



ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
ERASMUS SCHOOL
OF ECONOMICS

De toekomst van bestaande specifieke renteaftrekbepeningen na implementatie van de earningsstrippingmaatregel in Nederland

Naam: Kevin Dam

Studentnummer: 431973

Juli 2018

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Begeleidend docente: L.C. van Hulten MSc

Tweede beoordelaar: Mr. D.E. van Sprundel

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling.....	5
1.3 Aanpak.....	6
1.4 Afbakening	8
Hoofdstuk 2: De huidige vorm van de renteaftrekbeperkingen ter voorkoming van winstdrainage en voor deelnemingsrente	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 De huidige bepaling voor winstdrainage	9
2.2.1 Aanleiding en doelstelling.....	9
2.2.2 Structuur van de renteaftrekbeperking	11
2.3 De huidige bepaling voor deelnemingsrente.....	14
2.3.1 Aanleiding en doelstelling.....	14
2.3.2 Structuur van de renteaftrekbeperking	15
2.4 Deelconclusie.....	18
Hoofdstuk 3: De earningsstrippingmaatregel als onderdeel van de anti-ontgaansrichtlijn	19
3.1 Inleiding.....	19
3.2 De achtergrond en doelstelling van de earningsstrippingmaatregel.....	19
3.3 Structuur van de earningsstrippingbepaling in de anti-ontgaansrichtlijn.....	21
3.3.1 Hoofdregeel van de earningsstrippingbepaling.....	21
3.3.2 Drempel, overgangsregeling bestaande regelingen, financiële ondernemingen 22	
3.3.3 Twee optionele escapes.....	22
3.3.4 Voortwentelingsmogelijkheden.....	23
3.4 Voor- en nadelen van de earningsstrippingbepaling	24
3.4.1 De belangrijkste voordelen van de earningsstrippingbepaling	24
3.4.2 De belangrijkste nadelen van de earningsstrippingbepaling	24
3.5 Deelconclusie.....	25

Hoofdstuk 4: De earningsstrippingmaatregel als vervanging van de huidige renteaftrekbeperkingen?.....	27
4.1 Inleiding.....	27
4.2 De earningsstrippingmaatregel versus art. 10a Wet VpB 1969.....	27
4.2.1 Uitvoerbaarheid.....	27
4.2.2 Doelstelling en reikwijdte.....	28
4.2.3 Effectiviteit.....	29
4.2.4 Aansluiting bij werkelijkheid.....	30
4.2.5 Toekomst van art. 10a Wet VpB 1969.....	30
4.3 De earningsstrippingmaatregel versus art. 13I Wet VpB 1969.....	32
4.3.1 Uitvoerbaarheid.....	32
4.3.2 Doelstelling en reikwijdte.....	32
4.3.3 Effectiviteit.....	33
4.3.4 Aansluiting bij werkelijkheid.....	34
4.3.5 Toekomst van art. 13I Wet VpB 1969.....	35
4.4 De aanbevolen keuzes bij implementatie earningsstrippingmaatregel.....	35
4.4.1 Hoofdregeel van de earningsstrippingbepaling.....	36
4.4.2 Drempel, overgangsregeling bestaande leningen, financiële ondernemingen.....	36
4.4.3 Twee optionele escapes.....	37
4.4.4 Voortwentelingsmogelijkheden.....	38
4.5 Vergelijking met de verwachte keuzes van Nederland.....	39
4.6 Deelconclusie.....	40
Hoofdstuk 5: Samenvatting en eindconclusie.....	42
5.1 Samenvatting.....	42
5.2 Eindconclusie en aanbevelingen.....	43

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) beoogt met het BEPS-pakket (Base Erosion and Profit Shifting, hierna: BEPS) een mondiale standaard tot stand te brengen met als doel internationale winstverschuiving en grondslaguitholling door multinationals tegen te gaan. Deze twee aspecten zijn het gevolg van onder anderen onvoldoende onderling gecoördineerde winstbelastingssystemen en belastingdiensten die niet over alle benodigde informatie beschikken.¹ Op Europees niveau is door de Europese Commissie een pakket voorstellen gepresenteerd, waarmee invulling wordt gegeven aan de door de OESO geformuleerde actiepunten uit het BEPS-pakket.² Dit heeft geresulteerd in de zogenoemde anti-ontgaansrichtlijn (Anti Tax Avoidance Directive, ook wel ATAD genoemd), waarin maatregelen worden genoemd die moeten worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving van lidstaten.

De maatregelen die door lidstaten moeten worden geïmplementeerd, zijn de volgende:

- Een beperking van de aftrekbaarheid van rente (earningsstrippingmaatregel);
- Een regeling voor exitheffingen;
- Een algemene antimisbruikbepaling (GAAR);
- Een regeling voor gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en vaste inrichtingen (CFC's); en
- Een maatregel gericht tegen het gebruik van hybride entiteiten of instrumenten.³

In juli 2017 heeft het Ministerie van Financiën een conceptwetsvoorstel gepubliceerd, waarmee wordt beoogd de eerste fase van de anti-ontgaansrichtlijn te implementeren in de Nederlandse wetgeving. Deze maatregelen dienen in beginsel per 1 januari 2019 door de lidstaten te zijn geïmplementeerd.⁴ Het tweede deel van de anti-ontgaansrichtlijn is gericht op hybride mismatches met belastingstelsels van derde landen. Deze maatregelen moeten in principe per 1 januari 2020 zijn ingevoerd.⁵

Onder voorwaarden is uitstel mogelijk voor de implementatie van de earningsstrippingmaatregel. Lidstaten die op 8 augustus 2016 beschikten over nationale specifieke regels die even doeltreffend zijn als de desbetreffende regel(s) in de anti-

¹ M.F de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', *MBB* 2016/11-01, paragraaf 1.

² J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19, paragraaf 1.

³ Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁴ Art. 11, eerste lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁵ Richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen.

ontgaansrichtlijn, mogen deze regels toepassen tot het einde van het eerste volledige boekjaar volgend op de datum van bekendmaking van een overeenkomst tussen OESO-leden over een minimumnorm op dit vlak. Dit uitstel is echter uiterlijk mogelijk tot 1 januari 2024.⁶ Om van deze mogelijkheid gebruik te kunnen maken, moet de onderhavige lidstaat de Europese Commissie vóór 1 juli 2017 hebben ingelicht over de bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen die zij wil blijven toepassen. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van deze uitstelmogelijkheid. Gelet op het generieke karakter van de earningsstrippingregeling in vergelijking met het specifieke karakter van bestaande renteaftrekbeperkingen lijkt het toepassen van een latere toepassingsdatum niet opportuun.⁷

1.2 Probleemstelling

Aangezien Nederland geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de implementatie van de earningsstrippingbepaling uit te stellen, zal per 1 januari 2019 de Nederlandse vennootschapsbelasting op verschillende onderdelen wijzigen. Enerzijds wordt de wet 'verrijkt' met een nieuw wetsartikel, anderzijds moet voor iedere specifieke renteaftrekbeperking worden beoordeeld of het wenselijk is deze te behouden.⁸ Uit het Regeerakkoord blijkt dat Nederland de implementatie van de earningsstrippingmaatregel wil combineren met het afschaffen van enkele specifieke renteaftrekbeperkingen, uitgezonderd de renteaftrekbeperking ter voorkoming van winstdrainage (art. 10a Wet VpB 1969).⁹

De bepaling ter voorkoming van winstdrainage ziet kortgezegd op geldleningen in gelieerde verhoudingen die causaal verband houden met een van de genoemde rechtshandelingen.¹⁰ Het kabinet ziet blijkbaar nog toekomst in deze bepaling, vermoedelijk vanwege haar specifieke karakter.¹¹ Het is mijns inziens de vraag in hoeverre de earningsstrippingbepaling door haar generieke werking hetzelfde resultaat kan bereiken als art. 10a Wet VpB 1969, waardoor laatstgenoemde mogelijk overbodig wordt. In deze scriptie wordt daarom gekeken of het nodig is de bepaling ter voorkoming van winstdrainage te handhaven.

De afschaffing van de renteaftrekbeperking gericht op bovenmatige overnamerente (art. 15ad Wet VpB 1969) per 1 januari 2019 is reeds bevestigd door het kabinet¹², waardoor naar mijn mening geen reden bestaat deze bepaling te bespreken. Andere renteaftrekbeperkingen die mogelijk kunnen worden geschrapt, zijn art. 10b en 13l Wet VpB 1969. Eerstgenoemde ziet

⁶ Art. 11, zesde lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁷ Consultatiedocument implementatie ATAD 1, pagina 15.

⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, 3, p.32.

⁹ Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie.

¹⁰ Zie art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹¹ Zie onder anderen P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1, paragraaf 3.2.

¹² Brief Staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2018, nr. 2018-0000069704.

op renteloze en laagrentende leningen met een looptijd langer dan 10 jaar.¹³ Deze renteaftrekbeperking zal niet verder worden besproken vanwege haar beperkte belang. Deze regeling is namelijk eenvoudig te omzeilen door het aangaan van leningen met een looptijd van minder dan 10 jaar. De bepaling van art. 13l Wet VpB 1969 wordt daarentegen wel besproken, omdat deze bepaling mijns inziens wel relevant is. Binnen deze bepaling staat centraal dat rentekosten niet aftrekbaar zijn voor zover deze worden geacht verband te houden met de financiering van deelnemingen.¹⁴ Alle ondernemingen waarvan het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente uitkomt boven het bedrag van de franchise, worden geraakt door deze bepaling (tenzij een uitzondering van toepassing is). De bepaling van art. 13l Wet VpB 1969 wordt veelal ervaren als uiterst complex¹⁵, waardoor het wenselijk is deze bepaling te schrappen indien mogelijk. De vraag is of dit mogelijk is wanneer de earningsstrippingmaatregel wordt geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Vandaar de keuze om de bepaling voor deelnemingsrente wel te bespreken.

Uit de voorgaande alinea's volgt de volgende onderzoeksvraag: *In hoeverre kan de implementatie van de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse vennootschapsbelasting ervoor zorgen dat de huidige regeling ter voorkoming van winstdrainage en/of de beperking voor de deelnemingsrente overbodig wordt/worden, gezien vanuit doel en strekking van deze regelingen?*

1.3 Aanpak

Om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, is een aantal deelvragen opgesteld:

1. *Hoe zien de huidige renteaftrekbeperkingen van art. 10a en art. 13l Wet VpB 1969 eruit?*

In dit hoofdstuk wordt voor zowel de bepaling ter voorkoming van winstdrainage als de bepaling voor deelnemingsrente gekeken naar de aanleiding voor de invoering en de doelstelling van de bepaling. Vervolgens wordt de wettelijke structuur van beide bepalingen besproken om een beeld te krijgen van hun werking.

2. *Wat is de achtergrond van de earningsstrippingmaatregel, welke keuzemogelijkheden worden aan lidstaten geboden en wat zijn de voor- en nadelen van de maatregel?*

Hierin wordt ingegaan op de oorsprong en doelstelling van de earningsstrippingbepaling. Vervolgens worden de verschillende keuzemogelijkheden voor lidstaten binnen deze bepaling

¹³ Zie art. 10b Wet VpB 1969.

¹⁴ Zie art. 13l, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹⁵ Zie onder anderen I. de Groot, 'Art. 13l Wet VpB 1969: een regelrechte miskoop', *WFR* 2016/207.

uit de anti-ontgaansrichtlijn besproken. In de laatste paragraaf wordt een overzicht gegeven van de verschillende voor- en nadelen van een earningsstrippingmaatregel.

3. *Kan de earningsstrippingbepaling zodanig worden geïmplementeerd dat de bepaling van art. 10a en/of 13l Wet VpB 1969 overbodig wordt/worden en hoe verhoudt deze implementatie zich tot de vermoedelijke keuzes van het Nederlandse kabinet?*

In dit hoofdstuk worden de bepalingen van art. 10a en 13l Wet VpB 1969 separaat beoordeeld ten opzichte van de earningsstrippingmaatregel aan de hand van vier criteria, deels ontleend aan de nota 'Zicht op wetgeving', die mijns inziens van belang zijn bij het vergelijken van wetsartikelen:

- Uitvoerbaarheid van de bepaling: bij dit criterium wordt gekeken of de bepaling niet te ingewikkeld uitvoerbaar is en of de bepaling voldoende helder is geformuleerd. Dit criterium is gekozen, omdat het mijns inziens belangrijk is te bekijken in hoeverre een (in beginsel) eenvoudige generieke maatregel tevens makkelijker uitvoerbaar is dan de huidige specifieke bepalingen;
- Doelstelling en reikwijdte: het is van belang de doelstelling van de bepaling in kaart te brengen en daarnaast te kijken hoe breed de bepaling is. Bij dit laatste wordt gekeken naar welke rentekosten onder het bereik van de bepaling vallen. Dit criterium is gekozen om in kaart te brengen in hoeverre de bestaande renteaftrekbeperkingen hetzelfde resultaat willen bewerkstelligen als de earningsstrippingmaatregel;
- Effectiviteit van de bepaling: bij de effectiviteit wordt gekeken in hoeverre de gestelde doelstelling daadwerkelijk kan worden bereikt en naar de noodzaak de bepaling te hanteren. De keuze voor dit criterium is gebaseerd op de gedachte dat een bepaling moet leiden tot verwezenlijking van de gestelde doelstelling(en) en de vraag of de earningsstrippingbepaling deze doelstelling(en) beter kan verwezenlijken; en
- Aansluiting bij de werkelijkheid: bij dit criterium wordt gekeken in hoeverre wordt aangesloten bij de feitelijke situatie. Hierbij wordt gekeken naar eventuele rekenregels en de mogelijkheid tegenbewijs te leveren. Wanneer een bepaling niet goed aansluit bij de realiteit, wordt mogelijk renteaftrek beperkt in situaties waarin dit onwenselijk is. Aangezien overkill moet worden beperkt, is dit mijns inziens een belangrijk criterium bij het vergelijken van wetsbepalingen.

Vervolgens worden aanbevelingen gedaan met betrekking tot de keuzes die Nederland zou moeten maken bij de implementatie. Deze aanbevelingen worden daarna vergeleken met de vermoedelijke daadwerkelijke keuzes van het kabinet. In het laatste hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de centrale onderzoeksvraag.

1.4 Afbakening

In deze scriptie wordt specifiek gekeken naar de earningsstrippingmaatregel. Deze richtlijn bevat een aantal uiteenlopende onderdelen en gezien de beperkte ruimte moet een keuze worden gemaakt. Mijn insteek is kijken in hoeverre de bestaande specifieke renteaftrekbepalingen nog noodzakelijk zijn na implementatie van de earningsstrippingmaatregel. Aangezien de earningsstrippingmaatregel de meeste invloed lijkt hebben op bestaande regelingen, is voor dit onderdeel van de anti-ontgaansrichtlijn gekozen.

De bepaling van art. 15ad Wet VpB 1969 komt niet verder aan de orde, omdat de afschaffing van deze bepaling reeds is bevestigd. Art. 10b Wet VpB 1969 is makkelijk te omzeilen en wordt om die reden niet verder besproken. Bij het beoordelen van de verschillende renteaftrekbepalingen bij de derde deelvraag zijn niet alle genoemde criteria uit de nota 'Zicht op wetgeving' opgenomen. De criteria 'rechtmatigheid' en 'subsidiariteit' zijn niet gekozen, omdat deze criteria naar mijn mening niet bijdragen aan de vraag of bestaande renteaftrekbepalingen kunnen vervallen wanneer de earningsstrippingmaatregel wordt geïmplementeerd.

Hoofdstuk 2: De huidige vorm van de renteaftrekbeperkingen ter voorkoming van winstdrainage en voor deelnemingsrente

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *Hoe zien de huidige renteaftrekbeperkingen van art. 10a en art. 13l Wet VpB 1969 eruit?* Teneinde deze deelvraag te kunnen beantwoorden, wordt in paragraaf 2.2 gekeken naar de aanleiding voor het invoeren van de bepaling tegen winstdrainage en wat de doelstelling is van deze bepaling. Verder wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de werking van de renteaftrekbeperking.

In paragraaf 2.3 wordt ingezoomd op de bepaling voor deelnemingsrente. De aanleiding voor de invoering van de bepaling komt aan de orde en tevens wordt de doelstelling van onderhavige bepaling besproken. Daarnaast wordt de hoofdstructuur in de huidige wetgeving uiteengezet. De laatste paragraaf van dit hoofdstuk omvat het antwoord op de deelvraag.

2.2 De huidige bepaling voor winstdrainage

2.2.1 Aanleiding en doelstelling

Het uitgangspunt is dat rentebetalingen met betrekking tot een lening, aftrekbaar zijn van de fiscale winst van de onderhavige vennootschap.¹⁶ Om de Nederlandse winst te drukken worden kunstmatige constructies opgezet waarmee renteaftrek werd gecreëerd in Nederland. Met een dergelijke constructie wordt een deel van de Nederlandse belastbare winst de facto overgeheveld naar een land met een lager effectief belastingtarief.¹⁷ Winstdrainage kan in diverse gedaanten voorkomen. Van belang is steeds dat renteaftrek wordt gecreëerd, terwijl vanuit het bedrijfsproces geen noodzaak is vreemd vermogen aan te trekken.¹⁸ Aangezien wetgeving op dit vlak ontbrak, poogde de fiscus dergelijke constructies te bestrijden met een beroep op het leerstuk van *fraus legis*.¹⁹ Hierop kan een beroep worden gedaan door de fiscus indien belastingverrijdeling doorslaggevend is geweest voor het handelen van de belastingplichtige in casu (het motiefvereiste) en dit handelen in strijd is met doel en strekking van de wet (normvereiste).²⁰ Het eerste arrest waarin dit vraagstuk speelde, was het arrest van 26 april 1989.

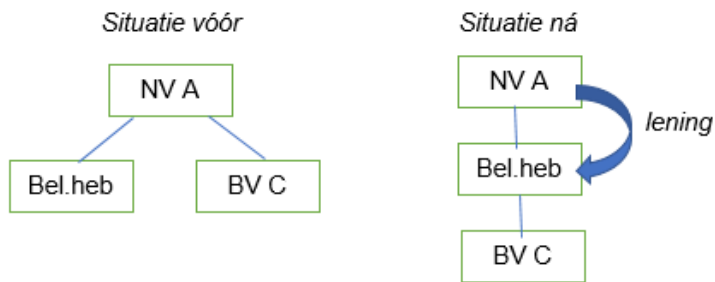
¹⁶ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 3.2.

¹⁷ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.1.

¹⁸ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.2.

¹⁹ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.1.

²⁰ O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *WFR* 2008/1431, paragraaf 3.



Overzicht casus arrest BNB 1989/217

Het arrest betrof de situatie in de figuur hierboven. Hierbij is sprake van een interne verhangingsconstructie waarbij de aandelen van NV A (gevestigd te Curaçao) in BV C (gevestigd in Nederland) werden overgedragen aan belanghebbende (eveneens gevestigd in Nederland). NV A verstrekke aan belanghebbende een lening voor het deel van de overnamesom dat schuldig werd gebleven. Op deze manier konden rentekosten in Nederland worden afgetrokken en werden de rentebaten op Curaçao belast tegen een lager effectief tarief. De interne verhangingsconstructie zorgde voor een wezenlijke verandering in noch de vermogenspositie van BV C, noch in het belang van NV A in BV C. De enige reden voor het opzetten van de constructie was het behalen van een fiscaal voordeel, omdat geen zakelijk belang werd gediend. Hierdoor werd voldaan aan het motiefvereiste. Aan het normvereiste werd tevens voldaan, omdat de constructie in strijd is met doel en strekking van de wet.²¹ Zodoende werd het leerstuk van *fraus legis* voor het eerst toegepast binnen de vennootschapsbelasting.²² In de periode nadat dit arrest was gewezen, volgden meer arresten (met wisselend succes voor de fiscus).²³

De fiscus was het niet in alle gevallen eens met de Hoge Raad en daarom is de wetgever overgegaan tot invoering van art. 10a Wet VpB 1969 met ingang van 1 januari 1997.²⁴ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit artikel in de eerste plaats is opgenomen in de wetgeving om duidelijkheid en zekerheid te verschaffen op dit vlak. In de tweede plaats wilde de staatssecretaris bepaalde wijzigingen doorvoeren, aangezien hij vreesde dat bepaalde constructies werden opgezet op basis van de gewezen jurisprudentie.²⁵

Het voornaamste doel van de wetsbepaling ter voorkoming van winstdrainage is het voorkomen dat in specifieke gevallen renteaftrek wordt gecreëerd, terwijl de rentebaten tegen een laag effectief tarief worden belast. Deze specifieke gevallen worden in paragraaf 2.2.2 besproken. Na invoering van art. 10a Wet VpB 1969 kwam de vraag op hoe het nieuwe wetsartikel en het leerstuk van *fraus legis* zich tot elkaar verhouden. Uit bijvoorbeeld het arrest

²¹ HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217.

²² E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.3.

²³ Zie hiervoor onder anderen de arresten van 10 maart 1993: HR 10 maart 1993, nr. 27 295, 27 992, 28 139, 28 484, BNB 1993/194-197.

²⁴ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.4.1.

²⁵ *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3, p.15.

van 1 juni 2012 blijkt de invoering van art. 10a Wet VpB 1969 niet te hebben gezorgd voor een limitatieve regeling voor onaanvaardbare grondslagerosie.²⁶ Ergo: invoering van het nieuwe wetsartikel staat de toepassing van fraus legis niet in de weg. Mijns inziens zal fraus legis minder vaak van toepassing zijn, omdat veel van deze constructies nu binnen het bereik van de bepaling ter voorkoming van winstdrainage vallen.

2.2.2 *Structuur van de renteaftrekbeperking*

In deze paragraaf worden gekeken naar de structuur van art. 10a Wet VpB 1969. Hierbij valt de facto een tweedeling te maken tussen enerzijds de besmette rechtshandelingen en anderzijds de tegenbewijsmogelijkheden. Deze worden separaat besproken.

Besmette rechtshandelingen

Een eerste belangrijke opmerking is dat art. 10a Wet VpB 1969 ziet op renten (kosten en valutaresultaten daaronder begrepen) van geldleningen die rechtens dan wel in feite direct of indirect zijn verschuldigd aan met de schuldenaar verbonden lichamen of verbonden natuurlijke personen.²⁷ Bij de zinsnede 'rechtens dan wel in feite' moet worden gekeken naar alle omstandigheden, zoals de looptijd van de lening en het overeengekomen aflossingsschema.²⁸ We beperken ons hier tot verbonden lichamen. Als een met de schuldenaar verbonden lichaam wordt aangemerkt:

- a) een lichaam waarin de belastingplichtige ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- b) een lichaam dat ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- c) een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.²⁹

In het tweede lid wordt, mijns inziens ten overvloede, gesteld dat het niet uitmaakt of de schuld voor of na het verrichten van de rechtshandeling is aangegaan.³⁰ In mijn optiek volgt dit al uit het eerste lid.

De eerste besmette rechtshandeling is *een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam dat aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon.*³¹

²⁶ HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213.

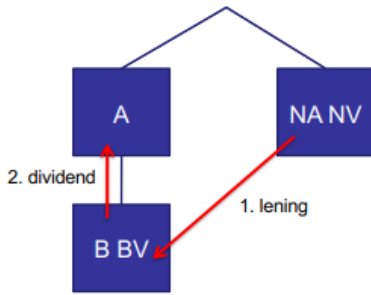
²⁷ Art. 10a, eerste lid, aanhef, Wet VpB 1969.

²⁸ *Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3, p.17.*

²⁹ Art. 10a, vierde lid, Wet VpB 1969.

³⁰ Art. 10a, tweede lid, Wet VpB 1969.

³¹ Art. 10a, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.



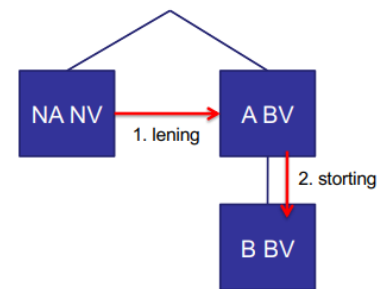
Voorbeeld besmette rechtshandeling: winstuitdeling

Hiernaast is een voorbeeld opgenomen van een dergelijke besmette rechtshandeling. B BV doet hier een dividenduitkering die wordt gefinancierd met een lening van NA NV. In casu is B BV de belastingplichtige, aangezien zij de rente op de lening is verschuldigd. NA NV is gevestigd in een jurisdictie met een lager effectief tarief, waardoor de rentebaten tegen een lager tarief worden belast dan het tarief waartegen de rentekosten in aftrek worden gebracht.

Hierdoor ontstaat grondslaguitholling. In feite vindt een rondje met gesloten beurzen plaats (een zogenaamd kasrondje).³²

De tweede besmette rechtshandeling betreft een kapitaalstorting door de belastingplichtige, een met hem verbonden lichaam dat aan de vennootschapsbelasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam.³³

In het voorbeeld hiernaast is een eenvoudig voorbeeld opgenomen van een dergelijke kapitaalstorting. A BV (de belastingplichtige) leent in deze casus bij NA NV extra gelden om extra eigen vermogen te kunnen storten in dochtermaatschappij B BV. Door de lening aan te gaan, worden rentekosten afgetrokken tegen een hoog percentage en worden rentebaten in het buitenland bij NA NV belast tegen een laag effectief percentage. Op deze manier vindt grondslaguitholling plaats.



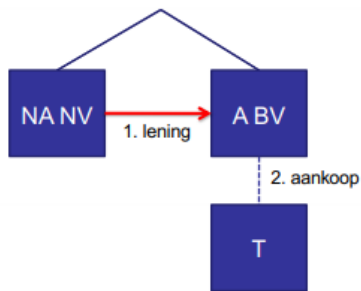
Voorbeeld besmette rechtshandeling: kapitaalstorting

De laatste vorm omvat de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan de vennootschapsbelasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.³⁴

³² E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.5.2.

³³ Art. 10a, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

³⁴ Art. 10a, eerste lid, onderdeel c, Wet VpB 1969.



Voorbeeld besmette rechtshandeling: verwerving belang

In het onderhavige geval verricht de belastingplichtige (A BV) zelf de verwerving van een lichaam dat na deze aankoop verbonden is. Sinds 2007 vallen ook externe acquisities onder het bereik van deze bepaling.³⁵ De acquisitie van vennootschap T wordt door A BV gefinancierd middels een lening die wordt aangegaan bij NA NV. De rentekosten kunnen door A BV wederom tegen een hoger tarief in aftrek worden gebracht dan het tarief waartegen de baten worden belast bij NA NV. Hierdoor ontstaat grondslaguitholling.

Tegenbewijsmogelijkheden

De op grond van het eerste lid niet in aftrek te brengen rentekosten zijn alsnog aftrekbaar indien door de belastingplichtige succesvol tegenbewijs wordt geleverd. Dit is mogelijk op twee manieren. De eerste manier houdt in dat aannemelijk moet worden gemaakt dat aan de geldlening én de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.³⁶ In de parlementaire geschiedenis zijn hiervan verscheidene voorbeelden opgenomen, zoals het schuldig blijven van een dividenduitkering om een bedrijfsoverdracht mogelijk te maken.³⁷ Van belang is hierbij dat het gaat om een dubbele zakelijkheidstoets, aangezien aan zowel de rechtshandeling als de geldlening zakelijke overwegingen ten grondslag moeten liggen.³⁸

Per 1 januari 2018 is de zakelijkheidstoets in de wettekst aangepast als reactie op het parallelle arrest.³⁹ Uit dit arrest volgt dat automatisch aan de tegenbewijsregeling wordt voldaan indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat een schuld die rechtens is verschuldigd aan een verbonden lichaam, feitelijk is verschuldigd aan een derde. In de wettekst is inmiddels een tussenzin toegevoegd om duidelijk te maken dat ook de zakelijkheid van de rechtshandeling aannemelijk moet worden gemaakt.

De tweede tegenbewijsmogelijkheid is de compenserende heffingstoets. De belastingplichtige moet aannemelijk maken dat de rentebaten bij de ontvanger worden belast tegen een naar Nederlandse maatstaven redelijke belasting en dat geen verliesverrekening mogelijk is.⁴⁰ Met ingang van 1 januari 2007 werd hierbij een absolute norm gehanteerd van 10%. Een jaar later is hierop een belangrijke aanpassing gekomen, aangezien de inspecteur in situaties waarin

³⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30572, 2, p.6.

³⁶ Art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

³⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24696, 8, p.17.

³⁸ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.4.5.5.1.

³⁹ HR 21 april 2017, nr. 16/03669, BNB 2017/156.

⁴⁰ Art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

aan het 10%-vereiste wordt voldaan, de mogelijkheid heeft om alsnog de onzakelijkheid van de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling aannemelijk te maken.⁴¹

2.3 De huidige bepaling voor deelnemingsrente

2.3.1 Aanleiding en doelstelling

De renteaftrekbeperking van art. 13l Wet VpB 1969 vindt haar oorsprong in het Bosal-arrest. De Nederlandse vennootschapsbelasting maakte destijds (tot 2004) binnen de deelnemingsvrijstelling een onderscheid tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen. De financieringskosten om de deelneming te houden, waren bij een binnenlandse deelneming aftrekbaar, terwijl bij een buitenlandse deelneming deze financieringskosten vielen onder de deelnemingsvrijstelling en de facto niet aftrekbaar waren.⁴² In de onderhavige casus was aan de orde of deze regeling in strijd was met het EU-recht. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de regeling in strijd was met de vrijheid van vestiging, omdat de moederonderneming ervan weerhouden kan worden activiteiten te ontplooiën middels een buitenlandse dochteronderneming.⁴³

De Nederlandse wetgever heeft vervolgens de desbetreffende bepaling moeten aanpassen. Destijds is ervoor gekozen financieringskosten met betrekking tot buitenlandse deelnemingen eveneens in aftrek te laten brengen. Als tweede reactie op het Bosal-arrest heeft de wetgever een algemene renteaftrekbeperking ingevoerd, te weten de 'thin cap-regeling'. De regeling bevatte een vaste verhouding tussen eigen en vreemd vermogen, waarbij de rente die betrekking heeft op het bovenmatig gefinancierde deel van het vreemd vermogen niet aftrekbaar is. Al snel bleek dat deze maatregel ineffectief was en ontstond een grote budgettaire derving voor de overheid. Dit laatste werd verstrekt door het feit dat omringende landen strengere renteaftrekbeperkingen introduceerden, waardoor multinationals er steeds meer voor kozen hun schuld in Nederland te laten neerslaan. De wens de overheidsfinanciën op orde te brengen leidde uiteindelijk tot invoering van art. 13l Wet VpB 1969 en afschaffing van de 'thin cap-regeling'.⁴⁴

De bepaling voor deelnemingsrente heeft als doelstelling om renteaftrek te weigeren in situaties waarin deze resulteert in een bovenmatige financiering van deelnemingen met geldleningen. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat het Nederlandse vestigingsklimaat bij het overwegen van de invoering van art. 13l Wet VpB 1969 een centrale rol vervulde. In deze bepaling is een rekenregel opgenomen om te bepalen welke gedeelte van de geldleningen geacht wordt te zijn gebruikt voor de financiering van deelnemingen. De gedachte hierachter

⁴¹ Art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁴² E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.5.1.

⁴³ HvJ EU 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344.

⁴⁴ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.5.1.

is dat het veelal lastig is vast te stellen welke leningen zijn gebruikt voor de financiering van welke actiefposten.⁴⁵ Deze rekenregel komt in paragraaf 2.3.2 aan de orde.

In de bepaling is een belangrijke uitzondering opgenomen voor uitbreidingsinvesteringen, omdat het bedrijfsleven niet mag worden belemmerd in haar investeringsactiviteiten.⁴⁶ Om ongewenste belastingplanning te voorkomen is hierop weer een drietal uitzonderingen opgenomen. Verder lijkt de wetgever ervoor te kiezen het midden- en kleinbedrijf te vrijwaren van maatregelen die zijn bedoeld voor de grote multinationals, zoals de bepaling voor deelnemingsrente.⁴⁷

De belangrijkste doelstelling van de onderhavige bepaling is het dichten van het zogenoemde Bosal-gat. Met het Bosal-gat wordt bedoeld op de situatie dat ingeval een deelneming is gefinancierd met vreemd vermogen, de voordelen uit die deelneming zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13, eerste lid, Wet VpB 1969, terwijl de financieringskosten aftrekbaar zijn. De oude 'thin cap-regeling' kon dit gat onvoldoende dichten.⁴⁸

2.3.2 *Structuur van de renteaftrekbeperking*

Uit het eerste tot en met derde lid van art. 13l Wet VpB 1969 volgt een rekenregel, welke middels een eenvoudig getallenvoorbeeld wordt toegelicht. De bovenmatige deelnemingsrente mag niet in aftrek komen van de winst, voor zover het de drempel van 750.000 euro overschrijdt.⁴⁹ De bovenmatige deelnemingsrente is gelijk aan het gedeelte van het totale bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen van dat jaar, dat evenredig is aan de verhouding tussen het gemiddelde bedrag aan deelnemingsschulden en het gemiddelde totale bedrag aan geldleningen.⁵⁰

Van een deelnemingsschuld is sprake voor zover de verkrijgingsprijs van de deelnemingen uitgaat boven het eigen vermogen, waarbij deze schuld is gemaximeerd tot het gezamenlijke bedrag van de geldleningen en tevens tot het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van die deelnemingen. Vervolgens komen op het berekende bedrag schulden in aftrek die worden geraakt door de renteaftrekbeperking van art. 10a of 10b Wet VpB 1969.⁵¹

⁴⁵ *Kamerstukken II 2011/12, 33287, 3, p.10.*

⁴⁶ *Kamerstukken II 2011/12, 33287, 3, p.11.*

⁴⁷ O.C.R. Marres, 'Ongewenste dumping van rentelasten', *NtFR 2012/2312*, paragraaf 4.

⁴⁸ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.5.1.

⁴⁹ Art. 13l, eerste lid, Wet VpB 1969.

⁵⁰ Art. 13l, tweede lid, Wet VpB 1969.

⁵¹ Art. 13l, derde lid, Wet VpB 1969.

Activa	NL BV	(x € 1 mio)	Passiva
Deelnemingen	500	Eigen vermogen	300
Overige activa	200	Geldlening (rente 10%)	400

Eenvoudige balans als uitgangssituatie, in miljoenen

Hierboven is een eenvoudige balans opgenomen waarmee de rekenregel mathematisch wordt toegelicht. In casu is de deelnemingsschuld gelijk aan 500 (de verkrijgingsprijs van de deelnemingen, in miljoenen) minus 300 (het eigen vermogen), derhalve 200. De bovenmatige deelnemingsrente is dan gelijk aan 40 (de rente over de geldlening) maal de verhouding tussen 200 (de deelnemingsschuld) en 400 (het bedrag van de geldlening), derhalve 20. Na toepassing van de drempel is de niet aftrekbare rente 19,25.

Met een geldlening wordt een schuld bedoeld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening (of vergelijkbare overeenkomst), waarbij zonder toepassing van aftrekweigeringsrente in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de winst.⁵² Onder deelneming wordt verstaan een bezit waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.⁵³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de verkrijgingsprijs in ieder geval de tegenprestatie omvat bij de verwerving of uitbreiding.⁵⁴

Indien de belastingplichtige actieve financieringsactiviteiten verricht binnen het concern, blijven bij het bepalen van de deelnemingsschuld buiten aanmerking geldleningen die in het kader van actieve financieringsactiviteiten binnen het concern worden aangehouden. Bij actieve financieringsactiviteiten gaat het om duurzame werkzaamheden in verband met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties via eigen bankrekeningen ten behoeve van de belastingplichtige en met hem verbonden lichamen.⁵⁵

Verder kent de wet een belangrijke uitzondering voor de uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep. Met de groep wordt de belastingplichtige tezamen met verbonden lichamen bedoeld. Bij het bepalen van de deelnemingsschuld blijft de verkrijgingsprijs buiten aanmerking voor zover het belang in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, is verworven of uitgebreid in verband met een uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep op dat moment of in een periode van 12 maanden ervoor of erna.⁵⁶ In de parlementaire geschiedenis worden voorbeelden van operationele activiteiten genoemd, zoals productie-,

⁵² Art. 13l, achtste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

⁵³ Art. 13l, achtste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2011/12, 33287, 3, p.24.*

⁵⁵ Art. 13l, negende lid, Wet VpB 1969.

⁵⁶ Art. 13l, vijfde lid, Wet VpB 1969.

distributie en verkoopactiviteiten. Verder blijkt dat ruimte wordt geboden aan de praktijk om tot een redelijke afbakening te komen tussen wat wel en niet operationeel is.⁵⁷

In afwijking van de uitzondering voor uitbreidingen van operationele activiteiten kan de belastingplichtige ervoor kiezen bij het bepalen van de deelnemingsschuld 90% van de verkrijgingsprijs van een deelneming buiten aanmerking te laten voor zover de deelneming is verworven of uitgebreid in een boekjaar dat is aangevangen voor of op 1 januari 2006.⁵⁸ Deze bepaling verkleint het bereik van de hoofdregel.

De bepaling van art. 13l Wet VpB 1969 kent naast de uitzondering voor uitbreidingen van operationele activiteiten ook weer een aantal uitzonderingen op deze uitzonderingen. Als gevolg hiervan blijft de toepassing van het vijfde lid (deels) achterwege. In het desbetreffende zesde lid worden drie situaties onderscheiden:

- a) dubbele renteaftrek binnen concernverband
- b) hybride financiering
- c) het motief voor de verwerving van de deelneming is renteaftrek in Nederland⁵⁹

Onderdeel a ziet op gevallen waarbij renten en kosten in verband met de financiering van de deelneming door zowel de belastingplichtige als een verbonden lichaam in aftrek zijn gebracht.⁶⁰ Een goed voorbeeld vormt een in Nederland gevestigde coöperatie die rentelasten ten laste van de Nederlandse winst brengt, welke door transparantie van de coöperatie voor buitenlandse doeleinden in het buitenland in aftrek worden gebracht. Deze bepaling kan ook spelen in zakelijke situaties door dispariteiten tussen belastingstelsels.⁶¹

Onderdeel b omvat situaties waarin een financieringsrente niet alleen bij de belastingplichtige, maar ook bij een verbonden lichaam wordt afgetrokken zonder dat de vergoeding bij de ontvanger daarvan (adequaat) wordt belast.⁶² Denk in dit kader bijvoorbeeld aan een Nederlandse BV die een bepaald bedrag leent van de bank en het geleende gebruikt voor het verstrekken van een deelnemerschapslening (zie art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969) aan haar buitenlandse dochtervennootschap ter financiering van uitbreidingsinvesteringen. In het buitenland wordt laatstgenoemde lening gezien als geldlening, waardoor de rentekosten in aftrek worden gebracht. De rentebaten vallen in Nederland daarentegen onder de deelnemingsvrijstelling. Per saldo worden de rentekosten

⁵⁷ *Kamerstukken II 2011/12, 33287, 3, p.30.*

⁵⁸ Art. 13l, tiende lid, Wet VpB 1969.

⁵⁹ Art. 13l, zesde lid, Wet VpB 1969.

⁶⁰ Art. 13l, zesde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

⁶¹ J.H.A.M. van Helvoirt & F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', *MBB 2012/12-1*, paragraaf 5.1.

⁶² Art. 13l, zesde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

twee keer in aftrek gebracht en worden de rentebaten slechts één keer belast.⁶³ Onderdeel b rekent daarom de kapitaalstorting in de dochtervennootschap (voor zover gefinancierd met de geldlening) tot de deelnemingsschuld.⁶⁴ Mijns inziens is dit onderdeel echter een dode letter geworden, aangezien de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing is als de rentekosten bij de dochtermaatschappij in aftrek is gebracht (zie art. 13, zeventiende lid, Wet VpB 1969).

Onderdeel c betreft situaties waarin een bepaalde investering niet zou plaatsvinden als de renteaftrek buiten beschouwing zou worden gelaten.⁶⁵ Uit de parlementaire behandeling blijkt dat deze zogenaamde oogmerktoets op een specifieke manier moet worden ingevuld. Er moet worden beoordeeld of naast de renteaftrek voldoende redenen overblijven om de deelneming te verwerven.⁶⁶

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal: *Hoe zien de huidige renteaftrekbeperkingen van art. 10a en art. 13l Wet VpB 1969 eruit?* De aanleiding voor het invoeren van art. 10a Wet VpB 1969 is het verschaffen van duidelijkheid omtrent de gewezen jurisprudentie in de periode daarvoor. Verder wilde de wetgever bepaalde wijzigingen doorvoeren om het opzetten van gekunstelde constructies te voorkomen. De bepaling tegen winddrainage bevat een drietal specifieke situaties waarin de rente in beginsel in aftrek wordt beperkt. Belastingplichtigen kunnen op twee manieren tegenbewijs leveren: de dubbele zakelijkheidstoets en compenserende heffingstoets.

De aanleiding voor de bepaling voor deelnemingsrente is gelegen in zowel het Bosal-arrest als de daarna ingevoerde 'thin cap-regeling', welke onvoldoende effectief bleek om het Bosal-gat te dichten. Deze bepaling omvat een rekenregel als hoofdregel, waardoor veelal niet wordt aangesloten bij de economische realiteit. Verder is een uitzondering opgenomen voor uitbreidingen van operationele activiteiten, maar op deze uitzonderingen is ook weer een aantal uitzonderingen opgenomen.

⁶³ E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017, paragraaf 5.5.4.2.

⁶⁴ Art. 13l, zesde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁶⁵ Art. 13l, zesde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969.

⁶⁶ *Kamerstukken I 2011/12, 33287, D, p.23.*

Hoofdstuk 3: De earningsstrippingmaatregel als onderdeel van de anti-ontgaansrichtlijn

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn de wetsbepalingen art. 10a en 13I Wet VpB besproken. In dit hoofdstuk staan de achtergrond en werking van de earningsstrippingmaatregel centraal. Allereerst worden de achtergrond en de globale doelstelling van de earningsstrippingmaatregel besproken in paragraaf 3.2.

In paragraaf 3.3 wordt de structuur van de earningsstrippingregeling besproken, waarbij voornamelijk de opties die lidstaten hebben bij de implementatie in hun nationale wetgeving aan de orde komen. In paragraaf 3.4 wordt vervolgens bekeken wat de voor- en nadelen zijn van een earningsstrippingbepaling. Tot slot wordt een antwoord wordt geformuleerd op de deelvraag van dit hoofdstuk: *Wat is de achtergrond van de earningsstrippingmaatregel, welke keuzemogelijkheden worden aan lidstaten geboden en wat zijn de voor- en nadelen van de maatregel?*

3.2 De achtergrond en doelstelling van de earningsstrippingmaatregel

De earningsstrippingmaatregel moet in de Nederlandse wetgeving wordt geïmplementeerd als onderdeel van de anti-ontgaansrichtlijn. De gedachte achter deze richtlijn is dat de bescherming tegen agressieve fiscale planning op de interne markt moet worden verhoogd, waarbij gecoördineerde maatregelen van belang worden geacht. Aangezien deze richtlijn in de belastingstelsels van alle lidstaten moet worden geïmplementeerd, moeten het algemene bepalingen worden en wordt de uitvoering overgelaten aan de lidstaten.⁶⁷

De earningsstrippingmaatregel is één van de zes concrete maatregelen uit de anti-ontgaansrichtlijn en volgt tevens uit de OESO-actieplannen. In deze richtlijn zijn minimumnormen vastgesteld, maar lidstaten kunnen binnen de grenzen van het EU-recht verdergaande maatregelen treffen ter voorkoming van misbruik.⁶⁸

De achtergrond voor de keuze van een earningsstrippingmaatregel in de anti-ontgaansrichtlijn is gelegen in het BEPS-actieplan. De OESO stelt een earningsstrippingmaatregel voor met als doel kunstmatige onderbrenging van rentelasten in hoogbelaste landen en rentebaten in laagbelaste landen tegen te gaan. Het uitgangspunt van de OESO is dat rente slechts aftrekbaar zou moeten zijn indien de financieringslasten gekoppeld kunnen worden aan economische activiteiten die belastbare winsten genereren. Om deze doelstelling te

⁶⁷ Zie hiervoor onderdeel 2 en 3 van de preambule van de Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁶⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

bewerkstelligen is gekozen voor de earningsstrippingmaatregel.⁶⁹ In lijn met Kavelaars⁷⁰ ben ik van mening dat het verwonderlijk is dat de OESO bij de formulering van deze doelstelling niets opmerkt over de fiscaal ongelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen, terwijl duidelijk is dat met de earningsstrippingmaatregel de facto dit onderscheid wordt beperkt.

De OESO geeft bij de implementatie van een earningsstrippingbepaling de voorkeur aan een maximering van de aftrek van door een belastingplichtige entiteit betaalde nettorente tot een bepaald percentage van de EBITDA (earnings before interest, taxes, depreciation and amortization).⁷¹ Depreciation heeft betrekking op de afschrijving op materiële vaste activa, terwijl amortization gaat over de afboeking op immateriële vaste activa.⁷² Inkomsten die fiscaal zijn vrijgesteld, maken geen onderdeel uit van de berekening van de stand-alone EBITDA. Vrijgesteld deelnemingsdividend of winst vallend onder de objectvrijstelling, telt dus niet mee bij de berekening van de EBITDA.⁷³ Ter voorkoming van obstakels inzake rentebetalingen aan niet-gelieerde partijen wordt aanbevolen ter aanvulling een groepsratio op te nemen.⁷⁴

Op Europees niveau is de earningsstrippingbepaling opgenomen in artikel 4 van de anti-ontgaansrichtlijn. In lijn met het voorstel van de OESO is gekozen voor een bedrag aan aftrekbare (netto)rentekosten van in beginsel 30% van de EBITDA.⁷⁵ Lidstaten die een hoger beschermingsniveau willen waarborgen, kunnen een lager percentage van de EBITDA hanteren. Het is de bedoeling minimumnormen te bepalen, waardoor aan lidstaten de mogelijkheid wordt geboden een alternatieve maatregel aan te nemen met de belastbare winst vóór rente en belastingen (EBIT), die zodanig kan worden vastgesteld dat hij gelijkwaardig is aan de EBITDA-ratio.⁷⁶ Verder mogen lidstaten naast de generieke EBITDA-bepaling specifieke renteaftrekbeperkingen blijven toepassen of nieuwe beperkingen invoeren.⁷⁷ Mijns inziens blijkt dit reeds uit het feit dat de anti-ontgaansrichtlijn een minimumstandaard is.

⁶⁹ Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report.

⁷⁰ P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1, paragraaf 3.2.

⁷¹ Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, punt 85.

⁷² J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19, paragraaf 2.2.

⁷³ H.T.P.M. van den Hurk & S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)', *WFR* 2016/233, paragraaf 2.1.

⁷⁴ Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, punt 115.

⁷⁵ Art. 4, eerste lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁷⁶ Zie hiervoor punt 6 uit de preambule van de Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁷⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

3.3 Structuur van de earningsstrippingbepaling in de anti-ontgaansrichtlijn

3.3.1 Hoofregel van de earningsstrippingbepaling

Zoals reeds genoemd, is de earningsstrippingregeling opgenomen in artikel 4 van de anti-ontgaansrichtlijn. De hoofregel houdt in dat het financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, tot maximaal 30% van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA) van de belastingplichtige.⁷⁸ De OESO beveelt een percentage aan tussen 10% en 30%.⁷⁹ Het financieringskostensurplus is gedefinieerd als het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten de belastbare rentebaten overschrijden.⁸⁰ Met andere woorden: er dient saldering plaats te vinden voor financieringskosten en -baten die een bestanddeel vormen van de belastbare grondslag.⁸¹ Voor zover tevens baten bestaan, kan immers geen grondslaguitholling plaatsvinden. De beperking tot rentelasten die in de belastinggrondslag zijn begrepen, zorgt ervoor dat de samenloop met eventuele specifieke renteaftrekbepalingen direct is geregeld.⁸²

Uit de anti-ontgaansrichtlijn volgt dat de EBITDA wordt berekend door de voor belasting gecorrigeerde bedragen van het financieringskostensurplus, afschrijvingen en amortisatie op te tellen bij de aan vennootschapsbelasting onderworpen inkomsten.⁸³ Lidstaten hebben de mogelijkheid de earningsstrippingbepaling toe te passen op het niveau van een fiscale groep, zoals gedefinieerd in het nationale belastingrecht van een lidstaat.⁸⁴

De richtlijn biedt aan lidstaten de mogelijkheid te opteren voor een uitzondering indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern en geen gelieerd lichaam noch vaste inrichting heeft.⁸⁵ In de preambule van de anti-ontgaansrichtlijn wordt genoemd dat grondslaguitholling in principe wordt gecreëerd door buitensporige rentebetalingen tussen gelieerde partijen.⁸⁶ Mijns inziens is het hierdoor

⁷⁸ Art. 4, eerste lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁷⁹ Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, punt 97.

⁸⁰ Art. 2, tweede lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

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

⁸² Redactie V-N, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', *V-N* 2016/37.3.

⁸³ Art. 4, tweede lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁸⁴ R. Snoeij & J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 3.

⁸⁵ Art. 4, derde lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁸⁶ Zie hiervoor punt 6 en 8 van de preambule van de Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

opvallend dat in de hoofdregel van de earningsstrippingbepaling geen expliciet onderscheid wordt gemaakt tussen gelieerde en niet-gelieerde partijen. De doelstelling van de earningsstrippingmaatregel is immers het tegengaan van BEPS, wat in principe voorkomt tussen gelieerde partijen.

3.3.2 *Drempel, overgangsregeling bestaande regelingen, financiële ondernemingen*

Een andere keuzemogelijkheid voor lidstaten is de optie een franchise op te nemen van maximaal €3.000.000.⁸⁷ Deze drempel geldt per belastingplichtige, waardoor een fiscale eenheid als geheel de drempel slechts éénmaal kan toepassen.⁸⁸ Een lagere drempel zorgt ervoor dat de reikwijdte van de earningsstrippingmaatregel in beginsel wordt vergroot.

Uit de richtlijn volgt de mogelijkheid voor lidstaten een specifieke overgangsregeling op te nemen voor leningen die vóór 17 juni 2016 zijn afgesloten én hierna niet meer zijn gewijzigd. Deze leningen zijn uitgesloten van het financieringskostensurplus bij toepassing van de EBITDA-regel.⁸⁹ In dit verband is niet geheel duidelijk welke wijzigingen leiden tot verlies van de onderhavige overgangsregeling.⁹⁰

Het zevende lid van de bepaling in de richtlijn biedt de optie om de EBITDA-regeling niet van toepassing te verklaren voor financiële ondernemingen.⁹¹ Volgens punt 9 van de preambule van de anti-ontgaansrichtlijn wordt algemeen aanvaard dat de beperkingen in aftrekbaarheid van rente ook moeten gelden voor financiële ondernemingen, maar tevens wordt erkend dat financiële ondernemingen bijzondere kenmerken hebben die een meer op hen toegesneden aanpak vereisen. In internationaal verband zijn nog geen beslissende conclusies getrokken op dit vlak, waardoor lidstaten de mogelijkheid moeten krijgen financiële ondernemingen uit te sluiten van de renteaftrekbeperkingsregels.⁹²

3.3.3 *Twee optionele escapes*

Het vijfde lid geeft lidstaten de mogelijkheid om de hoofdregel uit het eerste lid te combineren met één van de twee alternatieve regelingen, welke niet simultaan kunnen worden toegepast. Ergo: lidstaten kunnen slechts één van beide regelingen invoeren, maar kunnen ook noch het

⁸⁷ Art. 4, derde lid, onderdeel a, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁸⁸ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19, paragraaf 3.4.

⁸⁹ Art. 4, vierde lid, onderdeel a, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁹⁰ R. Snoeij & J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 4.

⁹¹ Art. 4, zevende lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁹² Zie hiervoor punt 9 van de preambule van de Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

eerste noch het tweede alternatief kiezen. Het eerste alternatief, de *equity escape rule*, biedt de mogelijkheid op volledige aftrek van het financieringskostensurplus indien de ratio van het eigen vermogen ten opzichte van het balanstotaal van de belastingplichtige niet meer dan twee procentpunten lager is dan de overeenkomstige ratio van de groep. Bij deze vergelijking geldt de voorwaarde dat de vennootschap dezelfde waarderingsgrondslagen hanteert als de groep.⁹³ De groep bestaat uit alle entiteiten die volledig zijn opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening.⁹⁴ Het uitgangspunt wordt gevormd door de commerciële gegevens. Dientengevolge moeten correcties worden gemaakt op de waarde van de totale bezittingen en het eigen vermogen.⁹⁵

Het tweede alternatief, ook wel de *group ratio rule* genoemd, is een groepsescape waarbij het financieringskostensurplus van de groep ten opzichte van derden wordt gedeeld door de EBITDA van de groep. De resulterende groepsratio wordt vervolgens vermenigvuldigd met de EBITDA van de belastingplichtige om het aftrekbare bedrag te kunnen berekenen.⁹⁶ De renteaftrek vindt plaats volgens de gunstigste ratio: ofwel 30% van de EBITDA van de belastingplichtige, ofwel deze groepsratio. Bij deze groepsescape wordt niet uitgegaan van de fiscale EBITDA, maar van de commerciële groeps-EBITDA.⁹⁷ In tegenstelling tot het eerste alternatief hoeft de tweede optie de facto niet te leiden tot volledige aftrek.⁹⁸

3.3.4 Voortwentelingsmogelijkheden

De anti-ontgaansrichtlijn biedt verder een drietal mogelijkheden voor lidstaten om carry-forward- en carry-back-maatregelen in te voeren, te weten:

- Een carry-forward van het niet-aftrekbare financieringskostensurplus voor een onbeperkte periode.
- Een carry-forward van het niet-aftrekbare financieringskostensurplus voor een onbeperkte periode in combinatie met een carry-back van drie jaar.
- Een carry-forward van het niet-aftrekbare financieringskostensurplus voor een onbeperkte periode in combinatie met een carry-forward van onbenutte

⁹³ Art. 4, vijfde lid, onderdeel a, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁹⁴ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19, paragraaf 3.5.

⁹⁵ R. Snoeij & J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 5.2.

⁹⁶ Art. 4, vijfde lid, onderdeel b, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁹⁷ H.T.P.M. van den Hurk & S.J.P. Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO- en EU-verband, een verstandige keus? (deel I)', *WFR* 2016/233, paragraaf 2.1.

⁹⁸ R. Snoeij & J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 5.1.

renteafrekkapaciteit voor een periode van vijf jaar.⁹⁹ Dit laatste ziet op jaren waarin het financieringskostensurplus minder dan 30% van de EBITDA bedraagt.¹⁰⁰

3.4 Voor- en nadelen van de earningsstrippingbepaling

In deze paragraaf worden de belangrijkste voor- en nadelen van een earningsstrippingbepaling geschetst. De reden om deze paragraaf op te nemen, is om een beter beeld te krijgen van of en in hoeverre met de earningsstrippingmaatregel hetzelfde kan worden bereikt als met de specifieke renteafrekbepalingen.

3.4.1 De belangrijkste voordelen van de earningsstrippingbepaling

Een belangrijk voordeel van de earningsstrippingbepaling is de relatieve eenvoud, omdat de meeste benodigde informatie eenvoudig uit de jaarrekening volgt.¹⁰¹ Om te bepalen of rente in beginsel niet aftrekbaar is, hoeft bijvoorbeeld niet te worden gekeken of sprake is van verbondenheid (zoals bij art. 10a Wet VpB 1969).¹⁰² Naar mijn mening wordt deze eenvoud beperkt wanneer naast de earningsstrippingbepaling veel van de bestaande specifieke renteafrekbepalingen worden behouden. Verder wordt renteafrekk niet definitief beperkt, mits lidstaten ervoor kiezen voortwenteling van het niet-aftrekbare financieringskostensurplus toe te staan. Bij een 'thin cap-regeling' worden rentekosten wél definitief in aftrekk beperkt.¹⁰³

Daarnaast heeft de earningsstrippingbepaling de effectieve werking tegen het Bosal-gat als voordeel, gezien het feit dat rentekosten slechts aftrekbaar zijn indien voldoende winst wordt gemaakt in Nederland. Deelnemingsresultaten leiden niet tot een hoger aftrekkplafond, omdat deze resultaten niet worden meegenomen bij de berekening van de EBITDA.¹⁰⁴

3.4.2 De belangrijkste nadelen van de earningsstrippingbepaling

Een belangrijk nadeel van de earningsstrippingbepaling is de overkill, omdat het bijvoorbeeld ook normale bankleningen kan treffen waar geen sprake is van misbruik. Hierdoor ontstaan situaties waarin de aftrekk van rente wordt beperkt, terwijl deze kosten normaliter wel aftrekbaar zouden moeten zijn.¹⁰⁵

⁹⁹ Art. 4, zesde lid, Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

¹⁰⁰ P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1.

¹⁰¹ F.J. Elsweier & J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 5.1.

¹⁰² J. van Strien & M.G.H. Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NtFR* 2011/614, paragraaf 3.1.

¹⁰³ J. van Strien & M.G.H. Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NtFR* 2011/614, paragraaf 3.1.

¹⁰⁴ F.J. Elsweier & J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 5.1.

¹⁰⁵ F.J. Elsweier & J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 4.2.1 & 4.2.2.

Een ander nadeel is het procyclische effect, omdat ondernemingen relatief meer belasting zijn verschuldigd gedurende een laagconjunctuur. Ondanks dat de rente niet definitief verloren gaat indien gebruik wordt gemaakt van een voortwentelingsmogelijkheid, ontstaat voor ondernemingen een significant liquiditeitsnadeel. Verder is de renteaftrek lastig voorspelbaar, omdat de belastbare winst fluctueert.¹⁰⁶ Ondernemingen weten bij de earningsstrippingmaatregel pas aan het einde van een boekjaar of en in hoeverre rentekosten daadwerkelijk aftrekbaar zijn.¹⁰⁷ Hierin verschilt de earningsstrippingbepaling van voornamelijk art. 10a Wet VpB 1969.

De beperking van aftrek van externe rentekosten is tevens een nadeel van de earningsstrippingbepaling. Een dergelijke beperking heeft een negatief effect op het vestigingsklimaat van de desbetreffende lidstaat. Het risico dat operationele activiteiten door onderhavige maatregel worden geschaad, is onwenselijk volgens Elswelier en Van Strien.¹⁰⁸ Derhalve is het mijns inziens, binnen de kaders van de anti-ontgaansrichtlijn, wenselijk dat lidstaten een groepsescape opnemen bij implementatie van de earningsstrippingbepaling.

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de systematiek van de earningsstrippingmaatregel centraal, waarbij de verschillende keuzes voor lidstaten zijn toegelicht. De volgende deelvraag vormde het uitgangspunt: *Wat is de achtergrond van de earningsstrippingmaatregel, welke keuzemogelijkheden worden aan lidstaten geboden en wat zijn de voor- en nadelen van de maatregel?*

De earningsstrippingbepaling vindt haar oorsprong in het BEPS-actieplan van de OESO, waarbij het voorkomen van kunstmatige constructies de belangrijkste doelstelling is. Op Europees niveau is ervoor gekozen de earningsstrippingmaatregel op te nemen in de anti-ontgaansrichtlijn, waardoor iedere lidstaat de maatregel moet implementeren in haar nationale wetgeving.

In de kern stelt de hoofdregel dat een bedrag van maximaal 30% van de EBITDA aftrekbaar is. Hierbij hebben lidstaten de mogelijkheid een drempel op te nemen. Daarnaast kunnen de lidstaten één van de twee alternatieve regelingen invoeren: de *equity escape rule* of de *group ratio rule*. Verder kunnen lidstaten besluiten niet-aftrekbare rente in een ander jaar te mogen gebruiken middels carry-forward (en carry-back).

¹⁰⁶ J. van Strien & M.G.H. Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NtFR* 2011/614, paragraaf 3.2.

¹⁰⁷ F.J. Elswelier & J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 5.1.

¹⁰⁸ F.J. Elswelier & J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 5.2.

Enkele belangrijke voordelen van een earningsstrippingbepaling zijn de eenvoud en effectiviteit in het dichten van het Bosal-gat. Daarnaast wordt rente niet definitief in aftrek beperkt wanneer lidstaten opteren voor een voortwentelingsmogelijkheid. Enkele nadelen zijn de procyclische werking en de onzekerheid. Het doel alleen misbruiksituaties te treffen, is lastig te bereiken en derhalve is het van belang dat lidstaten een groepsescape opnemen bij de implementatie.

Hoofdstuk 4: De earningsstrippingmaatregel als vervanging van de huidige renteaftrekbepalingen?

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de systematiek van de huidige renteaftrekbepalingen tegen winstdrainage en voor deelnemingsrente besproken, waarna de mogelijkheden voor lidstaten binnen de earningsstrippingmaatregel aan de orde zijn gekomen. In dit hoofdstuk wordt de facto de link gelegd tussen de twee voorgaande, getuige de volgende deelvraag: *Kan de earningsstrippingbepaling zodanig worden geïmplementeerd dat de bepaling van art. 10a en/of 13l Wet VpB overbodig wordt en hoe verhoudt deze implementatie zich tot de vermoedelijke keuzes van het Nederlandse kabinet?*

Teneinde deze deelvraag te kunnen beantwoorden, wordt allereerst in paragraaf 4.2 de bepaling tegen winstdrainage beoordeeld ten opzichte van de earningsstrippingmaatregel aan de hand van een viertal criteria: uitvoerbaarheid, doelstelling/reikwijdte, effectiviteit en aansluiting bij de werkelijkheid. De keuze voor deze criteria is reeds toegelicht in het eerste hoofdstuk. In paragraaf 4.3 wordt aan de hand van dezelfde criteria de bepaling voor deelnemingsrente beoordeeld ten opzichte van de in te voeren regeling. Beide paragrafen worden afgesloten met een korte conclusie omtrent de noodzaak onderhavige bestaande wetsartikelen te behouden. Vervolgens wordt in paragraaf 4.4 stilgestaan bij de keuzes die Nederland zou moeten maken bij de implementatie, gegeven de uitkomsten van voorgaande paragrafen. Daarna wordt in paragraaf 4.5 een vergelijking gemaakt van deze keuzes met de vermoedelijke daadwerkelijke keuzes van het Nederlandse kabinet bij de implementatie per 1 januari 2019. Tot slot wordt in paragraaf 4.6 een antwoord geformuleerd op de deelvraag.

4.2 De earningsstrippingmaatregel versus art. 10a Wet VpB 1969

4.2.1 Uitvoerbaarheid

Voor wat betreft de uitvoerbaarheid scoort de huidige bepaling tegen winstdrainage mijns inziens een nipte voldoende. De wetgever geeft in art. 10a, eerste lid, Wet VpB 1969 duidelijk aan wat de bedoelde besmette rechtshandelingen zijn, maar de zinsnede 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' draagt naar mijn mening niet bij aan de helderheid van de regeling. Vervolgens wordt in het vierde lid wel duidelijk gedefinieerd wat wordt bedoeld met een verbonden lichaam.

Bij de toepassing van de tegenbewijsregelingen in art. 10a, derde lid, Wet VpB 1969 ligt de bewijslast (voornamelijk) bij de belastingplichtige. Indien sprake is van een besmette rechtshandeling, moet de belastingplichtige aannemelijk maken dat aan de schuld en de

daarmee verband houdende rechtshandeling zakelijke overwegingen ten grondslag liggen¹⁰⁹. De in het tweede hoofdstuk besproken wetsaanpassing per 1 januari 2018 heeft ervoor gezorgd dat niet meer automatisch wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling als de facto wordt geleend van een derde partij en tevens voldoende paralleliteit bestaat tussen beide leningen. Hierdoor is de tegenbewijsregeling iets gecompliceerder geworden. Toch is mijns inziens voor beide tegenbewijsmogelijkheden voldoende helder geformuleerd hoe belastingplichtigen tegenbewijs kunnen leveren. Het bestaan van tegenbewijsregelingen maakt de regeling complexer en minder makkelijk uitvoerbaar, maar wél realistischer. Ergo: hierdoor ontstaat een afweging tussen uitvoerbaarheid en aansluiting bij de werkelijkheid.

Volgens de OESO is een belangrijk voordeel van een specifieke renteaftrekbeperking dat het bepaalde specifieke problemen kan aanpakken. De keerzijde is echter dat dergelijke beperkingen een actieve toepassing vergen en voor hogere administratieve kosten zorgen.¹¹⁰ De hoop bestaat dat de earningsstrippingregeling een vereenvoudiging gaat bewerkstellen op het gebied van de renteaftrekbeperkingen. Volgens Ruijschop valt dit nog te bezien, afhankelijk van de keuzes die Nederland maakt bij de implementatie.¹¹¹ Naar mijn mening kan de earningsstrippingbepaling makkelijker uitvoerbaar worden dan de bepaling tegen winstdrainage, maar is dit afhankelijk van bijvoorbeeld de keuze een overgangsregeling te bieden voor 'oude' leningen en het wel of niet opnemen van een groepsescape en/of voortwentelingsmogelijkheid.

4.2.2 Doelstelling en reikwijdte

Zoals reeds besproken in het tweede hoofdstuk, is de voornaamste doelstelling van de bepaling tegen winstdrainage het voorkomen dat in specifieke gevallen op een gekunstelde manier renteaftrek wordt gecreëerd. Indien geen sprake is van een onzakelijke omleiding, heeft een belastingplichtige volgens de Hoge Raad volledige keuzevrijheid een transactie te financieren middels eigen dan wel vreemd vermogen (ook indien deze keuze berust op fiscale motieven).¹¹² Indien wel sprake is van een omweg én deze omweg tevens leidt tot een belastingbesparing, dan moet de belastingplichtige op basis van het derde lid aannemelijk maken dat zakelijke overwegingen zwaarder wegen dan het fiscale motief.¹¹³ De mogelijkheid om tegenbewijs te leveren zorgt ervoor dat renteaftrek niet wordt geweigerd in situaties waarin

¹⁰⁹ Art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

¹¹⁰ Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, punt 168.

¹¹¹ H. Lohuis, J.J.M. Reijnen, G.J. van Eijk & M.H.C. Ruijschop, 'Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1)', *NtFR* 2017/1902.

¹¹² R.P.C.W.M. Brandsma & J.I. van Leeuwen, 'Eén dodo maakt van 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak', *WFR* 2016/118, paragraaf 4.2.

¹¹³ R.P.C.W.M. Brandsma & J.I. van Leeuwen, 'Eén dodo maakt van 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak', *WFR* 2016/118, paragraaf 5.

dit onwenselijk is. Met andere woorden: de reikwijdte van onderhavige maatregel is beperkt tot misbruiksituaties.

Qua doelstelling verschilt de earningsstrippingbepaling mijns inziens niet van de bepaling tegen winstdrainage, omdat ook hierbij het voorkomen van kunstmatige constructies centraal staat. De reikwijdte van de earningsstrippingmaatregel is echter ruimer, omdat de maatregel niet beperkt is tot rente verschuldigd aan gelieerde partijen. Door de generieke werking van de earningsstrippingbepaling worden in beginsel veel ondernemingen geraakt, wat ten dele wordt gecompenseerd door de drempel die lidstaten kunnen invoeren. In lijn met Bouwman¹¹⁴ ben ik van mening dat lidstaten de mogelijkheid moeten krijgen een tegenbewijsregeling in te voeren omtrent de zakelijkheid van een transactie, omdat zodoende de reikwijdte beperkt kan worden tot situaties waarin geen recht bestaat op renteaftrek. De anti-ontgaansrichtlijn biedt deze mogelijkheid helaas niet.

4.2.3 Effectiviteit

De bepaling tegen winstdrainage is een doeltreffend middel om renteaftrek te beperken in misbruiksituaties, waarmee wordt voldaan aan de doelstelling van de bepaling. Het zorgt ervoor dat de rente in een aantal specifieke situaties in aftrek wordt beperkt. Zonder deze renteaftrekbeperking worden vermoedelijk constructies opgezet waarbij rentebaten worden ondergebracht bij gelieerde partijen waar effectief niet of nauwelijks wordt geheven, terwijl de rentekosten in Nederland in aftrek worden gebracht. Dergelijke constructies kunnen niet meer succesvol worden opgezet sinds de invoering van art. 10a Wet VpB 1969.

In tegenstelling tot de bepaling tegen winstdrainage is de earningsstrippingmaatregel niet gericht op specifieke misbruiksituaties die middels een beperking van renteaftrek worden bestreden. Hierdoor kunnen multinationals zelf berekenen in hoeverre grondslaguitholling kan plaatsvinden middels renteaftrek.¹¹⁵ Vanwege de franchise zorgt de earningsstrippingmaatregel niet voor het beperken van renteaftrek voor het midden- en kleinbedrijf.¹¹⁶ Hierdoor worden alleen de grote ondernemingen mogelijk geraakt. Om conjunctuurinvloeden zoveel mogelijk tegen te gaan, moeten lidstaten mijns inziens een voortwentelingsmogelijkheid opnemen voor het niet-aftrekbare financieringskostensurplus. Zeker wanneer lidstaten besluiten geen escape in te voeren, ontstaat het risico van overkill. De reden hiervoor is dat ook belastingplichtigen die geen intentie hebben de

¹¹⁴ J.N. Bouwman, 'De vennootschapsbelasting: tien jaren terug- en vooruitkijken', *NTRF Beschouwingen* 2017 1/3, paragraaf 3.

¹¹⁵ J. Vleggeert, 'Over rente en royalty's': de BEPS-acties 4 en 5, *WFR* 2016/49, paragraaf 2.2.

¹¹⁶ J. Vleggeert, 'Over rente en royalty's': de BEPS-acties 4 en 5, *WFR* 2016/49, paragraaf 2.3.

belastinggrondslag uit te hollen, hun rentekosten mogelijk niet (volledig) kunnen aftrekken. Hierdoor wordt de beoogde doelstelling van de maatregel niet gehaald.

De OESO beveelt aan naast de earningsstrippingmaatregel aanvullende specifieke renteaftrekbeperkingen te hanteren ter voorkoming van bepaalde risico's.¹¹⁷ In de opsomming van deze risico's wordt expliciet de situatie van art. 10a Wet VpB 1969 genoemd, waardoor de OESO de facto stelt dat een combinatie van een generieke en één of meerdere specifieke aftrekbeperkingen een effectieve oplossing kan zijn. Wat mij betreft zou een combinatie van de earningsstrippingbepaling met art. 10a Wet VpB 1969 een goed alternatief zijn. Met betrekking tot de effectiviteit van deze combinatie is echter het van belang in kaart te brengen in hoeverre de drie besmette rechtshandelingen van de bepaling tegen winstdrainage middels de earningsstrippingmaatregel reeds in aftrek worden beperkt.

4.2.4 Aansluiting bij werkelijkheid

De bepaling van art. 10a Wet VpB 1969 scoort goed wat betreft de aansluiting bij de werkelijkheid, met name door de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren voor belastingplichtigen. Als sprake is van een volstrekt zakelijke transactie, kan worden aangetoond dat sprake is van zakelijke overwegingen op grond van het derde lid, onderdeel a. Hierdoor wordt nauw aangesloten bij de feitelijke situatie.

Mijns inziens is deze aansluiting bij de werkelijkheid niet goed zichtbaar bij de earningsstrippingbepaling, omdat renteaftrek mogelijk wordt beperkt in situaties waarin dit ongewenst is. Binnen de earningsstrippingbepaling is geen tegenbewijsmogelijkheid opgenomen, maar belastingplichtigen kunnen zich wel beroepen op een escape (mits ingevoerd). Aan deze escapes zit een aantal kanttekeningen, zoals de alles-of-nietsbenadering binnen de equity escape.¹¹⁸ Dientengevolge kan dubbele heffing ontstaan bij zakelijke transacties, doordat de rente in aftrek wordt beperkt en geen correctie plaatsvindt bij de rentebaten. De beste aansluiting met de werkelijkheid kan mijns inziens gevonden worden met een tegenbewijsmogelijkheid waarbij zakelijke overwegingen aannemelijk kunnen worden gemaakt. Zoals eerder genoemd biedt de anti-ontgaansrichtlijn deze mogelijkheid niet.

4.2.5 Toekomst van art. 10a Wet VpB 1969

Uit de vorige subparagrafen volgt dat de earningsstrippingbepaling en de bepaling tegen winstdrainage nagenoeg dezelfde doelstelling hebben. De uitvoerbaarheid en effectiviteit van de earningsstrippingbepaling zijn sterk afhankelijk van de gemaakte keuzes door lidstaten. De vraag is nu in hoeverre we art. 10a Wet VpB 1969 nog nodig hebben in onze nationale

¹¹⁷ Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, punt 173.

¹¹⁸ J. Vleggeert, 'Over rente en royalty's': de BEPS-acties 4 en 5, *WFR* 2016/49, paragraaf 2.2.

wetgeving. Ondanks hun overeenkomende doelstelling is de bepaling tegen winstdrainage specifiek gefocust op bepaalde constructies. Wanneer deze bepaling wordt geschrapt, kan de situatie ontstaan waarin renteaftrek wordt toegestaan die anders geweigerd zou worden door toepassing van art. 10a Wet VpB 1969.

Volgens Stevens kan de bepaling tegen winstdrainage worden geschrapt, omdat de in te voeren earningsstrippingmaatregel tezamen met de *fraus legis* jurisprudentie van de Hoge Raad voldoende waarborgen bieden tegen grondslaguitholling. In dit kader is van belang dat ook rente verschuldigd aan niet-gelieerde partijen onder de reikwijdte van de earningsstrippingbepaling valt.¹¹⁹ De afgelopen decennia is veel jurisprudentie geweest rondom misbruik van recht inzake winstdrainage. Deze *fraus legis* jurisprudentie kan samen met de earningsstrippingmaatregel en de algemene antimisbruikbepaling uit de anti-ontgaansrichtlijn mogelijk dienen als vervanging van art. 10a Wet VpB 1969. Het is de vraag of Nederland laatstgenoemde bepaling moet invoeren, omdat het leerstuk van *fraus legis* reeds wordt gezien als algemene antimisbruikbepaling die het beoogde doel van de anti-ontgaansrichtlijn bereikt.¹²⁰ Wat mij betreft is het inderdaad niet nodig tevens een algemene antimisbruikbepaling in te voeren en voldoet het leerstuk van *fraus legis*.

Bij de afweging of de bepaling ter voorkoming van winstdrainage geschrapt kan worden, moet enerzijds worden meegenomen dat het schrappen zorgt voor de verdwijning van een duidelijke, gestructureerde en voornamelijk doeltreffende renteaftrekbeperking. Anderzijds kan de wirwar omtrent renteaftrekbeperkingen (deels) worden opgelost, afhankelijk van het aantal specifieke renteaftrekbeperkingen dat wordt geschrapt. Het is naar mijn mening van belang te onderzoeken in hoeverre de situaties bedoeld in art. 10a Wet VpB 1969 vallen onder de reikwijdte van de earningsstrippingmaatregel en de ontwikkelde *fraus legis* jurisprudentie. Het is naar mijn mening alleen mogelijk de bepaling ter voorkoming van winstdrainage te schrappen indien veel situaties vallen onder het bereik van de earningsstrippingmaatregel en dat in alle overige situaties in ieder geval renteaftrek wordt beperkt door de *fraus legis* jurisprudentie. Het is wat mij betreft in het kader van onder anderen de complexiteit en rechtszekerheid namelijk onwenselijk dat te snel een beroep moet worden gedaan op het leerstuk van *fraus legis*.

Om een eventuele afschaffing van art. 10a Wet VpB mogelijk te maken, moet wat mij betreft worden gekozen voor een relatief strenge variant van de earningsstrippingmaatregel, omdat deze maatregel anders te eenvoudig kan worden ontlopen en te snel een beroep moet worden gedaan op *fraus legis*. Voorts is van belang belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden

¹¹⁹ S.A. Stevens, 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2017/150.4, paragraaf 6.

¹²⁰ Consultatiedocument implementatie ATAD 1, pagina 18.

tegenbewijs te leveren. Binnen de gegeven kaders van de anti-ontgaansrichtlijn is dit slechts mogelijk middels het opnemen van een groepsescape. Met dit als uitgangspunt wordt in paragraaf 4.4 bekeken welke keuzes Nederland zou moeten maken bij de implementatie.

4.3 De earningsstrippingmaatregel versus art. 13I Wet VpB 1969

4.3.1 Uitvoerbaarheid

Volgens De Groot is de bepaling voor deelnemingsrente een regelrechte miskoop. Het begon met een eenvoudige, praktische rekenregel. De wetgever hechtte echter ook waarde aan het ondernemings- en vestigingsklimaat, waardoor de uitzonderingen van het vijfde lid zijn ingevoerd. Het onderscheid tussen operationele en niet-operationele activiteiten is niet hetzelfde als het bestaande verschil tussen beleggen en ondernemen, maar wordt verder niet toegelicht.¹²¹ Vervolgens wordt in het zesde lid een drietal uitzonderingen genoemd op het vijfde lid. Ergo: hier ontstaat een situatie van uitzondering op uitzondering. Naar mijn mening zorgt de franchise van €750.000 enerzijds voor dat mogelijk bepaalde misbruiksituaties niet worden getroffen door de renteaftrekbeperking, maar anderzijds bevordert het de uitvoerbaarheid van de regeling.

Mijns inziens is de berekening van de bovenmatige deelnemingsrente helder geformuleerd, in tegenstelling tot met name het vijfde en zesde lid. Wanneer is sprake van de uitbreiding van operationele activiteiten en hoe kun je vaststellen dat een transactie alleen heeft plaatsgevonden omwille van renteaftrek? Deze punten worden niet duidelijk uitgewerkt in noch de onderhavige wetsbepaling noch de parlementaire geschiedenis. Door deze onduidelijkheid zijn de uitzonderingen lastig uitvoerbaar.

In vergelijking met art. 13I Wet VpB 1969 kan de earningsstrippingbepaling beter uitvoerbaar worden. Zoals reeds genoemd in paragraaf 4.3.1 is dit sterk afhankelijk van de invulling door lidstaten. Daarnaast moet bijvoorbeeld duidelijk worden aangegeven hoe breed bepaalde begrippen, zoals 'financieringskosten' moeten worden gezien. De optionele escapes zijn mijns inziens duidelijker en beter uitvoerbaar dan de uitzonderingen uit art. 13I Wet VpB 1969, omdat hierbij een objectieve maatstaf wordt gehanteerd in plaats van de motieftoets uit de bepaling voor deelnemingsrente. Qua uitvoerbaarheid scoort de earningsstrippingmaatregel derhalve beduidend beter dan art. 13I Wet VpB 1969.

4.3.2 Doelstelling en reikwijdte

Zoals besproken in het tweede hoofdstuk is de doelstelling van de bepaling voor deelnemingsrente het weigeren van renteaftrek wanneer sprake is van bovenmatig financiering van deelnemingen middels geldleningen. Daarnaast moest het een bijdrage

¹²¹ I. de Groot, 'Art. 13I Wet VpB 1969: een regelrechte miskoop', *WFR* 2016/207.

leveren aan het begrotingstekort. Op deze manier moest het eerder uitgewerkte Bosal-gat effectief worden gedicht, omdat de ‘thin cap-regeling’ (die bestond tot de invoering van art. 13I Wet VpB 1969) dit gat onvoldoende dichtte. Het uitgangspunt blijft echter dat rentekosten aftrekbaar moeten zijn, waardoor het verschil in behandeling tussen eigen en vreemd vermogen blijft bestaan. Door de toepassing van een franchise van €750.000 blijft een grote groep belastingplichtigen buiten schot. Volgens Strik is het terecht dat het MKB niet het slachtoffer is geworden van de beteugeling van de mogelijkheden die door het Bosal-arrest zijn ontstaan.¹²²

De earningsstrippingmaatregel heeft als uitgangspunt dat rentekosten slechts aftrekbaar mogen zijn indien tegenover financieringslasten voldoende belastbare winst staat om zodoende grondslaguitholling tegen te gaan. Een goed voorbeeld van deze grondslaguitholling is het excessief extern financieren van deelnemingen. Deze financieringskosten zijn aftrekbaar bij de aandeelhouder, terwijl voordelen uit hoofde van die deelneming zijn vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling. Het voorkomen van het risico dat excessieve financiering met externe leningen ontstaat, is exact wat de huidige wetsbepaling voor deelnemingsrente voorkomt. Excessieve financiering met vreemd vermogen door het concern als geheel wordt bij de earningsstrippingmaatregel echter niet voorkomen.¹²³ Door het opnemen van een drempel bij de earningsstrippingbepaling kan net als bij de bepaling van art. 13I Wet VpB 1969 het MKB buiten schot blijven.

4.3.3 Effectiviteit

In tegenstelling tot de afgeschafte ‘thin cap-regeling’ zou de maatregel van art. 13I Wet VpB 1969 het Bosal-gat effectief moeten dichten. Mijns inziens is deze doelstelling niet behaald, omdat niet alle deelnemingsrente in aftrek wordt beperkt door de drempel en verschillende uitzonderingen. Het is wenselijk een uitzondering voor de uitbreiding van operationele activiteiten te hanteren. Hierdoor worden situaties waarin geen misbruik plaatsvindt, ontzien van de renteaftrekbeperking. Deze uitzondering draagt wat mij betreft zeker bij aan de effectiviteit, in tegenstelling tot de franchise van €750.000.

Buitenlandse multinationals die een externe overname willen doen middels een Nederlandse dochter die hiertoe vreemd vermogen aantrekt, worden sneller geraakt door de bepaling voor deelnemingsrente dan Nederlandse multinationals die hetzelfde beogen. Met name het motiefvereiste van het zesde lid, onderdeel c blijkt volgens de parlementaire geschiedenis lastiger aantoonbaar voor een buitenlandse multinational. Hierdoor kunnen Nederlandse

¹²² S. Strik, ‘Gelukkig, de renteaftrekproblemen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld ...’, *WFR* 2011/1178.

¹²³ S.A. Stevens, ‘De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting’, *TFO* 2017/150.4, paragraaf 6.

multinationals makkelijker de renteaftrekbepanking ontlopen.¹²⁴ Hieruit blijkt ook weer dat de bepaling van art. 13I Wet VpB 1969 niet altijd effectief werkt.

In tegenstelling tot de huidige bepaling voor deelnemingsrente lijkt de earningsstrippingmaatregel effectief het Bosal-gat te kunnen dichten. Deelnemingsresultaten die onder de deelnemingsvrijstelling vallen, komen bij het bepalen van de EBITDA immers niet terug. Hierdoor zijn rentekosten de facto slechts aftrekbaar voor zover hiertegenover voldoende winst wordt gemaakt.¹²⁵ Hierdoor kan de earningsstrippingbepaling hetzelfde doel bereiken, maar kan dit doel op een effectievere wijze worden verwezenlijkt.

4.3.4 Aansluiting bij werkelijkheid

Bij de vormgeving van art. 13I Wet VpB 1969 heeft de wetgever gekozen voor een mathematische methode, omdat het niet eenvoudig is een verband vast te stellen tussen geldleningen en actiefposten.¹²⁶ Een dergelijk verband komt echter wel terug in het derde lid, tweede volzin van het onderhavige wetsartikel om samenloop met art. 10a en art. 10b Wet VpB te voorkomen. Door het toepassen van een mathematische methode wordt niet aangesloten bij de werkelijkheid. Dit wordt deels gecompenseerd door uitbreidingen van operationele activiteiten op grond van het vijfde lid buiten schot te laten.

Volgens Marres is het onlogisch dat financieringskosten in verband met deelnemingen niet aftrekbaar zijn, ook al zijn voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld. De doelstelling van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van economische dubbele heffing, terwijl een aftrekbepanking de facto leidt tot dubbele heffing. Wanneer de moedermaatschappij rentekosten ongelimiteerd kan aftrekken, leidt dit (mogelijk) tot grondslaguitholling.¹²⁷ Mijns inziens is deze zienswijze correct. Financieringskosten moeten namelijk in beginsel aftrekbaar zijn om dubbele heffing te voorkomen en aftrek mag alleen worden verhinderd in gevallen waarin duidelijk misbruik plaatsvindt.

Net als de bepaling voor deelnemingsrente heeft de earningsstrippingmaatregel een rekenregel als uitgangspunt. Bij de earningsstrippingbepaling is, zoals eerder genoemd, geen echte tegenbewijsmogelijkheid voor zakelijke overwegingen opgenomen. De beide optionele groepsescapes sluiten niet erg goed aan bij de werkelijkheid, omdat wederom een rekensom moet worden gemaakt. Het opnemen van een voortwentelingsmogelijkheid voor het niet-aftrekbare financieringskostensurplus zorgt daarentegen voor een betere aansluiting bij de

¹²⁴ S.E. Faber & R.P. van Geilswijk, 'De beperking van de aftrekbaarheid van bovenmatige deelnemingsrente', *TFO* 2013/128.1.

¹²⁵ F.J. Elsweier & J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182, paragraaf 5.1.

¹²⁶ J.H.A.M. van Helvoirt & F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', *MBB* 2012/12-1, paragraaf 2.

¹²⁷ O.C.R. Marres, 'Het gat gedicht', *NTFR* 2012/1682.

werkelijkheid, omdat het procyclische effect van de earningsstrippingmaatregel (deels) wordt weggenomen. Op het punt van de aansluiting met de werkelijkheid scoren beide bepalingen derhalve matig.

4.3.5 Toekomst van art. 13l Wet VpB 1969

Uit de voorgaande subparagrafen blijkt dat de bepaling voor deelnemingsrente lastig uitvoerbaar is en niet effectief het Bosal-gat lijkt te dichten. De vraag is in hoeverre vanaf de invoering van de earningsstrippingregeling nog een separate specifieke regeling als art. 13l Wet VpB 1969 nodig is. Vleggeert stelt voor de bepaling voor deelnemingsrente te behouden, maar de reikwijdte te beperken tot leningen verschuldigd aan gelieerde partijen. Hierdoor zouden de leden 5,6 en 10 kunnen vervallen.¹²⁸

Mijns inziens bestaan er geen redenen om de bepaling voor deelnemingsrente niet volledig te schrappen. Het behouden van de ingewikkelde regeling naast de earningsstrippingbepaling komt de eenvoud niet ten goede. De earningsstrippingmaatregel werkt daarnaast veel effectiever in het kader van het dichten van het Bosal-gat. Vrijgestelde deelnemingsresultaten hebben immers geen invloed op de hoogte van de aftrekbare rente bij de earningsstrippingmaatregel, waardoor excessieve financiering van deelnemingen niet loont. Hierdoor is het hebben van een specifieke bepaling voor deelnemingsrente naar mijn mening niet langer functioneel wanneer de earningsstrippingbepaling is ingevoerd.

Het (mogelijk) schrappen van art. 13l Wet VpB 1969 bij invoering van de earningsstrippingbepaling is een belangrijke stap in het organiseren van de wirwar van renteaftrekbeperkingen in een periode waarin op internationaal gebied grondslaguitholling hoog op de politieke agenda staat. Het is naar mijn mening van belang dat bij het inrichten van de earningsstrippingmaatregel alleen misbruiksituaties worden getroffen, waardoor het enkel implementeren van de hoofdregel onvoldoende is. Aanvullende tegemoetkomende bepalingen zijn derhalve gewenst.

4.4 De aanbevolen keuzes bij implementatie earningsstrippingmaatregel

Na invoering van de earningsstrippingbepaling heeft het huidige art. 13l Wet VpB 1969 mijns inziens geen functie meer, waardoor deze bepaling geschrapt kan worden. Dit geldt mogelijk ook voor art. 10a Wet VpB 1969, afhankelijk van de vraag in hoeverre de specifieke besmette rechtshandelingen tevens kunnen worden getroffen door de earningsstrippingbepaling, ondersteund door het leerstuk van *fraus legis*. De volgende vraag is welke keuzes Nederland zou moeten maken bij implementatie van de earningsstrippingmaatregel. Deze keuzes worden toegelicht aan de hand van de vier onderdelen die in paragraaf 3.3 zijn gebruikt.

¹²⁸ J. Vleggeert, 'Over rente en royalty's': de BEPS-acties 4 en 5, *WFR* 2016/49, paragraaf 2.3.

4.4.1 Hoofdregel van de earningsstrippingbepaling

De hoofdregel stelt dat het financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, tot in beginsel 30% van de EBITDA. In dit kader beveelt de OESO, zoals eerder genoemd, een percentage aan tussen 10% en 30%. Binnen de anti-ontgaansrichtlijn heeft iedere lidstaat de vrijheid een lager percentage te kiezen.

De OESO heeft onderzoek gedaan naar welk percentage van de multinationals bij verschillende hoogtes van de vaste ratio met een beperking in renteaftrek te maken zou krijgen. Bij een ratio van 30% kan 72% van de multinationals een veelvoud van de aan derden betaalde rente aftrekken zonder te worden getroffen door de renteaftrekbepaling. Bij een ratio van 10% is een kwart van de ondernemingen niet meer in staat middels interne leningen meer rente af te trekken dan zij aan derden betaald heeft.¹²⁹ Een lagere ratio vergroot de effectiviteit bij het voorkomen van excessieve renteaftrek, maar leidt tot een toename van het aantal getroffen ondernemingen. Een hogere ratio heeft het omgekeerde effect. Gezien het grote dempende effect van een lage ratio op excessieve renteaftrek geeft Hoogterp de voorkeur aan een relatief lage ratio.¹³⁰

Het hanteren van een percentage van 30% is mijns inziens te soepel, omdat de reikwijdte van de earningsstrippingmaatregel dan te beperkt wordt wanneer andere specifieke renteaftrekbepalingen (mogelijk) worden geschrapt. Het hanteren van een percentage van 10% is daarentegen onwenselijk, gelet op het vestigingsklimaat van Nederland. Een laag percentage zorgt voor bijvoorbeeld hogere administratieve lasten, omdat meer ondernemingen zich moeten beroepen op de groepsescape (mits ingevoerd door de lidstaat). Het is in het kader van het vestigingsklimaat tevens van belang te kijken naar percentages van andere lidstaten. Een relatief laag percentage zou naar mijn mening afschrikwekkend kunnen werken om een onderneming in Nederland te vestigen. Wat mij betreft moet een middenweg worden gekozen tussen de 10% en 30%. Wat het exacte percentage zou moeten zijn, kan in aanvullend onderzoek worden geanalyseerd.

4.4.2 Drempel, overgangsregeling bestaande leningen, financiële ondernemingen

In de anti-ontgaansrichtlijn wordt als maximale drempel een bedrag van €3.000.000 genoemd, maar lidstaten kunnen een lager bedrag kiezen. Mijns inziens is de voorgestelde drempel te hoog, omdat hierdoor vermoedelijk te veel belastingplichtigen de dans kunnen ontspringen. Bij het bepalen van de hoogte van de drempel moet naar mijn mening tevens worden gekeken naar andere lidstaten in het kader van het vestigingsklimaat. In nader onderzoek kan worden gekeken waar de drempel exact zou moeten liggen.

¹²⁹ P. Hoogterp, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, paragraaf 3.

¹³⁰ P. Hoogterp, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, paragraaf 5.

Lidstaten kunnen opteren voor een overgangsregeling voor leningen aangegaan vóór 17 juni 2016 én naderhand niet meer gewijzigd. Deze overgangsregeling is volgens Van Strien te begrijpen door de impact van de renteaftrekbeperking op de financieringsstructuur van een onderneming. Het opnemen van overgangsrecht leidt echter tot een relatief complex systeem en de vraag is dan in hoeverre het systeem nog uitvoerbaar is.¹³¹ Dit tegenargument weegt volgens de NOB minder zwaar wanneer de regeling optioneel is, omdat zodoende belastingplichtigen de complexiteit kunnen vermijden door het overgangsrecht niet toe te passen.¹³² Naar mijn mening zouden belastingplichtigen de mogelijkheid moeten krijgen te opteren voor overgangsrecht om het reguliere bedrijfsleven de facto zo min mogelijk te belemmeren. Het geven van een keuzemogelijkheid zorgt ervoor dat belastingplichtigen moeten analyseren welk systeem voor hen het gunstigst uitpakt. Wat mij betreft weegt het argument dat het bedrijfsleven zo min mogelijk moet worden belemmerd zwaarder dan het feit dat de regeling door deze keuzemogelijkheid complexer wordt. Van belang is om vast te stellen in hoeverre de momenteel geldende specifieke renteaftrekbeperkingen moeten worden toegepast op leningen waarbij wordt gekozen voor de overgangsregeling.

Lidstaten hebben tevens de mogelijkheid financiële instellingen uit te sluiten van toepassing van de earningsstrippingmaatregel. Volgens Vleggeert valt te betwijfelen of deze uitzondering noodzakelijk is, omdat financiële instellingen veelal meer rente ontvangen dan ze verschuldigd zijn.¹³³ Daarnaast kan in mijn optiek een dergelijke uitzondering leiden tot afbakeningsproblemen, omdat het de vraag is hoe breed het begrip ‘financiële instellingen’ moet worden gezien. Derhalve is het naar mijn mening niet noodzakelijk een uitzondering op te nemen voor financiële instellingen.

4.4.3 Twee optionele escapes

De anti-ontgaansrichtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid te kiezen voor één van de genoemde escapes, maar het is tevens mogelijk noch de *equity escape*, noch de *group ratio rule* te implementeren. Op basis van voorgaande (sub)paragrafen moet wat mij betreft worden gekozen voor een strenge variant van de earningsstrippingmaatregel, waardoor in beginsel relatief veel belastingplichtigen worden getroffen. Daarom is het van belang een groepsescape te bieden waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat geen sprake is van een gekunstelde constructie. De vraag is vervolgens welke escape de voorkeur geniet.

Volgens Marres is de *group ratio rule* een in de praktijk lastig uitvoerbare escape die bepaalde vragen oproept. Denk bijvoorbeeld aan de situatie van een positieve groeps-EBITDA, maar

¹³¹ J. van Strien, ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1’, *WFR* 2018/19, paragraaf 3.6.

¹³² Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het consultatiedocument implementatie ATAD1, paragraaf 4.6.

¹³³ J. Vleggeert, ‘Over rente en royalty’s’: de BEPS-acties 4 en 5, *WFR* 2016/49, paragraaf 2.2.

een afzonderlijke entiteit met een negatieve EBITDA.¹³⁴ Mocht deze escape worden ingevoerd, dan is duidelijkheid op dit vlak gewenst. De *group ratio rule* is in de praktijk waarschijnlijk ofwel bewerkelijk, ofwel minder representatief. Dat laatste komt doordat de commerciële jaarrekening benodigd is, welke pas representatief is voor fiscale doeleinden na verschillende correcties.¹³⁵

De *equity escape* is ook bewerkelijk, maar vermoedelijk in minder mate. Als hierbij de geconsolideerde balans wordt gebruikt, zal met name het in Nederland gevestigde bedrijfsleven gevrijwaard worden. Als de enkelvoudige balans wordt toegepast, is dit anders. Zeker wanneer correcties moeten worden aangebracht voor deelnemingen en het daartegenover staande eigen vermogen.¹³⁶ In lijn met Marres is het naar mijn mening opmerkelijk dat in de anti-ontgaansrichtlijn geen verplichte voorzieningen zijn opgenomen tegen misbruik van de *equity escape*. Indien bij de berekening binnen de escape wordt uitgegaan van een bepaalde balansdatum, kunnen belastingplichtigen een tijdelijke kapitaalverhoging creëren om te voldoen aan deze escape.¹³⁷

Aan zowel de *equity escape* als de *group ratio rule* kleven derhalve verschillende nadelen, waarbij eerstgenoemde wat mij betreft een lichte voorkeur heeft. De reden hiervoor is dat deze escape mijns inziens beter aansluit bij het doel van de earningsstrippingbepaling, te weten het voorkomen van excessieve financiering middels vreemd vermogen. Een koppeling met het eigen vermogen van de groep is dan logischer dan een koppeling met de groeps-EBITDA.

4.4.4 Voortwentelingsmogelijkheden

Het bepalen van de maximaal aftrekbare rente middels de EBITDA zorgt voor een procyclische werking. Hierdoor is de renteaftrekkcapaciteit veelal hoger in perioden van hoogconjunctuur en lager in een laagconjunctuur. Daarnaast kunnen eenmalige omstandigheden een significante invloed hebben op de renteaftrekkcapaciteit.¹³⁸ Om het reguliere bedrijfsleven zo min mogelijk te belemmeren, is het naar mijn mening gewenst een voortwentelingsmogelijkheid te bieden voor rentekosten die niet in aftrek gebracht kunnen worden.

Derhalve moet de mogelijkheid worden geboden om het niet-benutte financieringskostensurplus door te schuiven naar toekomstige perioden. In de anti-

¹³⁴ R. Gielen & C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres van 3 april 2017', *WFR* 2017/142, paragraaf 2.

¹³⁵ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het consultatiedocument implementatie ATAD1, paragraaf 4.3.

¹³⁶ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het consultatiedocument implementatie ATAD1, paragraaf 4.3.

¹³⁷ R. Gielen & C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres van 3 april 2017', *WFR* 2017/142, paragraaf 2.

¹³⁸ R. Snoeij & J.H.A.M. van Helvoirt, 'Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-richtlijn (art. 4)', *FED* 2016/108, paragraaf 6.

ontgaansrichtlijn is dit terug te vinden in de eerste mogelijkheid; een onbeperkte carry-forward. Bij de tweede optie wordt naast deze onbeperkte carry-forward een carry-back voorgesteld van drie jaar. Of deze carry-back noodzakelijk is, valt mijns inziens te bezien. Een belangrijk aandachtspunt is dat, indien voor deze mogelijkheid worden gekozen, duidelijk moet worden gemaakt hoe deze carry-back werkt in de eerste drie jaren na invoering (dan is immers in beginsel geen volledige carry-back mogelijk).

Als derde optie noemt de anti-ontgaansrichtlijn het combineren van een onbeperkte carry-forward voor het niet-aftekbare financieringskostensurplus met een carry-forward van vijf jaar voor onbenutte renteaftrekcapaciteit. Mijns inziens is het gelet op de noodzakelijkheid en uitvoerbaarheid niet wenselijk te kiezen voor deze optie. Het bieden van de mogelijkheid het niet-aftekbare financieringskostensurplus te gebruiken in een ander boekjaar biedt belastingplichtigen wat mij betreft voldoende tegemoetkoming om het procyclische effect van de earningsstrippingmaatregel tegen te gaan. Ergo: het opnemen van de onbeperkte carry-forward voor het niet-aftekbare financieringskostensurplus lijkt voldoende.

4.5 Vergelijking met de verwachte keuzes van Nederland

In de voorgaande paragraaf is aan de hand van de aanbevelingen omtrent de functionaliteit en noodzaak van art. 10a en 13l Wet VpB 1969 gekeken naar de keuzes die Nederland wat mij betreft zou moeten maken bij de implementatie. In deze paragraaf wordt een vergelijking gemaakt met de keuzes die Nederland naar verwachting daadwerkelijk zal maken.

Het kabinet stelt een drempel voor van €1.000.000 in combinatie met een maximaal bedrag aan aftreekbare rente van 30% van de EBITDA.¹³⁹ Deze drempel lijkt mij prima, maar valt te betwijfelen of het percentage van 30% niet te soepel is. Uit het consultatiedocument voor implementatie van de anti-ontgaansrichtlijn blijkt al een bepaalde beleidskeuze in de beperkte vraagstelling. Er wordt slechts gevraagd naar de voorkeur voor óf een groepsescape met behoud van onder anderen art. 13l en 15ad Wet VpB 1969 óf geen groepsescape in combinatie met het vervallen van deze renteaftrekbeperkingen. In lijn met de NOB ben ik van mening dat het laten vervallen van bestaande renteaftrekbeperkingen geheel losstaat van de vraag of een groepsescape moet worden opgenomen.¹⁴⁰

Het kabinet lijkt nog toekomst te zien in de bepaling tegen winstdrainage, vermoedelijk omdat het gericht is op specifieke misbruiksituaties. Het lijkt erop dat nooit is overwogen de bepaling tegen winstdrainage te schrappen. Het is de vraag in hoeverre hetzelfde effect kan worden

¹³⁹ Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66 en ChristenUnie.

¹⁴⁰ Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het consultatiedocument implementatie ATAD1, paragraaf 4.1.

bereikt met de earningsstrippingbepaling, ondersteund door de fraus legis jurisprudentie. Op deze vraag valt momenteel nog geen sluitend antwoord te geven.

Staatssecretaris Snel wil bij de implementatie verder gaan dan de anti-ontgaansrichtlijn vereist op bepaalde onderdelen. Het kabinet streeft bij de implementatie, naast het tegengaan van grondslaguitholling, naar een gelijkere behandeling van vreemd en eigen vermogen. Het bevorderen van ondernemen met eigen vermogen levert stabielere bedrijven en gezonde economische verhoudingen op. Deze gedachtegang is de achtergrond geweest van de keuze voor het niet opnemen van een groepsuitzondering.¹⁴¹ In tegenstelling tot de aanbeveling wel een escape op te nemen, lijkt het kabinet hier niet voor te kiezen. Het stimuleren van het gebruik van eigen vermogen is begrijpelijk, maar mijns inziens staat de keuzevrijheid van belastingplichtigen wat betreft financiering voorop. Indien geen escape wordt ingevoerd, wordt het financieren middels vreemd vermogen in bepaalde situaties onterecht bestraft.

De earningsstrippingmaatregel wordt na invoering onmiddellijk van kracht, waardoor de facto geen tegemoetkoming komt voor bestaande leningen.¹⁴² Zoals besproken in de vorige paragraaf zouden belastingplichtigen wat mij betreft moeten kunnen kiezen voor een overgangsregeling om het reguliere bedrijfsleven zo min mogelijk te verhinderen.

Uit het consultatiedocument voor de implementatie van de anti-ontgaansrichtlijn blijkt dat het kabinet denkt dat het opnemen van een uitzondering voor financiële instellingen geen effect heeft, omdat die in de regel geen overschot aan rentelasten hebben.¹⁴³ Dit argument werd tevens genoemd door Vleggeert (zie paragraaf 4.2.2) en geeft wat mij betreft voldoende reden geen uitzondering op te nemen voor financiële instellingen. Verder blijkt dat het de bedoeling is, gebruik te maken van onbeperkte carry-forward.¹⁴⁴ Dit was ook de optie die wat mij betreft de voorkeur geniet als voortwentelingsmogelijkheid.

Het consultatiedocument is gepubliceerd in juli 2017, waardoor het kabinet nu wellicht anders denkt over bepaalde zaken. In de loop van 2018 wordt een conceptwetsvoorstel verwacht inzake de implementatie in de Nederlandse wetgeving. Op dat moment wordt duidelijk wat de exacte keuzes worden inzake de earningsstrippingmaatregel.

4.6 Deelconclusie

De deelvraag die in dit hoofdstuk de rode draad vormt, is de volgende: *Kan de earningsstrippingbepaling zodanig worden geïmplementeerd dat de bepaling van art. 10a en/of 13l Wet VpB 1969 overbodig wordt en hoe verhoudt deze implementatie zich tot de*

¹⁴¹ Kamerstukken II 2017/18, 25087, 188, p.5.

¹⁴² Kamerstukken II 2017/18, 25087, 188, p.5.

¹⁴³ Consultatiedocument implementatie ATAD 1, pagina 15.

¹⁴⁴ Consultatiedocument implementatie ATAD 1, pagina 14.

vermoedelijke keuzes van het Nederlandse kabinet? De vraag of art. 10a Wet VpB 1969 overbodig zal worden na invoering van de earningsstrippingmaatregel, valt niet eenduidig te beantwoorden. De earningsstrippingbepaling beoogt kunstmatige constructies tegen te gaan, maar heeft een ruimere reikwijdte dan de regeling ter voorkoming van winstdrainage. De bepaling tegen winstdrainage kan in mijn ogen slechts geschrapt worden als rentekosten verband houdend met één van het drietal besmette rechtshandelingen tevens in aftrek kunnen worden beperkt door de earningsstrippingbepaling, (eventueel) ondersteund door het leerstuk van *fraus legis*.

De bepaling voor deelnemingsrente heeft mijns inziens geen functie meer vanaf het moment dat de earningsstrippingbepaling wordt ingevoerd, omdat het Bosal-gat effectiever gedicht kan worden met laatstgenoemde bepaling. Excessieve financiering van deelnemingen middels vreemd vermogen loont niet vanaf het moment van invoering van de earningsstrippingmaatregel. De bepaling van art. 13I Wet VpB 1969 dient wat mij betreft geschrapt te worden en mogelijk is dus ook art. 10a Wet VpB 1969 overbodig. Nederland dient naar mijn mening te kiezen voor een strenge implementatie van de earningsstrippingmaatregel, omdat anders de reikwijdte te smal wordt. Daarnaast moet worden voorzien in diverse verzachtende maatregelen, zoals een overgangsregeling voor 'oude' leningen, een mogelijkheid tot voortwenteling van het niet-aftrekbare financieringskostensurplus en het opnemen van de *equity escape*. Deze aanbevelingen verschillen op diverse punten van de vermoedelijke keuzes van het kabinet. Zo wil het kabinet geen groepsescape opnemen om ondernemen middels eigen vermogen te stimuleren.

Hoofdstuk 5: Samenvatting en eindconclusie

In het laatste hoofdstuk wordt allereerst een samenvatting gegeven van de voorgaande hoofdstukken. Op basis hiervan kan vervolgens een overkoepelende conclusie worden getrokken om zodoende de onderzoeksvraag te beantwoorden. Tevens worden hierbij enkele aanbevelingen gedaan.

5.1 Samenvatting

Op Europees niveau is de anti-ontgaansrichtlijn tot stand gekomen, waarmee invulling is gegeven aan diverse actiepunten van de OESO om internationale winstverschuiving en grondslaguitholling tegen te gaan. In deze richtlijn worden minimumnormen vastgesteld voor lidstaten. De maatregelen uit de eerste fase van de anti-ontgaansrichtlijn moeten in beginsel per 1 januari 2019 door lidstaten in hun nationale wetgeving worden geïmplementeerd.

Eén van de te implementeren maatregelen is de earningsstrippingbepaling. Deze bepaling houdt in dat het financieringskostensurplus van een entiteit slechts aftrekbaar is tot een bepaald vast percentage (in beginsel 30%) van de EBITDA. Bij de implementatie hebben lidstaten verschillende keuzemogelijkheden. Zo kunnen lidstaten opteren voor een drempel, een uitzondering voor financiële instellingen, een overgangsregeling voor ‘oude’ leningen, een groepsescape en een voortwentelingsmogelijkheid. Enkele belangrijke voordelen van een earningsstrippingbepaling zijn de eenvoud van de rekenregel, het feit dat renteaftrek niet definitief beperkt hoeft te zijn en de effectiviteit met betrekking tot het dichten van het Bosalgat. De belangrijkste nadelen zijn de overkill, de procyclische werking en de onzekerheid omtrent de daadwerkelijk aftrekbare rentekosten.

Het implementeren van de earningsstrippingbepaling in de Nederlandse vennootschapsbelasting roept de vraag op in hoeverre onder anderen art. 10a en 13l Wet VpB 1969 nog van toegevoegde waarde zijn. De doelstelling van de bepaling ter voorkoming van winstdrainage is het voorkomen dat in specifieke gevallen renteaftrek wordt gecreëerd, terwijl de rentebaten tegen een laag effectief tarief worden belast. Onder de reikwijdte van art. 10a Wet VpB 1969 vallen schulden die verband houden met één van de drie besmette rechtshandelingen. Belastingplichtigen hebben echter de mogelijkheid tegenbewijs te leveren middels de zakelijkheidstoets en de compenserende heffingstoets.

De aanleiding voor de invoering van art. 13l Wet VpB 1969 is gelegen in het Bosal-arrest en de ineffectief werkende ‘thin cap-regeling’. De bepaling voor deelnemingsrente bevat een rekenregel waarmee niet echt wordt aangesloten bij de realiteit. Er is echter een uitzonderingsmogelijkheid voor uitbreidingen van operationele activiteiten, maar hierop bestaan ook weer uitzonderingen. Dit alles maakt de bepaling lastig uitvoerbaar.

Vervolgens is een vergelijking gemaakt tussen beide bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen en de earningsstrippingmaatregel aan de hand van een viertal criteria. Zo heeft de earningsstrippingbepaling een ruimere reikwijdte en is de regeling in beginsel makkelijker uitvoerbaar dan de bepaling gericht tegen winstdrainage. Door de minder goede aansluiting bij de werkelijkheid bestaat wel het risico van overkill. De bepaling tegen winstdrainage kan in mijn ogen slechts geschrappt worden als rentekosten verband houdend met één van het drietal besmette rechtshandelingen tevens in aftrek kunnen worden beperkt door de earningsstrippingbepaling, ondersteund door het leerstuk van fraus legis.

De bepaling voor deelnemingsrente is lastig uitvoerbaar door de ingewikkelde vormgeving en sluit niet nauw aan bij de werkelijkheid door het gebruik van een rekenregel. De belangrijkste tekortkoming van art. 13I Wet VpB 1969 is de ineffectiviteit in het dichten van het Bosal-gat, waarin de earningsstrippingbepaling effectiever is. Hierdoor lijkt het overbodig de bepaling voor deelnemingsrente te handhaven.

Bij de implementatie van de earningsstrippingbepaling moet Nederland mijns inziens kiezen voor een strenge variant met diverse verzachtende maatregelen. Denk hierbij aan het opnemen van een groepsescape in de vorm van de *equity escape* en een voortwentelingsmogelijkheid voor het niet-aftrekbare financieringskostensurplus. Deze aanbevelingen omtrent de implementatie lijken op verschillende punten af te wijken van de daadwerkelijke keuzes van het Nederlandse kabinet. Een groepsescape lijkt bijvoorbeeld niet te worden opgenomen om ondernemen middels eigen vermogen te stimuleren.

5.2 Eindconclusie en aanbevelingen

Aan de hand van voorgaande samenvatting wordt in deze paragraaf een antwoord geformuleerd op de centrale onderzoeksvraag: *In hoeverre kan de implementatie van de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse vennootschapsbelasting ervoor zorgen dat de huidige regeling ter voorkoming van winstdrainage en/of de beperking voor de deelnemingsrente overbodig wordt/worden, gezien vanuit doel en strekking van deze regelingen?*

De implementatie van de earningsstrippingbepaling zorgt ervoor dat het mijns inziens niet langer noodzakelijk is de bepaling voor deelnemingsrente te behouden. De belangrijkste doelstelling van deze bepaling, het dichten van het Bosal-gat, kan effectiever worden bereikt met de earningsstrippingmaatregel. De reden hiervoor is dat vrijgestelde deelnemingsresultaten niet worden meegenomen bij het bepalen van de EBITDA, waardoor excessieve financiering van deelnemingen middels vreemd vermogen niet loont. Hierdoor wordt art. 13I Wet VpB 1969 naar mijn mening een overbodig wetsartikel.

Bij de bepaling gericht tegen winstdrainage kan geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag of deze bepaling van toegevoegde waarde blijft wanneer de earningsstrippingbepaling wordt ingevoerd. Om het schrappen van art. 10a Wet VpB 1969 eventueel mogelijk te maken, is naar mijn mening een strenge implementatie vereist. Wanneer hiervoor niet wordt gekozen, wordt de initiële reikwijdte van de earningsstrippingbepaling te smal en zijn aanvullende specifieke renteaftrekbeperkingen onoverkomelijk. De doelstelling is echter renteaftrek te beperken in (enkel) misbruiksituaties, waardoor het belangrijk is verzachtende maatregelen op te nemen. Derhalve moet mijns inziens onder anderen een groepsescape worden opgenomen en de mogelijkheid het niet-aftrekbare financieringskostensurplus door te schuiven naar een ander belastingjaar. Bij de keuze voor een groepsescape geniet de *equity escape* de voorkeur, omdat een koppeling met het eigen vermogen van de groep mijns inziens beter aansluit bij het doel van de earningsstrippingbepaling dan een koppeling met de EBITDA van de groep (zoals bij de *group ratio rule*).

In mijn ogen kan de beste aansluiting met de werkelijkheid worden bereikt door als tegenbewijsmogelijkheid te bieden dat zakelijke overwegingen aannemelijk moeten worden gemaakt, maar de anti-ontgaansrichtlijn biedt deze mogelijkheid helaas niet. De bepaling tegen winstdrainage kan mijns inziens slechts geschrapt worden als rentekosten verband houdend met één van het drietal besmette rechtshandelingen tevens in aftrek kunnen worden beperkt door de earningsstrippingbepaling, dan wel in ieder geval leerstuk van *fraus legis*. Het is wat mij betreft in het kader van onder anderen de complexiteit en rechtszekerheid onwenselijk dat te snel een beroep moet worden gedaan op het leerstuk van *fraus legis*. Nader onderzoek is gewenst om te kijken in hoeverre art. 10a Wet VpB 1969 nog nodig is na implementatie van de earningsstrippingbepaling. Het kabinet lijkt de afschaffing van deze bepaling nooit overwogen te hebben, maar zou dat mijns inziens zeker moeten doen.

Het lijkt erop dat het Nederlandse kabinet gaat kiezen voor een implementatie waarin geen groepsescape wordt opgenomen. Mijns inziens is het begrijpelijk dat het kabinet ondernemen met eigen vermogen wil stimuleren door geen groepsescape op te nemen, maar hierdoor wordt renteaftrek onterecht beperkt in bepaalde situaties. Het kabinet zou naar mijn mening moeten heroverwegen of het opnemen van een groepsescape niet wenselijker is om overkill (zo veel mogelijk) te voorkomen. Verder lijkt de drempel van €1.000.000 wat mij betreft prima. In verder onderzoek dient wel te worden gekeken of het percentage van 30% van de EBITDA niet te hoog is, waardoor de reikwijdte van de earningsstrippingmaatregel te beperkt wordt.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Boeken & artikelen

J.N. Bouwman, 'De vennootschapsbelasting: tien jaren terug- en vooruitkijken', *NTFR Beschouwingen* 2017 1/3.

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

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

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

R. Gielen & C. Huisman, 'Verslag van het tweede grote NOB Anti-BEPS-richtlijn congres van 3 april 2017', *WFR* 2017/142.

I. de Groot, 'Art. 13l Wet VpB 1969: een regelrechte miskoop', *WFR* 2016/207.

E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.

J.H.A.M. van Helvoirt & F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', *MBB* 2012/12-1.

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

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

P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1.

H. Lohuis, J.J.M. Reijnen, G.J. van Eijk & M.H.C. Ruijschop, 'Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1)', *NTFR* 2017/1902.

O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *WFR* 2008/1431.

O.C.R. Marres, 'Het gat gedicht', *NTFR* 2012/1682.

O.C.R. Marres, 'Ongewenste dumping van rentelasten', *NTFR* 2012/2312.

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

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

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

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

J. van Strien & M.G.H. Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NFR* 2011/614.

S. Strik, 'Gelukkig, de renteaftrekproblemen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld ...', *WFR* 2011/1178.

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

M.F. de Wilde, 'Het OESO BEPS-project in vogelvlucht', *MBB* 2016/11-01.

Jurisprudentie

HR 26 april 1989, nr. 24 446, *BNB* 1989/217.

HR 10 maart 1993, nr. 27 295, 27 992, 28139, 28 484, *BNB* 1993/194-197.

HvJ EU 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344.

HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, *BNB* 2012/213.

HR 21 april 2017, nr. 16/03669, *BNB* 2017/156.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24696, 8.

Kamerstukken II 2005/06, 30572, 2.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, 3.

Kamerstukken I 2011/12, 33287, D.

Kamerstukken II 2016/17, 34552, 3.

Kamerstukken II 2017/18, 25087, 188.

Wetsartikelen

Art. 10a Wet VpB 1969.

Art. 13l Wet VpB 1969.

Overig

Brief Staatssecretaris van Financiën van 9 mei 2018, nr. 2018-0000069704.

Consultatiedocument implementatie ATAD 1.

Final Report (OECD), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report.

Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op het consultatiedocument implementatie ATAD1.

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

Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

Richtlijn tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen.