de EBITDA-aftrekbeperking uit het Duitse en Spaanse belastingstelsel komt naar voren dat deze regelingen in grote lijnen met elkaar corresponderen. Bovendien blijkt dat de Duitse regeling kan worden aangemerkt als blauwdruk van de ESM. Daarnaast komt naar voren dat de Spaanse en Duitse versie van de ESM meerdere verzachtende uitzonderingen kennen, waardoor deze regelingen in zekere mate soepeler zijn dan de vermoedelijke Nederlandse EBITDA-regeling.

Ten slotte is op basis van het toetsingsbegrip ‘meer inpasbaar’ een vergelijking gemaakt van het huidige stelsel inzake renteaftrekbeperkingen en het voorgestelde stelsel.

De invoering van de EBITDA-aftrekbeperking wordt noodzakelijk geacht door de verplichting tot implementatie van ATAD1 per 1 januari 2019. Het kabinet wenst deze aftrekbeperking op een eenvoudige en robuuste wijze in de wet vorm te geven om derhalve een vereenvoudiging van het stelsel inzake renteaftrekbeperkingen te bewerkstelligen, zonder dat deze vereenvoudiging gepaard gaat met budgettaire derving voor de Staatskas.

De EBITDA-regeling wordt doeltreffend geacht aangezien meer wordt aangesloten bij bedrijfseconomische motieven en doordat de robuustheid met zich brengt dat vermogen na de invoering van de regeling fiscaal meer gelijk zal worden behandeld. Nochtans wordt niet gekozen voor een principiële oplossing en is de regeling slechts een gevolgbestrijding. Hierdoor menen bepaalde auteurs dat de economische verstoringen niet worden weggenomen en dat vreemd vermogen onveranderlijk gunstiger wordt behandeld dan eigen vermogen. Evenwel is dit inherent aan de gekozen ‘second-best’ oplossing. Niettemin wordt geacht dat de regeling de impuls voor het financieren met vreemd vermogen zal verminderen. Ter beoordeling van de effectiviteit blijkt dat de regeling leidt tot het doeltreffend dichten van het Bosal-gat en tot meer internationale herkenbaarheid. Verder

wordt ten aanzien van de doelmatigheid de procyclische werking van de EBITDA-regeling geconstateerd. Dit aspect vormt een grote tekortkoming van de regeling en leidt tot een volatiele renteaftrekbepanking. De EBITDA van een belastingplichtige is in economisch goede tijden namelijk hoger dan in economisch slechte tijden, daarom zal de toegestane renteaftrek in slechte tijden lager uitvallen dan in goede tijden. Dit is onwelwillend, omdat juist in slechte tijden een handreiking op zijn plaats is. Daarnaast komt naar voren dat bepaalde communautaire begrippen niet duidelijk worden uitgelegd. Ook wordt benadrukt dat de franchise van de EBITDA-aftrekbepanking een *safe haven* kan inhouden en dat zakelijke rente ook onder de aftrekbepanking kan vallen. Te meer wordt opgemerkt dat bepaalde belastingplichtigen door toepassing van de EBITDA-regeling en de handhaving van de civielrechtelijke regels onredelijk en onbillijk zullen worden geraakt. Zodoende is de EBITDA-regeling zonder dat rekening wordt gehouden met de aanbevelingen effectief, maar inefficiënt.

Verder wordt op grond van de bevindingen van de OESO en werkgroep Fiscaliteit geconcludeerd dat de EBITDA-regeling leidt tot een meer eenvoudig en uitvoerbaar stelsel inzake renteaftrekbepankingen. Dit geldt voor zowel de Belastingdienst als de belastingplichtige.

Vervolgens wordt ter zake van het EU-recht de conclusie opgemaakt dat een lidstaat bij de omzetting van een minimumrichtlijn haar eigen reeds bestaande wet- en regelgeving in acht moet nemen zodat de richtlijn op de meest passende vorm wordt geïmplementeerd. Dit ter voorkoming dat bepaalde groepen belastingplichtigen onevenredig en onbillijk zullen worden geraakt. Het bovenstaande wordt niet bereikt, aangezien woningcorporaties (mede door de eisen uit de Woningwet) onredelijk door de EBITDA-aftrekbepanking zullen worden geraakt. Daarnaast wordt gesteld dat de wetgever niet in de mogelijkheid moet voorzien om de EBITDA-regeling toe te passen op het niveau van de fiscale eenheid. Zoals reeds is beargumenteerd, zou een dergelijke toepassingsmogelijkheid onverenigbaar zijn met de vrijheid van vestiging.

De schematische beoordeling van het nieuwe stelsel, met in begrip van de EBITDA-regeling, ziet er als volgt uit:

	15b
Noodzakelijk	+ / +
Effectief en efficiënt	+*
Eenvoudig en uitvoerbaar	+ / +
Verenigbaar met EU-recht	-*
*kan eenvoudig worden verbeterd door middel van enkele aanpassingen.	

Zodoende blijkt dat de stelling *‘Met de invoering van de ESM wordt de mogelijkheid bewerkstelligd om tot een meer inpasbaar stelsel ter zake van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting te komen’* bevestigend moet worden beantwoord. Aanvullend worden ten aanzien van de convergentie met EU-recht, effectiviteit en efficiëntie verschillende aanbevelingen gedaan.

Voorts wordt ten behoeve van de efficiëntie en proportionaliteit een aantal aanbevelingen voorgesteld. De procyclische werking dient te worden gemitigeerd door middel van het toestaan van het voortwentelen van de onbenutte rentecapaciteit van ten minste vijf jaar. Tevens wordt hiermee meer recht aan het totaalwinstbeginsel gedaan. Alsdan wordt de belastingplichtige toegestaan om de EBITDA-regeling over de tijd heen toe te passen. Vervolgens dienen de communautaire begrippen uit de richtlijn aanvullend en ondubbelzinnig te worden geëxpliciteerd, zodat dit ten goede komt aan de uniforme uitleg van de regeling binnen de EU. Verder dient een tegemoetkoming voor bepaalde belastingplichtigen, zoals woningcorporaties, te worden verwezenlijkt. Dit is wenselijk aangezien woningbouwcorporaties (voor een deel) een maatschappelijk doel dienen. Derhalve moet de onbillijke en onrechtvaardige werking van de EBITDA-aftrekbeperking worden verholpen. Ten slotte volgt de aanbeveling om toepassing van de EBITDA-regeling niet toe te staan op het niveau van de fiscale eenheid. Zodoende wordt bewerkstelligd dat de regeling verenigbaar is met primair EU-recht.

Bijlagen

Bijlage A

Artikel 10b-situaties:

Situatie A: Geldlening langer dan 10 jaar en buitenland kent geen transfer pricing

Een lichaam dat feitelijk is gevestigd in Abu Dhabi verstrekt een geldlening aan een gelieerd Nederlands lichaam, de looptijd van de lening is langer dan tien jaar en de rente is in belangrijke mate lager dan in het economisch verkeer zou gelden. Op basis van het totaalwinstbeginsel wordt een zakelijke rente geïmputeerd bij het lichaam in Nederland. Vervolgens wordt krachtens artikel 10b de rente op deze lening niet in aftrek toegestaan. Daarnaast wordt geconstateerd dat Abu Dhabi geen transfer pricing kent; derhalve volgt geen overeenkomstige correctie in Abu Dhabi. In een dergelijke situatie treedt geen mismatch op. In Nederland is de rente niet aftrekbaar en in Abu Dhabi wordt de rente niet belast.

Situatie B: Geldlening langer dan 10 jaar en buitenland kent wél transfer pricing

Stel een lichaam, feitelijk gevestigd in Duitsland, verstrekt een lening aan een gelieerd Nederlands lichaam, de looptijd van de lening is langer dan tien jaar en de rente is in belangrijke mate lager dan in het economisch verkeer zou gelden. Op basis van het totaalwinstbeginsel wordt een zakelijke rente geïmputeerd bij het lichaam in Nederland. Vervolgens wordt door de werking van artikel 10b de rente op deze lening wordt niet in aftrek toegestaan. In de onderhavige situatie wordt geconstateerd dat Duitsland transfer pricing kent en zodoende volgt een transferpricing-correctie in Duitsland. In een dergelijke situatie treedt economisch dubbele belasting op. Doordat in Nederland rente wordt geïmputeerd op basis van het ALB, volgt een overeenkomstige aanpassing. De rente wordt dubbel belast doordat in Nederland geen renteaftrek wordt aanvaard, maar in Duitsland wordt belast door de corresponderende *pick-up*.

Situatie C: Geldlening korter dan 10 jaar en buitenland geen transfer pricing

Stel een lichaam, feitelijk gevestigd in Abu Dhabi, verstrekt een lening aan een gelieerd Nederlands lichaam, de looptijd van de lening is korter dan tien jaar en de rente is in belangrijke mate lager dan in het economisch verkeer zou gelden. Op basis van het

totaalwinstbeginsel wordt een zakelijke rente geïmputeerd bij het lichaam in Nederland. In een dergelijke situatie wordt de rente niet in aftrek beperkt. Derhalve vindt bij het Nederlandse lichaam aftrek van rente plaats. Vervolgens wordt geconstateerd dat Abu Dhabi geen transfer pricing kent en op grond hiervan wordt geen rentecorrectie overgenomen. Zodoende volgt geen *pick-up* in Abu Dhabi. In een dergelijke situatie treedt een mismatch op. De rente kan in Nederland in aanmerking op de winst worden gebracht, terwijl in Abu Dhabi de rente niet wordt belast.

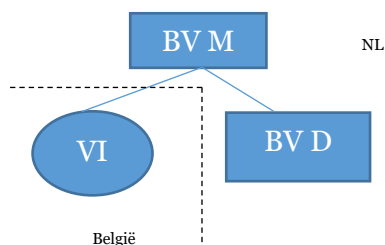
Situatie D: Geldlening korter dan 10 jaar en buitenland wél transfer pricing

Stel een lichaam, feitelijk gevestigd in Duitsland, verstrekt een lening aan een gelieerd Nederlands lichaam, de looptijd van de lening is korter dan tien jaar en de rente is in belangrijke mate lager dan in het economisch verkeer zou gelden. Op basis van het totaalwinstbeginsel wordt een zakelijke rente geïmputeerd bij het lichaam in Nederland. In een dergelijke situatie wordt de rente niet in aftrek beperkt. Derhalve vindt bij het Nederlandse lichaam aftrek van rente plaats. In Duitsland vindt in een dergelijk situaties een transferpricing-correctie plaats. Deze situatie wordt als evenwichtig beschouwd. Doordat een renteaftrek in Nederland wordt toegestaan en een *pick-up* in Duitsland plaatsvindt.

Bijlage B

Illustratie³⁵⁵ van een potentiële belemmering op basis van artikel 13l, lid 7, Wet VpB 1969.

Situatie I:



Feiten en omstandigheden:

BV M houdt 100% van de aandelen in BV D en heeft een onderneming (vi) in België. BV D kwalificeert niet als uitbreidingsinvestering.

Het eigen vermogen van BV M is 50 en geheel toerekenbaar aan BV M.

Verkrijgingsprijs van BV D is 100.

De schuld die tegenover de deelneming staat is 100 á 10% rente. Het totaal aan vreemd vermogen van BV M is 200. Verder is de winst van BV M 90, alvorens deze is gecorrigeerd o.b.v. 13l VpB 1969.

De winst van de vi in België bedraagt 95. De schuld van BV M die toerekenbaar is aan de vi bedraagt 100 á 5% rente.

Deelneming BV D	100	Eigen vermogen	50
Overige bezittingen	150	Vreemd vermogen	200

De deelnemingsschuld van BV M is 100 (verkrijgingsprijs) – 50 (eigen vermogen) = 50.

De rekenregel werkt als volgt uit: $\frac{50 \text{ (deelnemingsschuld)}}{100 \text{ (geldlening hoofdhuis)}} \times 10 \text{ (rente hoofdhuis)} = 5$.

De niet-aftekbare rente is dus 5, waardoor de in Nederland belastbare winst van BV M gelijk staat aan: 90 (winst hoofdhuis) + 5 (rentecorrectie) + 95 (winst vi). In beginsel bedraagt de Nederlands belastbare winst dus 190. Aansluitend wordt de winst van de vi in mindering gebracht op het belastbaar bedrag door werking van de objectvrijstelling ex artikel 15e.

Situatie II

In deze situatie is de onderneming niet in België, maar in Nederland gevestigd. Zodoende leidt het bovenstaande tot een andere conclusie. BV M drijft nu de onderneming gebruikmakend van een filiaal. Derhalve wordt het gehele vreemd vermogen aan BV M toegerekend. De deelnemingsschuld bedraagt nog steeds 50.

³⁵⁵ De illustratie houdt geen rekening met de franchise uit artikel 13l.

De niet-aftrekbare rente bedraagt in dit geval: $\frac{50 \text{ (deelnemingsschuld)}}{200 \text{ (geldlenen hoofdhuis)}} \times 15 \text{ (rente hoofdhuis)} = 3.75$

In de tweede situatie behelst de in Nederland belastbare winst van BV M: 90 (winst hoofdhuis) + 95 (surplus winst ondernemingsactiviteiten) + 3.75 (rentecorrectie) = 188.75

De uitwerking leidt ertoe dat het vermogen van het hoofdhuis, dat wordt toegerekend aan de vi waar de objectvrijstelling op van toepassing is en die is gevestigd in een andere lidstaat, niet ter dekking kunnen dienen ten opzichte van deelnemingen, die niet als uitbreidingsinvestering worden aangemerkt. Opmerkelijk is dat dit wel het geval is als de onderneming gebruikmakend van een filiaal in Nederland zou worden gedreven. Indien de bovenstaande situaties worden vergeleken, blijkt dat het drijven van een binnenlandse onderneming gunstiger wordt behandeld dan het drijven van een buitenlandse onderneming door middel van een vi. De renteaftrekbeperking is op grond van artikel 13, lid 7, in de tweede situatie minder hoog dan in de eerste situatie.

Derhalve wordt een belemmering geconstateerd, omdat artikel 13l. lid 7, bewerkstelligt dat ondernemen in Nederland gunstiger wordt behandeld dan ondernemen in het buitenland. Het drijven van een onderneming door middel van een vi in het buitenland wordt zodoende ontmoedigd. Daarom volgt de conclusie dat lid 7 van artikel 13l in beginsel in strijd is met de vrijheid van vestiging.

'De earningsstripping-maatregel binnen de EU'

Lidstaten die reeds de bepaling hebben geïmplementeerd:

Lidstaat	EBITDA	Franchise	Toepassingsniveau	carryforward	carrybackward	Carryforward overcapaciteit	Groeps-uitzondering	Sectorale uitzondering	Grand-fathering
Spanje	30%	€ 1 mio	Per belasting- plichtige	onbeperkt	0 jaar	5 jaar	Geen	?	?
Portugal	30%	€ 1 mio	Per belasting- plichtige	5 jaar	0 jaar	5 jaar	Geen	?	?
Duitsland	30%	€ 3 mio	Per belasting- plichtige	5 jaar	0 jaar	5 jaar	Thin-cap- escape	?	?
VK	30%	€ 2 mio	Per groep	onbeperkt	0 jaar	5 jaar	EBITDA- escape	?	?

Lidstaten die de bepaling hebben voorgesteld, maar nog niet hebben geïmplementeerd:

Lidstaat	EBITDA	Franchise	Toepassingsniveau	carryforward	carrybackruard	Carryforward overcapaciteit	Groepsuitzondering	Sectorale uitzondering	Grandfathering
Italië	30%	€ 3 mio	Per belastingplichtige	onbeperkt	5 jaar	Onbeperkt	Geen	Geen	Geen
Polen	30%	€ 0,7 mio (3 mio PLN)	Per belastingplichtige	onbeperkt	0 jaar	0 jaar	Geen	Geen	Geen
Zweden	35% EBIT of 25% EBITDA	€ 10.000	Per groep	6 jaar	0 jaar	0 jaar	Geen	?	?
Tsjechië	30%	€ 1 mio	Per belastingplichtige	onbeperkt	0 jaar	0 jaar	Geen	Financiële ondernemingen	?
Roemenië	10%	€ 0,2 mio	Per belastingplichtige	onbeperkt	0 jaar	0 jaar	Geen	Langer termijn infrastructurele projecten	Geen

Literatuurlijst

Artikelen

- Bastiaens, R.M.A.R. en Bodelier, D., 'Verslag Fiscale Conferentie ATAD 1 & ATAD 2', WFR 2017/113.
- Boer, M.J. en Burgers, I.J.J., 'The debt-equity conundrum. Boekbespreking van The debt-equity conundrum, Cahiers de droit fiscal international vol. 97b, IFA, SDU 2012.', WFR 2013/19.
- Brandsma, R.P.C.W.M. en Pancham, S.R., 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek', WFR 2006/1064.
- Brandsma, R.P.C.W.M. en Pancham, S.R., 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek', WFR 2006/774.
- Bender, T., 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk', NTFR 2011/2482.
- De Groot, I.M., 'EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 13l lid 7 Wet VPB 1969 in het licht van Argenta', WFR 2013/1318.
- De Haan, P. 'Hoezo OESO? The divine power to define', NLF Opinie 2018/0020.
- De Wilde, M.F., 'De Anti-ontgaansrichtlijn van de Raad van 12 juli 2016', FED 2016/107.
- De Wilde, M.F., 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', MBB 2016/11.
- De Wit, R.C.C., 'De renteaftrekbeperkingen in het consultatiedocument', NTFR 2009/1646.
- Douma, S.C.W., 'Internationale aspecten van de C(C)TB', WFR 2017/68.
- Elsweier, F.J. en van der Geld, J.A.G., 'Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering!', TFO 2012/120.
- Elsweier, F.J. en Van Strien, J., 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', WFR 2012/182.
- Faber, S.E. en van Geilswijk, R.P., 'De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente', TFO 2013/128.1.
- Ferrer, C. & Irazusta, P., 'Restriction to the Tax Deductibility of Financial Expenses: A Spanish View', 19 Derivs. & Fin. Instrums. 4 (2017), Journals IBFD.

- Gutmann, D. et al., 'The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey', 57 Eur. Taxn. 1 (2017), Journals IBFD.
- Heithuis, E.J.W., 'Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!', NTFR 2006/1236.
- Helvoirt, J.H.A.M. en Kam, F.W.G., 'Bovenmatige deelnemingsrente', MBB 2012/12.
- Hoogterp, P., 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD.' WFR 2017/147.
- Kavelaars, P., 'De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking I', NTFR-B 2013/19.
- Kavelaars, P., 'Vermogensvergoedingen in de vennootschapsbelasting', FTV 2009/12.
- Kok, Q.W.J.C.H., en Herms, L.A.G., 'De CCCTB en de aftrek van rente', MBB 2008/11.
- Lambooi, M.V., 'Het post-BEPS fiscale transparantieregime', TFO 2016/147.4.
- Lampert, S., Meickmann, T. en Reinert, M., 'Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule', 56 Eur. Taxn. 8 (2016), Journals IBFD.
- Marres, O.C.R., 'De anti-ontgaansrichtlijn', NTFR-B 2017/18.
- Marres, O.C.R., 'Deelnemingsrente en (kwalificerende) verkrijgingsprijs (deel I)', WFR 2017/34.
- Pötgens, F.P.G. en Bellingwout, J.W., 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', WFR 2012/654.
- Ruijschop, M.H.C., 'Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken (ATAD1)', NTFR 2017/1902.
- Saint-Amans, P. en Russo, R., 'The BEPS Package: Promise Kept', Bulletin for International Taxation, April 2016.
- Snoeij, R. en Van Helvoirt, J.H.A.M., 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', FED 2016/108.
- Snoeij, R., 'De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm', WFR 2009/1582.
- Speet, N.G.H., 'Financiering, renteaftrekbeperkingen en vastgoed', Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/6.
- Stevens, A.J.A., 'De notionale interestaftrek en vaste inrichtingen', NTFR-B 2013/40.

- Stevens, S.A., ‘De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting’, TFO 2017/150.4.
- Suvaal, B., ‘Art. 13l en de Wet aanpassing fiscale eenheid – over samenloop, dubbeltellingen, volzinnen en limieten’, WFR 2016/13.
- Vakstudie-Nieuws, ‘Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)’, V-N 2016/37. 3.
- Vakstudie-Nieuws, ‘Inleiding Europese antibelastingontwijkingsrichtlijn’, V-N 2017/36.1.
- Vakstudie-Nieuws, ‘Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD 1’, V-N 2017/39.14.
- Vakstudie-Nieuws, ‘OESO wil meer coördinatie vennootschapsbelastingen: rapport “Addressing base erosion and profit shifting”, V-N 2013/11.8.
- Vakstudie-Nieuws, ‘Samenvatting ‘2015 Final Reports’ 15 BEPS-actiepunten’, V-N 2015/56.2.
- Vakstudie-Nieuws, ‘Uitgebreide kabinetsreactie op panama papers’, V-N 2016/28.3.
- Van den Hurk, H.T.P.M., en Ubachs, S.J.P., ‘De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)’, WFR 2016/233.
- Van den Hurk, H.T.P.M., en Ubachs, S.J.P., ‘De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel II)’, WFR 2016/238.
- Van der Breggen, M.E.P. en Roumen, R.H.M., ‘Enkele fiscale aspecten rondom het fenomeen "cashpooling" (deel 1)’, WFR 2009/1284.
- Van der Lans, V.T.P., ‘Samenloop van de renteaftrekbeperkingen van art. 13l en art. 15ad Wet VPB 1969; afdoende geregeld?’, MBB 2014/10.
- Van Kooten, R.M. en Suvaal, B., ‘art. 13l Wet Vpb 1969: lid 6 ontleed – deel 2’, WFR 2015/119.
- Van Lindonk, C., ‘Internetconsultatie ATAD1 geopend’, NLF 2017/1758.
- Van Os, P.B.N., ‘De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekbeperkingen (deel 2)’, MBB 2016/4.
- Van Strien, J. en Kroon, M.G.H., ‘Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?’, NTFR 2011/614.
- Van Strien, J., ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD 1’, WFR 2018/19.
- Van Strien, J., ‘De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting’, TFO 2013/128.3.

- Verharen, C.E., 'Het einde van belasting constructies?', WFR 2017/167.
- Vermeulen, H. en Elink Schuurman, J.H., 'De anti-belastingontwijkingsrichtlijn (ATA Directieve) en de fiscale gevolgen voor vastgoed', Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/2.
- Weterings, M.P. en Hijkoop, A.E.J., 'Verslag van de 8ste NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht 'EU-Actieplan'', WFR 2016/148.
- Zeijden, F.M. en Walle, L.P.A.J., 'Renteaftrek, het zorgenkindje van de vennootschapsbelasting', Vastgoed Fiscaal & Civiel 2017/02.

Boeken

- Bouwman, J.N. en Boer, M.J., *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu 2017 (vijftiende druk).
- Bresser, H.J. e.a., *Belastingrecht in hoofdlijnen* (FED Fiscale Studieserie, deel 38), Deventer: Kluwer 2017.
- De Blicq, J., Koopman, R.J., Lammers, J.M., Visser, E.A. (red.), *Vennootschapsbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- De Graaf, A., Kavelaars, P. & Stevens, A. (2017). *Internationaal belastingrecht* (FED fiscale studieseries, deel 39). Deventer: Kluwer.
- Elswelier, F.J., & Stevens, S.A. *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting* (Herz. ed.). Deventer: Kluwer 2017.
- Janssen, G.T.W., *Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2018.
- Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.
- Kok, Q.W.J.C.H., *De Wet VPB 2007* (Fiscaal Actueel), Deventer: Kluwer 2006.
- Speet, N.G.H. (2017). *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen: Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst.*
- Strik, S.A.W.J., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.
- Van der Geld, J. (2010). *Fiscaliteit in een steeds veranderende wereld*. Andere wetenschappelijke uitgaven, Wetgevingskunsten (27).

- Van Strien, J., *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, FM 119.
- Verburg, J., *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Handboeken nr. 4), Deventer: Kluwer 2000.
- Vermeulen, H., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.
- Vleggeert, J. (2017), *Hoe verder met art. 10a?*. In: Pieterse L.J.A., Scharrenburg R. van (red.) Springende punten: Van Amersfoort-bundel: opstellen aangeboden aan mr. P.J. van Amersfoort ter gelegenheid van zijn afscheidssymposium gehouden op vrijdag 29 september 2017 te Leiden. Deventer: Kluwer.
- Vleggeert, J., *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009, FM 132.
- Vleggeert, J., *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.
- Weber, D.M., *Cursus Belastingrecht: Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

- HvJ 10 mei 1995, nr. C-384/93 (Alpine Investments), NJ 1995/703.
- HvJ 17 oktober 1996, nr. C-283/94 (Denkavit), FED 1996/995.
- HvJ 26 oktober 1999, nr. C-294/97 (Eurowings Luftverkehrs), BNB 2001/394.
- HvJ 18 september 2003, nr. C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.
- HvJ 3 maart 2005, nr. C-172/03 (Heiser), Jur. p. I-162.
- HvJ 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), BNB 2006/170.
- HvJ 13 maart 2007, nr. C-524/04, (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), V-N 2007/15.9.
- HvJ 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), NTFR 2008/561.
- HvJ 21 januari 2010, nr. C-311/08 (SGI/België), V-N 2010/13.21.
- HvJ 26 oktober 2010, nr. C-97/09 (Ingrid Schmelz), V-N 2010/58.20.
- HvJ 4 juli 2013, nr. C-350/11 (Argenta Spaarbank), BNB 2013/258.
- HvJ 26 oktober 2017, nr. C-39/16 (Argenta Spaarbank), BNB 2018/23.
- Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona HvJ 25 oktober 2017, nr. C-398/16 en C-399/16 (gevoegde zaken X bv en N nv), V-N 2017/52.12.

- HvJ 22 februari 2018, nr. C-398/16 en C-399/16 (gevoegde zaken X bv en N nv), V-N 2018/11.14.

Hoge Raad

- HR 2 april 1947, B. 8335.
- HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252 (Zweedse grootmoeder-arrest).
- HR 14 maart 1979, nr. 19 023, BNB 1979/153.
- HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217 (Unilever-arrest).
- HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217.
- HR 19 december 1990, nr. 26 759, BNB 1991/121.
- HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196.
- HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.
- HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.
- HR 11 april 2001, nr. 35 729, BNB 2001/257.
- HR 10 augustus 2001, nr. 36 662, BNB 2001/364.
- HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231.
- HR 17 december 2004, nr. 39 080, BNB 2005/169.
- HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.
- HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.
- HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.
- HR 25 november 2011, nr. 04 588, NTFR 2011/2834.
- HR 25 november 2011, nr. 05 323, NTFR 2011/2722.
- HR 25 november 2011, nr. 05 161, NTFR 2011/2723.
- HR 25 november 2011, nr. 05 323, BNB 2012/37
- HR 6 december 2013, nr. 04 798, V-N 2014/5.16.
- HR 18 januari 2013, nr. 02 709, NTFR 2013/199.
- HR 17 december 2014, nr. 04 953, BNB 2015/169.
- HR 21 april 2017, nr. 05 278, BNB 2017/162.
- HR 5 januari 2018, nr. 01 047, NLF 2018/0133.

Rechtbanken

- Rechtbank Noord-Holland 1 december 2017, nr. AWB 15/3265, NLF 2018/0303.

Parlementaire stukken

- *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2512.
- *Handelingen II* 2017/18, 67, item 8.

- *Kamerstukken I* 2001/02, 28 034, nr. 123b.
- *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, nr. H.
- *Kamerstukken I* 2011/12, 33 287, nr. D.
- *Kamerstukken I* 2012/13, 33 402, nr. D.

- *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. A.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5.
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 25.
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 22.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 179.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 566, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 3.

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 16 januari 2013, DB/2012/497M, Stb. 2013, 22.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2007, BCPP2007-00826.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, IFZ/2013/25U.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2016, AFP/2016/394.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 10 juli 2017, nr. 2017/0001293555.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 april 2018, nr. 2018-0000059780.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018, nr. 2018-0000026987.
- Bijlage bij brief van minister-president M. Rutte van 24 april 2018, 'Notities 5 t/m 12 bij brief over dividendbelasting', nr. 3999908.
- Fiscale beleidsagenda 2018 van de Staatssecretaris van Financiën 23 februari 2018, nr. 2018-000002722.
- Regeerakkoord 2017-2021 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 'Vertrouwen in de toekomst', Den Haag: 2017.

Publicaties EU en OESO

- Mededeling van de Europese Commissie van 31 mei 2006, COM(2006)254def.
- Europese Commissie van 9 juli 2014, IP/14/794.
- Conclusies van de Raad van 8 december 2015, persmededeling 910/5.
- Richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 28 januari 2016, COM (2016) 26 Final, 2016/0011 (CNS).
- 'Fact sheet' van de Europese Commissie van 28 januari 2016, MEMO/16/160.
- Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016, PbEU 2016, L 193/1, tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.
- OECD (2013), *Report Addressing Base Erosion and Profit Shifting (the BEPS Report)*, OECD Publishing: Paris.

- OESO/G20 (2015), *Explanatory Statement Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris 2015.
- OECD (2015), *Final Reports. Executive Summaries, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing: Paris.
- OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD Publishing: Paris.
- OECD (2017), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris.

Overige bronnen

- American Chamber of Commerce (ATAD₁ A.C. van der Linde), ‘Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD₁’, 8 september 2017.
- Consultatiedocument implementatie ATAD₁, 10 juli 2017.
www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1.
- De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, ‘Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD₁’, Amsterdam, 21 augustus 2017.
- EFTA Surveillance Authority on the Norwegian interest limitation rules on 25 October 2016, decision no. 192/16/COL.
- The Heritage foundation (2018), ‘2018 index of economic freedom’,
<https://www.heritage.org/index/ranking>.
- IFRS Foundation, (16 maart 2018). IAS 36 Impairment of Assets. Opgehaald van www.ifrs.org: <http://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-36-impairment-of-assets/#about>.
- Nederlands Comité voor Ondernemerschap en Financiering, ‘Staat van het MKB: Jaarbericht 2016: Wendbaar en weerbaar in een nieuwe marktdynamiek’, ministerie Economische Zaken, 2016.
- NoB Commissiewetsvoorstellen, Uitnodiging om voorstellen in te brengen voor vereenvoudiging van belastingwetgeving, 12 februari 2016.

- NOS. (13 september 2017). Meer geld voor inning belastingen. Retrieved from [www.nos.nl: https://nos.nl/artikel/2192777-meer-geld-voor-inning-belastingen.html](https://nos.nl/artikel/2192777-meer-geld-voor-inning-belastingen.html)
- Oxfam Novib (2016). *The dangerous global Race to the Bottom on Corporate Tax*. Den Haag: Oxfam Policy Paper.
- Rapport Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel, 7 april 2010.
- Rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei, juli 2016.
- Redactie Vakstudie Nieuws (Mr. R.T. van Beurden), 'Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD1', Den Haag, 18 augustus 2017.
- Register Belastingadviseurs (Mr. A.T. Pahladsingh), 'Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD1', Culemborg, 17 augustus 2017.
- Tax Justice NL (J. Langerock), 'Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD1', Utrecht, 21 augustus 2017.
- The Netherlands British Chamber of Commerce (mr. M. Buckers), 'Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD1', Den Haag, 21 augustus 2017.
- Verbond van Verzekeraars (MSc DG Heijnen), 'Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD1', Den Haag, 17 augustus 2017.
- VNO-NCW (mr D.J. Sinke), 'Reactie op de internetconsultatie implementatie ATAD1', Den Haag, 21 augustus 2017.