

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

De mate van effectiviteit van de Nederlandse earningsstrippingmaatregel

Naam student: Merle Raven

Studentnummer: 449742

Begeleider: L.C. van Hulten MSc

Tweede beoordelaar: Mr. Y. Vink

Datum: 01-08-2019

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling.....	6
1.3 Opzet.....	7
1.4 Afbakening.....	8
Hoofdstuk 2: Doelstelling van de earningsstrippingmaatregel	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Het ontstaan van de earningsstrippingmaatregel	9
2.3 Werking van de earningsstrippingmaatregel	11
2.3.1	11
Het financieringskostensurplus	11
2.3.2 EBITDA	12
2.3.3 Belastingplichtigen.....	14
2.3.4 Verrekening	15
2.3.5 Groepsescape.....	15
2.3.6 In werking treden van de earningsstrippingmaatregel	16
2.4 De voor- en nadelen van de earningsstrippingmaatregel.....	17
2.5 Op welke wijze is de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd?	18
2.6 Wat is het doel van de Nederlandse wetgever bij het implementeren van de ATAD- richtlijn t.a.v. de earningsstrippingmaatregel?.....	20
2.7 Conclusie.....	22
Hoofdstuk 3: De effectiviteit van de hoofdregel	23
3.1 Inleiding	23
3.2 De effectiviteit van de hoofdregel.....	23
3.2.1 30% van de EBITDA	23
3.2.2. De drempelkeuze.....	24

3.3	<i>Overgangsrecht</i>	25
3.3.1	Inleiding	25
3.3.2	Rechtszekerheidsbeginsel.....	25
3.3.3	Inbreuk op het eigendomsrecht	26
3.3.4	Het non-discriminatiebeginsel.....	27
3.3.5	Het beginsel van technische uitvoerbaarheid	29
3.3.6	De legitieme doelstelling	30
3.3.7	Subconclusie.....	30
3.4	<i>Begrippen</i>	31
3.4.1	Inleiding	31
3.4.2	Overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst	31
3.4.3	Rentelasten en rentebaten	36
3.4.4	Renteminimum	38
3.4.5	Subconclusie.....	41
3.5	<i>Conclusie</i>	41
Hoofdstuk 4: De keuze van de wetgever met betrekking tot de uitzonderingen		43
4.1	<i>Inleiding</i>	43
4.2	<i>Uitzonderingen</i>	43
4.2.1	Groepsescape.....	43
4.2.2	Op zichzelf staande entiteit	46
4.2.3	Subconclusie.....	46
4.3	<i>Specifieke sectoren</i>	47
4.3.1	Publieke-Private Samenwerking	47
4.3.2	Woningcorporaties	48
4.3.3	Financiële sector.....	51
4.3.4	Subconclusie.....	52
4.4	<i>Handel in rentelichamen</i>	53
4.4.1	Inleiding	53
4.4.2	Werking van de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen	53
4.4.3	Toetsing van de maatregel tegen handel in rentelichamen aan de doelstelling van de wetgever	56

4.4.4 Subconclusie.....	56
4.5 Conclusie.....	57
Hoofdstuk 5: Conclusie	58
5.1 Samenvatting	58
5.2 Conclusie.....	61
Literatuurlijst	62

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

Binnen de vennootschapsbelasting is er een verschil in behandeling tussen de vergoeding op vreemd vermogen en de vergoeding op eigen vermogen. Een vergoeding op vreemd vermogen, rente, is fiscaal aftrekbaar bij de rentebetaler.¹ Een vergoeding op eigen vermogen, dividend, is daarentegen niet aftrekbaar van de fiscale winst voor de dividendbetaler.² Hierdoor ontstaat een fiscale prikkel om zoveel mogelijk vreemd vermogen aan te trekken, om de grondslag voor de vennootschapsbelasting uit te hollen. Daarnaast kunnen bedrijven kapitaal, verstrekt door derden, binnen een concern omzetten in groepsschulden, om zo bovenmatige renteaftrek te creëren en de grondslag voor de vennootschapsbelasting uit te hollen.³

De Nederlandse wetgeving kent reeds een aantal renteaftrekbeperkingen die deze grondslaguitholling tegengaan.⁴ Daarnaast is sinds 1 januari 2019 een nieuwe renteaftrekbeperking in werking getreden.⁵ Deze renteaftrekbeperking is ontstaan naar aanleiding van het Base Erosion and Profit Shifting-Project (BEPS-project)⁶. Dit project is gestart door de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) om grondslaguitholling en winstverschuivingen tegen te gaan. De Europese commissie heeft voorstellen gepresenteerd om invulling te geven aan de actiepunten van het BEPS-project. Naar aanleiding van deze voorstellen is in juli 2016 de Richtlijn van De Raad van de Europese Unie ontstaan, namelijk de Anti-Tax Avoidance Directive I (ATAD1)⁷. Art. 4 van deze richtlijn, gebaseerd op Action 4 van het BEPS-project, richt zich tegen grondslaguitholling. Dit artikel heeft als doel bovenmatige renteaftrek niet langer toe te staan. De regeling houdt kort gezegd in dat de belastingplichtige zijn rentekostensaldo tot een maximum van 30% van zijn fiscale EBITDA⁸ in aftrek mag brengen.⁹ Het rentekostensaldo is gelijk aan de rentekosten minus de

¹ Art. 8, eerste lid, Wet VpB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001.

² Art. 10, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

³ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 438.

⁴ De bestaande renteaftrekbeperkingen zijn art. 8b, art. 10, eerste lid, onderdeel d, art. 10a, art. 10b en art. 15b Wet VpB 1969.

⁵ Art. 15b Wet VpB 1969.

⁶ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

⁸ EBITDA: earnings before interest, taxes, depreciation and amortization.

⁹ Art. 15b, eerste lid, Wet VpB 1969.

renteontvangsten.¹⁰ De regeling maakt de mate van aftrek afhankelijk van de economische activiteiten van een bedrijf. Door de correctie van afschrijvingen op het belastbare bedrijfsresultaat sluit de mate van aftrekbaarheid aan bij de capaciteiten van een bedrijf om aan de renteverplichtingen te voldoen.¹¹

De Nederlandse wetgever stond bij het implementeren van de earningsstrippingmaatregel voor verschillende keuzes. De meningen verschillen echter over de keuzes die de wetgever heeft gemaakt. Zo streeft de Nederlandse wetgever met deze regeling naar een gelijkere behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, waarbij critici zich afvragen of dit wel de juiste wijze is om vreemd vermogen en eigen vermogen gelijkjer te behandelen.¹² Daarnaast geldt de maatregel ook voor standalone entiteiten, hoewel er bij deze entiteiten een gering risico bestaat op grondslaguitholling, wat deze regeling juist probeert tegen te gaan. Ook woningcorporaties worden flink geraakt door deze regeling.¹³ De wetgever heeft ervoor gekozen om geen uitzondering voor woningcorporaties in de wet op te nemen, noch compensatie te bieden. De vraag is of woningcorporaties nu niet onredelijk worden getroffen. Als laatste verschillen de meningen over de keuze van de wetgever om geen gebruik te maken van overgangsrecht. Ik zal ook ingaan op de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen. Deze antimisbruikbepaling wordt per 1 januari 2020 ingevoerd. Hierbij zal ik ingaan op de vraag of deze antimisbruikbepaling past bij het doel van de earningsstrippingmaatregel.

1.2 Probleemstelling

In deze scriptie doe ik onderzoek naar de wijze waarop de wetgever de earningsstrippingmaatregel, die zijn plaats heeft gevonden in art. 15b Wet VpB 1969, heeft geïmplementeerd naar aanleiding van de ATAD. Hierbij heb ik onderzocht of de manier waarop art. 15b Wet VpB 1969 is vormgegeven aansluit bij het doel dat wordt nagestreefd met de invoering van deze renteaftrekbepaling. Dit is gedaan aan de hand van literatuuronderzoek.

De hoofdvraag luidt als volgt:

Sluit de wijze van implementatie van de ATAD-richtlijn ten aanzien van de earningsstrippingmaatregel aan bij de het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft met de

¹⁰ Art. 15b, tweede lid, Wet VpB 1969.

¹¹ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 438.

¹² D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 438.

¹³ *Kamerstukken II* 2017/18, 25087, 197.

invoering van deze renteaftrekbepanking en zo nee, op welke wijze had deze renteaftrekbepanking effectiever kunnen worden geïmplementeerd?

1.3 Opzet

Om een antwoord te formuleren op de hoofdvraag, worden de volgende deelvragen beantwoord.

Hoofdstuk 2 behandelt de deelvraag *‘Wat is het doel van de van de earningsstrippingmaatregel?’*. Dit hoofdstuk dient als een beschrijvend hoofdstuk van de earningsstrippingmaatregel. Als eerste komt hierbij het BEPS-project ter sprake. Naar aanleiding van deze rapporten is uiteindelijk de ATAD ontstaan. Verder komt de wijze waarop de earningsstrippingmaatregel is vormgegeven in de ATAD aan bod. Verder komt het doel van de regeling ter sprake, hoe de maatregel werkt en wat de voor- en nadelen zijn van de regeling. Dit is van belang om te begrijpen welk doel de maatregel nastreeft en welke keuzes de wetgever heeft bij het implementeren van de richtlijn. Vervolgens bespreek ik in dit hoofdstuk welke keuze de Nederlandse wetgever heeft gemaakt bij het implementeren van deze regeling en welk doel de wetgever hiermee nastreeft.

Hoofdstuk 3 behandelt vervolgens de deelvraag *‘Is de hoofdregel van de earningsstrippingmaatregel zoals die in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd in lijn met het doel dat Nederland met deze regeling nastreeft?’*. Hierbij komen verschillende onderdelen aan bod, waaronder de keuze voor een 1 miljoengrens in plaats van 3 miljoen. Daarnaast komt de keuze van de wetgever om geen overgangsrecht toe te passen ter sprake. Als laatste worden de onduidelijkheden rondom de gehanteerde begrippen uiteen gezet.

Vervolgens bespreekt hoofdstuk 4 de deelvraag *‘Is de keuze met betrekking tot de uitzonderingen in lijn met het doel van de earningsstrippingmaatregel?’*. In dit hoofdstuk komen de uitzonderingen waarvoor de wetgever heeft gekozen aan bod. Daarnaast zal ik specifiek ingaan op de gevolgen voor woningcorporaties en de vraag of deze gevolgen in lijn zijn met het doel dat de earningsstrippingmaatregel nastreeft. De wetgever heeft er namelijk voor gekozen om geen uitzondering in de wet op te nemen voor woningcorporaties noch compensatie te bieden. Daarnaast zal er in dit hoofdstuk in worden gegaan op het antwoord op de vraag of de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen in overeenstemming is met het doel van de earningsstrippingmaatregel. Deze antimisbruikbepaling wordt per 1 januari 2020 in de wet geïmplementeerd in art. 15ba Wet VpB 1969.

In hoofdstuk 5 wordt vervolgens een conclusie getrokken aan de hand de verschillende deelvragen. Daarnaast worden aanbevelingen gedaan hoe de Nederlandse earningsstrippingmaatregel beter zou kunnen aansluiten bij het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft met deze renteaftrekbeperking.

1.4 Afbakening

Dit onderzoek focust zich slechts op de Nederlandse earningsstrippingmaatregel. De implementatie van de ATAD in andere landen zijn geen onderdeel van dit onderzoek. Daarnaast richt dit onderzoek zich enkel op het onderdeel earningsstrippingmaatregel. Andere onderdelen van de ATAD worden niet besproken. Als laatste zijn de bestaande renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse wetgeving geen onderdeel van dit onderzoek.

Hoofdstuk 2: Doelstelling van de earningsstrippingmaatregel

2.1 Inleiding

Art. 4 van ATAD1, gebaseerd op Action 4 van het BEPS-project, betreft de earningsstrippingmaatregel. Zoals eerder benoemd richt deze renteaftrekbeperking zich tegen grondslaguitholling door bovenmatige renteaftrek niet langer toe te staan. In dit hoofdstuk ga ik in op deze renteaftrekbeperking. De deelvraag: ‘*Wat is het doel van de earningsstrippingmaatregel?*’ staat in dit hoofdstuk centraal. In eerste instantie ga ik in op de earningsstrippingmaatregel zoals deze in ATAD1 is opgenomen. In hoofdstuk 2.5 en 2.6 komt vervolgens de Nederlandse invulling van de earningsstrippingmaatregel aan bod, waarna er een conclusie wordt getrokken.

2.2 Het ontstaan van de earningsstrippingmaatregel

Op 19 juli 2013 heeft de OECD het BEPS-project¹⁴ bekend gemaakt. Het project streeft ernaar belastingontwijking aan te pakken. Belastingontwijking betekent dat belastingplichtigen hun belastinglast proberen te verminderen binnen de regels van de wet, waardoor het resultaat niet in overeenstemming is met de economische realiteit. Indien belastingplichtigen de regels van de wet overtreden, is er sprake van belastingontduiking.

De eerste reden voor het ontwikkelen van het BEPS-project vindt zijn grondslag in de internationale economische ontwikkelingen. Het internationale belastingrecht is niet langer in lijn met de ontwikkelingen op het gebied van globalisering en internationalisering van de wereldeconomie.¹⁵ Ten tweede is het BEPS-project ontwikkeld om dubbele niet-belasting te voorkomen. Het probleem dat OECD wil aanpakken is de ondermijning van de coherentie van het internationale fiscale systeem. Hiermee streeft OECD naar het aanpakken van agressieve tax planners. Volgens Engelen en Gunn wordt ernaar gestreefd situaties aan te pakken waarin belastingplichtigen hun belastinggrondslag verplaatsen naar laag- of niet-belastende landen.¹⁶ Dit zorgt voor een negatief budgettair effect voor het land waaruit de belastinggrondslag wordt verplaatst. Daarnaast kan het een negatief effect hebben op de belastingethiek van andere belastingplichtigen. Deze zouden geprikkeld kunnen worden om vergelijkbare constructies op te zetten om hun belastinglast te verminderen. Als laatste kunnen deze situaties zorgen voor

¹⁴ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

¹⁵ F.A. Engelen en A.F. Gunn, ‘Het BEPS-project: een inleiding’, *WFR* 2013/7026, par. 3.

¹⁶ F.A. Engelen en A.F. Gunn, ‘Het BEPS-project: een inleiding’, *WFR* 2013/7026, par. 3.

internationale concurrentievervalsingen tussen multinationals en minder grote bedrijven. Laatstgenoemde bedrijven hebben minder mogelijkheden ter beschikking om hun belastingdruk te verlagen door middel van tax planning. Concluderend kan er gesteld worden dat dubbele niet-belasting kan ontstaan door zowel gebreken in regelgeving als tax planning van belastingplichtigen.¹⁷

De OECD beschrijft dat geld mobiel is, waardoor schulden binnen een groep verschoven kunnen worden voor fiscale doeleinden. In Action 4 worden drie risico's omschreven: het alloceren van schulden aan landen met een hoog belastingtarief, het creëren van renteaftrek binnen een concern die groter is dan de schuld aan derden en het financieren van vrijgesteld inkomen met vreemd vermogen.¹⁸ Om deze risico's te bestrijden beveelt de OECD aan om gebruik te maken van een regeling waarbij de renteaftrek afhankelijk is van een vast percentage van de EBITDA. Het Actieplan heeft geen bindende kracht en geeft enkel aanbevelingen.¹⁹ Om Europese lidstaten te verplichten om de earningsstrippingmaatregel onderdeel te maken van hun wetgeving, is ATAD1 ontstaan.

Het doel van de earningsstrippingmaatregel is om grondslaguitholling door bovenmatige renteaftrek tegen te gaan.²⁰ Dit is in overeenstemming met het doel dat het BEPS-project, waarop de ATAD is gebaseerd, nastreeft. De earningsstrippingmaatregel betreft namelijk het tegengaan van belastingontwijking. De regeling is bedacht om situaties waarin belastingplichtigen hun belastinglast proberen te verlagen, door middel van het creëren van overtollige rentekosten, te ontmoedigen. Hiervoor is er een percentage van aftrekbaarheid gekoppeld aan de belastbare winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA).²¹

¹⁷ F.A. Engelen en A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/7026, par. 3.

¹⁸ P. Hoogterp, 'Voorkomen buitensporige renteaftrek in Action 4 en art. 4 ATAD', *WFR* 2017/147, p. 914.

¹⁹ F.A. Engelen en A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/7026, par. 4.2.

²⁰ De earningsstrippingmaatregel is opgenomen in punt 6 van de overwegingen van ATAD1.

²¹ Zie overweging 6 van Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

2.3 Werking van de earningsstrippingmaatregel

2.3.1 Het financieringskostensurplus

Art. 4, eerste lid van ATAD1 stelt dat ‘Een financieringskostensurplus kan worden afgetrokken in het belastingtijdvak waarin het is ontstaan, ten belope van maximaal 30 percent van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (ebitda) van de belastingplichtige.’²² Het financieringskostensurplus is gedefinieerd als ‘het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten van een belastingplichtige de belastbare rentebaten en andere economische gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht ontvangt, overschrijden.’²³ De earningsstrippingmaatregel beperkt derhalve de aftrekbaarheid van de per saldo verschuldigde rente. De renteaftrekbeperking heeft dus slechts betrekking op de netto-rentelasten. Hieruit kan geconcludeerd worden dat rentekosten waar rentebaten tegenover staan in ieder geval aftrekbaar zijn van de winst. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen rente die aan gelieerde partijen wordt betaald en rente die aan derden moet worden betaald. Alle rente valt dus onder deze regeling. Daarnaast is de regeling niet beperkt tot EU-situaties. In de definitie van financieringskosten²⁴ worden economisch vergelijkbare situaties ook genoemd. Deze toevoeging doelt erop misbruiksituaties te voorkomen.²⁵ Ook blijkt uit art. 2, tweede lid dat de earningsstrippingmaatregel slechts betrekking heeft op aftrekbare rentekosten en belastbare rentebaten. Rentekosten die niet aftrekbaar zijn als gevolg van reeds bestaande aftrekbeperking in de nationale wet dienen derhalve niet mee te worden genomen in het financieringskostensurplus. Hetzelfde geldt voor onbelaste rentebaten. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer er sprake is van een schijnlening, bodemlozeputlening of deelnemerschapslening.²⁶ Deze leningen volgen in Nederland namelijk niet de civielrechtelijke kwalificatie van een lening, maar worden fiscaal geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Rentebaten en -kosten vallen hierdoor in de

²² 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.

²³ Ar. 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.

²⁴ Art. 2, 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.

²⁵ J. van Strien, ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1’, *WFR* 2018/7223, p. 103.

²⁶ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 (Unilver-arrest), *BNB* 1988/217.

kapitaalsfeer. Het gevolg hiervan is dat rentebaten worden behandeld als deelnemingsdividend. Wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de deelnemerschapslening, zullen de rentebaten onbelast zijn.²⁷

In twee voorkomende gevallen kunnen lidstaten ervoor kiezen om het financieringskostensurplus buiten beschouwing te laten. Ten eerste is deze mogelijkheid er voor leningen die zijn aangegaan vóór 17 juni 2016 en daaropvolgend niet meer zijn gewijzigd. Ten tweede gaat het om leningen voor de financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject, waarbij de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de winst zich allemaal in de Unie bevinden. In dat geval wordt het financieringskostensurplus behaald met deze projecten niet in aftrekbaarheid beperkt en valt dit deel dus niet onder het toepassingsbereik van de 30%-regel. In het geval van langlopende openbare infrastructuurprojecten wordt ook de winst behaald met dat project uitgesloten van de fiscale EBITDA.²⁸

2.3.2 EBITDA

De maximumaftrek van het financieringskostensurplus is 30% van de EBITDA. Het startpunt voor de berekening van de EBITDA is de fiscale winst voor aftrek van belastingen. Vervolgens dient deze fiscale winst te worden vermeerderd met het financieringskostensurplus, de fiscale afschrijvingen en de fiscale amortisatie. Daarnaast is er expliciet vermeld dat belastingvrije winst niet onder de EBITDA van een belastingplichtige valt.²⁹

In Tabel 1 is een fictief rekenvoorbeeld gegeven betreffende de hoofdregel van de earningsstrippingmaatregel.

²⁷ Art. 13, vierde lid, onderdeel b en vijfde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969, tenzij art. 13, zeventiende lid, Wet VpB 1969 van toepassing is.

²⁸ Art. 4, vierde 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.

²⁹ 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.

Tabel 1: Rekenvoorbeeld betreffende de hoofdregel van de earningsstrippingmaatregel.

		Berekening
Fiscale winst	200	
Aftrekbare rentelasten	350	
Belastbare rentebaten	100	
Financieringskostensurplus	250	350 aftrekbare rentelasten – 100 belastbare rentebaten
Fiscale afschrijvingen en amortisatie	150	
EBITDA	600	200 fiscale winst + 250 financieringskostensurplus + 150 fiscale afschrijvingen en amortisatie
Aftrekbaar financieringskostensurplus	180	600 x 30%
Niet aftrekbaar financieringskostensurplus	70	250 – 180

De earningsstrippingmaatregel wordt toegepast per belastingplichtige. De earningsstrippingmaatregel zoals opgenomen in ATAD1 geldt als minimumvoorwaarde waaraan de lidstaten moeten voldoen. De lidstaten zijn vrij om de earningsstrippingmaatregel een strengere invulling te geven. Dit houdt in dat lidstaten ervoor kunnen kiezen een lager percentage dan 30% te hanteren. Daarnaast kunnen lidstaten ervoor kiezen de afschrijvingen en amortisatie niet in de basis te betrekken. Hierdoor zal de grondslag voor het berekenen van de

aftrekbaarheid van het financieringskostensurplus in veel gevallen lager, maar tenminste gelijk zijn aan de EBITDA.³⁰

Op grond van art. 4, derde lid, onderdeel a van ATAD1 kan in afwijking van de hoofdregel de belastingplichtige het recht worden gegeven op een aftrek van drie miljoen, ongeacht de hoogte van de EBITDA. Dit betekent dat belastingplichtigen ten minste recht hebben op een aftrek van drie miljoen, ook indien 30% van de EBITDA lager is dan drie miljoen.

2.3.3 Belastingplichtigen

De earningsstrippingmaatregel geldt in eerste instantie voor alle belastingplichtigen die onderworpen zijn aan de winstbelasting in de betreffende lidstaat. Art. 4, eerste lid geeft een tweetal mogelijkheden om het begrip belastingplichtige uit te breiden. Lidstaten kunnen hier vrijwillig voor kiezen. Het gaat hierbij om een entiteit die de regels volgens het nationale recht namens een groep mag of moet toepassen³¹ en om een entiteit in een groep die de resultaten fiscaal niet consolideert³². In deze gevallen wordt de earningsstrippingmaatregel, wanneer een lidstaat hiervoor kiest, verplicht toegepast op het niveau van de groep.

Art. 4, derde lid, onderdeel b van ATAD1 kent een uitzondering voor een op zichzelf staande entiteit. Lid 3 geeft vervolgens een invulling aan dit begrip: het gaat om entiteiten die geen deel uitmaken van een voor financiële boekhouding geconsolideerde groep en geen gelieerde onderneming of vaste inrichting hebben. Of er sprake is van een geconsolideerd concern wordt volgens art. 4, achtste lid bepaald op basis van International Financial Reporting Standards (IFRS) of Generally Accepted Accounting Principles (GAAP). Laatstgenoemde is het nationale systeem voor financiële verslaggeving. Het begrip gelieerde onderneming staat nader uitgelegd in art. 2, vierde lid. Hierbij is het van belang dat er sprake is van een 25% aandelenbelang of stemrechtenbelang tussen moeder- en dochtervennootschap of sprake is van zustervennootschappen met een gemeenschappelijke moedervernootschap, die in beide

³⁰ Zie overweging 6 van Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

³¹ Art. 4, eerste 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.

³² Art. 4, eerste 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.

ondernemingen een (in)direct belang van 25% houdt. Dit geldt voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen.

Art. 4, zevende lid van ATAD1 stelt dat lidstaten financiële ondernemingen kunnen uitsluiten van de earningsstrippingmaatregel, ook indien zij deel uitmaken van een geconsolideerde groep. Art. 2, vijfde lid geeft een opsomming van entiteiten die als financiële onderneming worden gezien. Voorbeelden die onder deze categorie vallen zijn bancaire instellingen, verzekeringsmaatschappijen en pensioeninstellingen.

2.3.4 Verrekening

Indien er sprake is van niet-aftekbare rente als gevolg van de earningsstrippingmaatregel, voorziet de richtlijn in drie mogelijkheden om deze niet-aftekbare rente te verrekenen:³³

- a) Voorwaartse verrekening van niet-aftekbare rente zonder beperking in de tijd. Dit houdt in dat het niet-aftekbare deel van het financieringskostensurplus in een later jaar in aftrek kan worden gebracht, indien er in dat jaar onbenutte EBITDA-ruimte is.
- b) Voorwaartse verrekening van niet-aftekbare rente zonder beperking in de tijd en achterwaartse verrekening voor ten hoogste drie kalenderjaren.
- c) Voorwaartse verrekening van niet-aftekbare rente zonder beperking in de tijd en een mogelijkheid om de niet-benutte rentecapaciteit te gebruiken in een periode van vijf jaar. In deze gevallen omvat het financieringskostensurplus minder dan 30% van de EBITDA, waardoor onbenutte EBITDA-capaciteit over blijft. Deze onbenutte capaciteit kan dan worden doorgeschoven tot een periode van maximaal vijf jaar.

Indien de rente in een later jaar alsnog in aftrek kan worden gebracht, blijven hierop de regels van art. 4 ATAD1 van toepassing. Daarnaast is er geen sprake van overgangsrecht. Dit betekent dat van de carryback mogelijkheid en de eventuele niet-benutte rentecapaciteit pas na ingang van de regeling gebruik kan worden gemaakt.³⁴

2.3.5 Groepsescape

In art. 4, vijfde lid van ATAD1 is een groepsescape opgenomen. De belastingplichtige dient hiervoor deel uit te maken van een voor de financiële boekhouding geconsolideerde groep.

³³ 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.

³⁴ P. Kavelaars, 'Earningsstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147, p. 172-173.

Indien de belastingplichtige aan deze voorwaarde voldoet, zijn er twee mogelijkheden die kunnen worden toegepast.

De eerste mogelijkheid is volledige aftrek van zijn financieringskostensurplus. Om gebruik te kunnen maken van deze mogelijkheid, dient ten eerste de ratio tussen zijn eigen vermogen en het balanstotaal gelijk of hoger te zijn dan deze ratio van de groep. Hiervoor geldt dat de ratio geacht wordt gelijk te zijn aan die van de groep, indien de ratio van de belastingplichtige maximaal 2% lager is dan de ratio van de groep. Daarnaast dienen alle activa en verplichtingen te zijn gewaardeerd volgens dezelfde waarderingsgrondslagen, opgesteld overeenkomstig IFRS of GAAP.³⁵

De tweede mogelijkheid is een renteaftrek die hoger is dan de aftrek zou zijn op basis van lid 1. Deze regeling houdt kort gezegd in dat voor de berekening van de aftrekbaarheid gebruik wordt gemaakt van de concern EBITDA in plaats van de EBITDA van de belastingplichtige zelf. Hiervoor dient eerst de concernratio te worden vastgesteld. Deze is gelijk aan het financieringskostensurplus gedeeld door de EBITDA van het concern. Vervolgens wordt de concernratio toegepast op de EBITDA van de belastingplichtige.³⁶

2.3.6 In werking treden van de earningsstrippingmaatregel

Art. 11, eerste lid van de richtlijn stelt dat lidstaten de earningsstrippingmaatregel uiterlijk per 1 januari 2019 in de wetgeving dienen op te nemen. Lid 6 geeft een uitzondering op deze regel indien lidstaten op 8 augustus 2016 reeds beschikken over een vergelijkbare renteaftrekbeperking. In dit geval dienen lidstaten uiterlijk per 1 januari 2024 de earningsstrippingmaatregel te implementeren. De lidstaten dienen te bewijzen dat er sprake is van een vergelijkbare renteaftrekbeperking, die tenminste even effectief is als de earningsstrippingmaatregel. Dit houdt in dat er sprake dient te zijn van een vergelijkbare renteaftrekbeperking met een generiek karakter, die niet afhankelijk is van de individuele situaties van belastingplichtigen.³⁷

³⁵ 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.

³⁶ Ar. 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.

³⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 13-14.

2.4 De voor- en nadelen van de earningsstrippingmaatregel

De earningsstrippingmaatregel koppelt de hoogte van de aftrekbaarheid van rente aan de fiscale EBITDA. Een belangrijk onderdeel hiervan is dat het bedrijfsresultaat wordt gecorrigeerd voor twee non-cash kosten, namelijk afschrijvingen op materiële en immateriële activa. Een voordeel hiervan is dat wordt aangesloten bij de capaciteiten van een bedrijf om aan zijn renteverplichtingen te voldoen.³⁸

Een ander groot voordeel is de eenvoud van de regeling. Door de koppeling van aftrekbaarheid aan het gecorrigeerde bedrijfsresultaat, is de regeling moeilijk te omzeilen.

Een nadeel van de earningsstrippingmaatregel is het procyclische karakter. In tijden van economische groei bestaat er veel ruimte tot aftrek, aangezien de EBITDA van belastingplichtigen in zulke tijden hoog zal zijn. De effecten van de earningsstrippingmaatregel zullen dan beperkt zijn. In tijden waarin het minder voorspoedig gaat, is er minder ruimte voor renteaftrek en zullen belastingplichtigen sneller worden geraakt door de earningsstrippingmaatregel. Het gevolg hiervan is dat zich een zwaarwegend liquiditeitsnadeel voordoet.³⁹

Een ander nadeel is dat de earningsstrippingmaatregel kan leiden tot rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen. Het bedrijfsresultaat kan namelijk verschillen per jaar, waardoor belastingplichtigen niet weten hoeveel rentekosten aftrekbaar zullen zijn in het toekomstige jaar. Ook wordt er bij toepassing van de maatregel geen rekening gehouden met onderliggende motieven. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen financieringen aangegaan met derden of gelieerde lichamen. Dit zal ertoe leiden dat de regeling als onevenredig kan worden ervaren. Bovendien kan er sprake zijn van dubbele belastingheffing in het geval dat de rentekosten niet aftrekbaar zijn, maar de renteopbrengsten wel direct worden belast bij de geldverstrekker.⁴⁰

Daarnaast kan ook sprake zijn van strijdigheid met het draagkrachtbeginsel. In het geval dat rente niet aftrekbaar blijft, heeft dit tot gevolg dat belastingplichtigen worden belast voor winst die zij niet daadwerkelijk hebben gemaakt.

³⁸ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 439.

³⁹ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223, p. 108-109.

⁴⁰ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 439-440.

Als laatste heeft de wijze van implementatie een groot effect op het internationale vestigingsklimaat. Het kiezen voor een beperkte verrekening van niet-aftrekbare rente kan een negatief effect hebben op het vestigingsklimaat wanneer andere lidstaten kiezen voor een ruimere verrekening. Hetzelfde geldt met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de drempel. Een hoge drempel is immers aantrekkelijker voor bedrijven.

2.5 Op welke wijze is de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd?

De Nederlandse earningsstrippingmaatregel heeft zijn plek gekregen in art. 15b Wet VpB 1969. In lid 1 wordt de hoofdregel omschreven overeenkomstig ATAD1. Uit art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 blijkt dat de Nederlandse wetgever gekozen heeft voor een aftrekpercentage van 30% van de EBITDA. Gezien de internationale concurrentiepositie is het van belang het aftrekpercentage af te stemmen op andere lidstaten.⁴¹

Uit art. 15b, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 blijkt dat er gekozen is voor een drempel van één miljoen in plaats van de maximale drempel van drie miljoen. Dit kan een negatieve invloed hebben op het internationale vestigingsklimaat indien overige lidstaten wel de drempel van drie miljoen toepassen. De Nederlandse drempel van één miljoen wordt toegepast per belastingplichtige. Dit betekent dat op het niveau van een fiscale eenheid de drempel eenmalig kan worden toegepast. Het kan daarom voordelig zijn de fiscale eenheid op te splitsen in meerder belastingplichtigen om meermaals gebruik te maken van de één miljoengrens. De drempel kan nooit meer bedragen dan het financieringskostensurplus en zal dus niet tot belastingteruggave leiden.

Van de in hoofdstuk 2.3.5 bedoelde groepsescape heeft Nederland geen gebruik gemaakt, hoewel de regering in het consultatiedocument een afweging maakt tussen de twee mogelijkheden.⁴² Zonder groepsescape hebben alle belastingplichtigen die volgens de norm met te veel vreemd vermogen zijn gefinancierd te maken met de earningsstrippingmaatregel en niet enkel de belastingplichtigen die meer vreemd vermogen hebben aangetrokken dan de groep. Ook een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten, als bedoeld in art. 4, derde lid, onderdeel b van ATAD1, ontbreekt in de Nederlandse wetgeving. De staatssecretaris is van mening dat een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten niet in overeenstemming is met

⁴¹ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223, p. 104.

⁴² Consultatiedocument implementatie ATAD1, 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

het doel dat met deze regeling wordt nagestreefd.⁴³ Om diezelfde reden heeft de staatssecretaris ervoor gekozen om geen onderscheid te maken tussen financieringen aangaan met derden of gelieerde lichamen.⁴⁴

Daarnaast treft Nederland geen regeling om financiële ondernemingen uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel. Dit vloeit onder andere voort uit de toepassing van de earningsstrippingmaatregel op het niveau van de fiscale eenheid. Aangezien banken en verzekeraars die tot een fiscale eenheid behoren over het algemeen meer rente ontvangen dan betalen, zullen zij niet geraakt worden door de earningsstrippingmaatregel. Er hoeft daarom volgens het kabinet geen uitzondering te worden opgenomen voor de financiële sector.⁴⁵

Ook heeft Nederland geen gebruik gemaakt van de in hoofdstuk 2.3.1 bedoelde uitzondering voor leningen die zijn ontstaan vóór 17 juni 2016. Dit betekent dat de renteaftrekbeperking betrekking heeft op zowel nieuwe als bestaande leningen. De reden hiervoor berust in de uitvoerbaarheid van zulke uitzonderingen. Er zou in dat geval per lening vast moeten worden gesteld wanneer de lening is ontstaan en of er wijzigingen zijn aangebracht in de overeenkomst. Daarnaast speelt de budgettaire doelstelling een grote rol. Het toepassen van deze uitzondering zou tot een forse lagere opbrengst leiden in de eerste jaren, terwijl de verlaging van het VPB-tarief deels gefinancierd gaat worden uit de opbrengsten uit de earningsstrippingmaatregel.⁴⁶

Nederland heeft gebruik gemaakt van één specifieke uitzondering, namelijk de Publieke-Private Samenwerking. Het Rijk is bij bepaalde openbare-infrastructuurprojecten partner van private partijen. Er kan onvoldoende rekening worden gehouden met de fiscale regelgeving wat betreft de vergoeding die het Rijk betaalt aan deze private partijen. Om die reden is ervoor gekozen om bepaalde Publieke-Private Samenwerking in het kader van openbare-infrastructuurprojecten uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel.⁴⁷

Wat betreft de verrekening van het financieringskostensurplus dat in een jaar niet in aftrek kan worden gebracht, past Nederland de in hoofdstuk 2.3.4 beschreven optie A toe. Dit houdt in dat Nederland gebruikt maakt van onbeperkte carryforward van niet-aftrekbare rentekosten. Er is geen mogelijkheid voor carryback. Ook is er geen mogelijkheid om onbenutte EBITDA door

⁴³ Zie hoofdstuk 2.6 voor een nadere uitwerking.

⁴⁴ Zie hoofdstuk 2.6 voor een nadere uitwerking.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p 12-13.*

⁴⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p 14.*

⁴⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p 13.*

te schuiven naar eerdere of latere jaren. Deze optie is het minst belastend voor de uitvoering. De niet-aftrekbare rente wordt bij een voor bezwaar vatbare beschikking vastgesteld.⁴⁸

Als laatste heeft Nederland geen gebruik gemaakt van de optie om de earningsstrippingmaatregel eventueel per 1 januari 2024 in werking te laten treden als er aan voorwaarden wordt voldaan. Nederland zou in dat geval moeten aantonen dat een vergelijkbare renteaftrekbeperking reeds is opgenomen in de Nederlandse wetgeving. Gezien het algemene karakter van de earningsstrippingmaatregel en het specifieke karakter van de reeds bestaande renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse wetgeving verwachtte het kabinet weinig kans op slagen. Nederland heeft er daarom voor gekozen de earningsstrippingmaatregel per 1 januari 2019 in werking te laten treden.

2.6 Wat is het doel van de Nederlandse wetgever bij het implementeren van de ATAD-richtlijn t.a.v. de earningsstrippingmaatregel?

Voor de implementatie van de earningsstrippingmaatregel heeft het kabinet ervoor gekozen verder te gaan dan strikt noodzakelijk. Het kabinet streeft met de invoering van deze regeling er niet alleen naar om grondslaguitholling tegen te gaan, maar wil hiermee ook een gelijkere fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen bereiken bij alle belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting.⁴⁹ Deze ongelijkheid doet zich voor omdat rentekosten fiscaal aftrekbaar zijn van de winst, hoewel de vergoeding op eigen vermogen fiscaal niet aftrekbaar is. Hierdoor ontstaat er een stimulans voor bedrijven om vreemd vermogen aan te trekken in plaats van eigen vermogen. Deze excessieve verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen zorgt voor een slechte weerbaarheid in tijden van tegenslagen.

Het belang van een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen wordt besproken in een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. De financiële sector is momenteel geen zelfstandige sector, maar een fundamenteel onderdeel van de Nederlandse economie. Hierdoor is de Nederlandse economie sterk afhankelijk van ontwikkelingen in de financiële sector en andersom. Deze afhankelijkheid heeft een negatief effect op de schokbestendigheid van de bedrijven. Om de economie te versterken is het daarom

⁴⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p 12.*

⁴⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p. 9.*

van belang dat de economie minder afhankelijk wordt van de financiële sector. Dit kan worden bereikt door een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen.⁵⁰

Het streven naar een gelijkere behandeling is terug te vinden in de wijze van implementatie. De keuze om geen groepsescape toe te passen, waarvoor ATAD1 mogelijkheden biedt, sluit aan bij het doel van de Nederlandse wetgever. Door geen groepsescape toe te passen worden alle belastingplichtigen van de groep geraakt door de earningsstrippingmaatregel die volgens de norm te veel vreemd vermogen hebben aangetrokken en niet alleen de belastingplichtigen die meer vreemd vermogen hebben aangetrokken dan de groep waartoe ze behoren.⁵¹

Daarnaast bestaat in de Nederlandse wetgeving geen uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten. Deze uitzondering zou tegengesteld zijn met het doel dat wordt nagestreefd, aangezien een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen losstaat van het feit of een belastingplichtige onderdeel is van een geconsolideerde groep of een gelieerd lichaam of vaste inrichting heeft. Het is daarom ook logisch dat de wetgever gekozen heeft om deze uitzondering niet op te nemen.

Ook de keuze voor de drempel van één miljoen in plaats van drie miljoen past bij het doel dat wordt nagestreefd. Een hoge drempel zou er namelijk voor zorgen dat de ongelijke behandeling voor een groot deel van de belastingplichtigen in stand blijft.⁵²

Tot slot heeft Nederland ervoor gekozen om geen uitzondering te maken voor de financiële sector. Dit vloeit voort uit de gedachte dat ook in de financiële sector een gelijkere behandeling wordt nagestreefd.⁵³

Volgens Strien wordt de kern van het probleem niet aangepakt. Er wordt dan wel gestreefd naar een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen, maar binnen de ruimte voor aftrekbaarheid van rente bestaat er nog steeds een prikkel om vreemd vermogen aan te trekken. Door de earningsstrippingmaatregel worden alleen de excessen aangepakt in plaats van de fundamentele problemen.⁵⁴ Ook Smit is van mening dat de earningsstrippingmaatregel niet de juiste wijze is om deze gelijkere behandeling na te streven. Hij geeft aan dat de gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen op deze wijze alleen van toepassing

⁵⁰ WRR, *Samenleving en financiële sector in evenwicht*, 2016.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 11.

⁵² *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 11.

⁵³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 12-13.

⁵⁴ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223, p. 109.

is op de aftrekkant. Volgens hem zou het huidige systeem geheel veranderd moeten worden om deze twee gelijk te behandelen.⁵⁵ Ik sluit mij aan bij deze mening van Strien en Smit. Naar mijn mening is er inderdaad een verandering in het gehele systeem nodig om deze doelstelling na te streven. De earningsstrippingmaatregel zorgt niet voor een principiële verandering, aangezien de aftrekbeperking zich enkel richt op de aftrekkant.

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag: ‘*Wat is het doel van de earningsstrippingmaatregel?*’ centraal. De earningsstrippingmaatregel is ontstaan als gevolg van het BEPS-project. De regeling richt zich tegen grondslaguitholling door bovenmatige renteaftrek niet langer toe te staan. De hoofdregel luidt dat belastingplichtigen maximaal 30% van hun EBITDA als rentekosten, na saldering van rentekosten en -baten, in aftrek mogen brengen. Door de robuuste eenvoud van de regeling is de maatregel lastig te ontwijken. De afhankelijkheid van het fiscale gecorrigeerde bedrijfsresultaat kan echter tot rechtsonzekerheid leiden voor belastingplichtigen. Daarnaast kan de wijze van implementatie een groot effect hebben op het internationale vestigingsklimaat. Nederland heeft ervoor gekozen de earningsstrippingmaatregel een strenge invulling te geven. Zo is er gekozen voor een lage drempel van één miljoen en is er slechts één uitzondering in de wet opgenomen voor bepaalde Private-Publieke Samenwerking-projecten met betrekking tot openbare-infrastructuur. Het doel dat de Nederland hiermee nastreeft naast het tegengaan van grondslaguitholling, is een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Hierdoor probeert Nederland de aantrekkelijkheid van financieringen met vreemd vermogen te verminderen.

⁵⁵ D.S. Smit, ‘De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 441.

Hoofdstuk 3: De effectiviteit van de hoofdregel

3.1 Inleiding

Bij het implementeren van de earningsstrippingmaatregel uit ATAD1 heeft de Nederlandse wetgever bewust ervoor gekozen om de renteaftrekbepanking strenger te implementeren dan strikt noodzakelijk.⁵⁶ Hiermee streeft de wetgever, zoals aangegeven in hoofdstuk 2.6, naar een gelijkere behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Smit betwijfelt echter of de earningsstrippingmaatregel de juiste wijze is om deze gelijkere behandeling te verwezenlijken. Een goede afweging tussen de verschillende alternatieven van de earningsstrippingmaatregel is bij implementatie volgens Smit achterwegen gebleven.⁵⁷

In dit hoofdstuk zal de volgende onderzoeksvraag worden behandeld: *‘Is de hoofdregel van de earningsstrippingmaatregel zoals die in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd in lijn met het doel dat Nederland met deze regeling nastreeft?’*. Zoals besproken in hoofdstuk 2.6 wil Nederland met deze maatregel grondslaguitholling tegengaan en streeft Nederland naar een gelijkere behandelingen van vreemd vermogen en eigen vermogen. Het doel van de OECD en ATAD1 met betrekking tot de earningsstrippingmaatregel is grondslaguitholling tegengaan. Deze doelstelling is ook onderdeel van de Nederlandse doelstelling, waardoor het toetsen aan de Nederlandse doelstelling volstaat. Om de deelvraag te beantwoorden zal worden ingegaan op de hoofdregel, de keuze voor de één miljoen drempel in plaats van drie miljoen, de keuze om geen overgangsrecht toe te passen en de onduidelijkheid rondom rentekosten en -baten.

3.2 De effectiviteit van de hoofdregel

3.2.1 30% van de EBITDA

De hoofdregel dat een belastingplichtige 30% van zijn EBITDA als rentekosten, na saldering van rentekosten en -baten, in aftrek mag brengen zorgt ervoor dat grondslaguitholling wordt verminderd. Een belastingplichtige kan zijn grondslag immers slechts voor 30% uithollen. Hiermee zal de renteaftrek dichterbij de economische realiteit komen, waardoor belastingontwijking door middel van grondslaguitholling grotendeels wordt tegengegaan. In dit opzicht is de hoofdregel in overeenstemming met zijn doel, omdat deze maatregel ervoor zorgt dat belastingontwijking door middel van grondslaguitholling wordt tegengegaan.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 9.

⁵⁷ D.S. Smit, ‘De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 441.

Belastingontwijking houdt in dit verband in dat belastingplichtigen hun grondslag uithollen binnen de mogelijkheden van de wet, wat resulteert in een situatie die niet in overeenstemming is met de economische realiteit.⁵⁸ De earningsstrippingmaatregel houdt echter geen rekening met de economische realiteit, maar bestrijdt elke vorm van grondslaguitholling. In dit opzicht kan worden gesteld dat de earningsstrippingmaatregel verder gaat dan het doel dat wordt nagestreefd. Dat OECD de renteaftrek koppelt aan de fiscale EBITDA leidt ertoe dat de regeling aansluit bij de economische activiteiten van belastingplichtigen.⁵⁹ Dit hoeft echter niet per definitie te betekenen dat hierdoor wordt aangesloten bij de economische realiteit, aangezien winstgevendheid geen vereiste is voor een economisch activiteit. In dit opzicht is de maatregel niet effectief.

De hoofdregel zorgt ervoor dat belastingontwijking door middel van grondslaguitholling wordt verminderd. Aangezien de maatregel geen rekening houdt met de economische realiteit, heeft de maatregel betrekking op alle rentekosten. Hierdoor worden ook situaties geraakt waarbij geen sprake is van belastingontwijking. Concluderend ben ik van mening dat de hoofdregel niet in overeenstemming is met het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft. De wetgever zou ervoor kunnen kiezen om aan te sluiten bij de economische realiteit. In dat geval zou er per situatie materieel getoetst dienen te worden of er sprake is van belastingontwijking. Dit zal in de praktijk echter veel tijd en geld kosten. Daarnaast kan het lastig te bewijzen zijn in welke situaties sprake is van belastingontwijking. Dit zou tot veel rechtszaken kunnen leiden.

3.2.2. De drempelkeuze

De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een lagere drempel dan de maximale drempel van drie miljoen.⁶⁰ Volgens de staatssecretaris past een hogere drempel niet bij het doel van een gelijke behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Bij een hogere drempel zou het voordeel van financieringen met vreemd vermogen voor een groot deel van de belastingplichtigen blijven bestaan.⁶¹ De keuze voor een drempel van één miljoen is daarom in overeenstemming met het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft.

De drempel wordt toegepast per belastingplichtige. Een mogelijk gevolg hiervan is dat een groep zich kan opsplitsen in meerdere belastingplichtigen om meermaals gebruik te maken van

⁵⁸ J. Kruithof, 'Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals', *WFR* 2013/1418, par. 2.

⁵⁹ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

⁶⁰ Art. 15b, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 11.

de één miljoen drempel. Op dit punt is de maatregel niet effectief. Belastingplichtigen zouden zich kunnen opsplitsen in meerdere belastingplichtigen. Op deze manier zouden zij vaker gebruik kunnen maken van de drempel, waardoor hun grondslag verder uitgehold kan worden. Op dit punt wordt belastingontwijking door middel van grondslaguitholling niet voldoende tegengegaan. De wetgever heeft aangegeven dat wanneer dit in de praktijk veelvuldig zal voorkomen, de wetgever alsnog gebruik kan maken van de in ATAD1 voorziene anti-fragmentatiebepaling.⁶²

3.3 Overgangsrecht

3.3.1 Inleiding

De wetgever heeft ervoor gekozen om geen overgangsrecht toe te passen op bestaande leningen. Zoals aangegeven in hoofdstuk 2.5 berust de reden hiervan in de uitvoerbaarheid van de uitzondering en het budgettaire effect wanneer deze uitzondering zou worden opgenomen. Gevolg hiervan is dat de earningsstrippingmaatregel per 1 januari 2019 in werking is getreden voor zowel bestaande als nieuwe leningen. Volgens Smit was een soepelere benadering wenselijker geweest gezien de principiële wijziging in de behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Volgens hem zou een hogere drempel als uitgangspunt gevolgd door een stapsgewijze verlaging wenselijk zijn. Op deze manier zouden belastingplichtigen de tijd krijgen zich aan te passen aan de nieuwe aftrekbeperking. Deze stapsgewijze grondslagverbreding zou daarnaast goed aansluiten bij de verlaging van het VPB-tarief.⁶³

Volgens Schuver kan het zo zijn dat op grond van de algemene beginselen van behoorlijk overgangsbeleid, overgangsrecht wenselijk is. Tot deze beginselen behoren rechtszekerheid, bescherming van het eigendomsrecht, het non-discriminatiebeginsel, beginsel van technische uitvoerbaarheid en de legitieme doelstelling.⁶⁴

3.3.2 Rechtszekerheidsbeginsel

Wanneer overgangsrecht wordt toegepast, heeft dit een positief effect op het rechtszekerheidsbeginsel. Belastingplichtigen worden hierdoor niet ineens getroffen door de earningsstrippingmaatregel. Bij het aangaan van de financieringen zijn belastingplichtigen er

⁶² *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 12.

⁶³ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 444-445.

⁶⁴ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Universiteit Leiden 2009, p. 368.

immers vanuit gegaan dat de rente aftrekbaar is, aangezien de earningsstrippingmaatregel toen nog niet bestond. De keuze om geen gebruik te maken van overgangsrecht met betrekking tot de earningsstrippingmaatregel is daarom een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel.⁶⁵

3.3.3 Inbreuk op het eigendomsrecht

In art. 1 EP EVRM⁶⁶ is er een onderscheid gemaakt tussen drie verschillende regels met betrekking tot het eigendomsrecht. De eerste is de genotsregel. Dit houdt in dat eenieder recht heeft op een ongestoord genot van eigendom. Vervolgens bestaat er nog de ontnemingsregel. Deze regel houdt in dat er een verbod staat op het ontnemen van eigendom. Als laatste is er de reguleringsregel. Deze regel geeft toestemming om eigendom in bepaalde gevallen te reguleren. De ontnemings- en reguleringsregel zijn een specificatie van de genotsregel. Wanneer sprake is van het ontnemen van eigendom is overgangsrecht in principe verplicht. In art. 1, eerste volzin, EP EVRM staat vermeld dat dit geldt voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen.

Bij belastingzaken is in het algemeen de reguleringsregel van toepassing. Dit houdt in dat een staat het recht heeft om eigendom te reguleren om belastinginkomsten zeker te stellen. Bij belastingzaken zal daarom niet snel sprake zijn van een inbreuk op het eigendomsrecht.⁶⁷

Wanneer vastgesteld is dat sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, dient vastgesteld te worden of er rechtvaardigingsgronden van toepassing zijn. Deze bestaan uit drie cumulatieve voorwaarden: de rechtsgeldigheid, het algemeen belang en het proportionaliteitsbeginsel. De rechtsgeldigheid houdt in dat de inbreuk op het eigendom vastgelegd moet zijn in de wet. Daarnaast moet er een algemeen belang worden nagestreefd bij het invoeren van de regeling. Als laatste moet de regel proportioneel zijn. Dit betekent dat er geen sprake mag zijn van een individuele excessieve last. Wanneer er aan alle drie de rechtvaardigingsgronden is voldaan is de maatregel niet in strijd met art. 1 EP EVRM.⁶⁸

⁶⁵ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever, Universiteit Leiden 2009, p. 370.

⁶⁶ EP EVRM staat voor Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Parijs, 20-03-1952.

⁶⁷ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever, Universiteit Leiden 2009, p. 243.

⁶⁸ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever, Universiteit Leiden 2009, p. 244.

In het geval van de earningsstrippingmaatregel is de kans klein dat er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht. Volgens Schuver komt dit in belastingzaken namelijk maar zelden voor. Daarnaast geldt er in belastingzaken een ruime beoordelingsvrijheid ten gunste van de wetgever bij het toetsen van de rechtvaardigingsgronden.⁶⁹ Hieruit kan geconcludeerd worden dat er bij de earningsstrippingmaatregel waarschijnlijk geen sprake zal zijn van een inbreuk op het eigendomsrecht.

3.3.4 Het non-discriminatiebeginsel

Het non-discriminatiebeginsel houdt in dat bij aanpassing van een maatregel in de winstsfeer geen ander overgangsrecht mag worden toegepast dan bij eerdere aanpassingen van deze maatregel gold. Als er geen rechtvaardiging is voor deze ongelijkheid in overgangsrecht, dient een ander overgangsrecht toegepast te worden. Er kan ook sprake zijn van discriminatie wanneer overgangsrecht ervoor zorgt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen belastingplichtigen. Wanneer gelijke gevallen ongelijk behandeld worden, dient te worden getoetst of hieraan een legitieme doelstelling ten grondslag ligt en of de overgangsmaatregel proportioneel is.⁷⁰ ATAD1 dient zelf ook aan het non-discriminatiebeginsel te voldoen en mag geen onderscheid maken tussen belastingplichtigen. Aangezien in ATAD1 geen uitzondering is opgenomen voor zuivere binnenlandse situaties, is de earningsstrippingmaatregel van toepassing op zowel binnenlandse als buitenlandse situaties. Dit duidt erop dat er geen sprake zal zijn van discriminatie.⁷¹

De vraag rijst of er met betrekking tot de fiscale eenheid en toepassing van de earningsstrippingmaatregel sprake is van discriminatie. Het HvJ oordeelde in de zaak X bv dat bij elk voordeel van de fiscale eenheid moet worden bepaald of dit voordeel beperkt mag worden tot binnenlandse situaties.⁷² Deze zaak had betrekking op art 10a Wet VpB 1969. Door een fiscale eenheid aan te gaan is de renteaftrekbepanking van art. 10a Wet VpB 1969 in veel binnenlandse situaties niet van toepassing. Het HvJ oordeelde dat dit verboden discriminatie

⁶⁹ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever, Universiteit Leiden 2009, p. 244.

⁷⁰ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever, Universiteit Leiden 2009, p. 373.

⁷¹ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 445.

⁷² HvJ EU 22 februari 2018, c-398/16 (X bv), *NTR* 2018/563.

oplevert. De discussie bestaat nu of voor de earningsstrippingmaatregel eenzelfde redenatie geldt.

Volgens Smit is dit niet het geval. Hij is van mening dat dit bij de earningsstrippingmaatregel gerechtvaardigd wordt door het territorialiteitsbeginsel en de coherentie van de maatregel.⁷³ Bagci, Ruige en Vermeulen delen deze mening.⁷⁴ Het territorialiteitsbeginsel houdt in dat er een verband dient te bestaan tussen de belastingheffing en het territoir van een staat. Een staat mag dus belasting heffen over de inkomsten die binnen zijn grenzen zijn ontstaan. Daarnaast mag een staat heffen over het wereldinkomen van zijn inwoners. De vraag is echter of het toepassen van het territorialiteitsbeginsel leidt tot strijdigheid met het EU-recht. Bot en Nijhuis geven hierbij als voorbeeld dat wanneer een Nederlandse vennootschap een filiaal in Eindhoven en Antwerpen heeft, de verliezen van het filiaal in Eindhoven wel van de winst van de vennootschap mogen worden afgetrokken, maar de verliezen van het filiaal in Antwerpen niet. Hierdoor bestaat er een belemmering om een filiaal buiten Nederland te vestigen.⁷⁵ Fiscale coherentie houdt in dat tegenover een aftrek ook een belastbaarheid dient te bestaan binnen het belastingstelsel. Zo werden in het Bachmann-arrest oudedagsverzekeringspremies, betaald aan een Duitse verzekeringsmaatschappij door een Duitse inwoner van België, in aftrek geweigerd, omdat het niet zeker was dat België de uitkeringen later zou kunnen belasten.⁷⁶

Van Strien lijkt wel strijdigheid met het EU-recht terug te zien bij de toepassing van de fiscale eenheid. Volgens Van Strien hangt het van de vestigingsplaats van de dochtervennootschappen af of de earningsstrippingmaatregel van toepassing is of niet. Een dochter gevestigd buiten Nederland zal er namelijk voor zorgen dat er geen sprake is van een fiscale eenheid, waardoor de groep hoogstwaarschijnlijk binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel zal vallen. Ik sluit mij echter aan bij de mening van Smit, Bagci, Ruige en Vermeulen dat de discriminatie gerechtvaardigd zal zijn op basis van het territorialiteitsbeginsel en de coherentie van de earningsstrippingmaatregel. Art. 15b Wet VpB 1969 is ook niet opgenomen in de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. De wet beoogt het fiscale-eenheid regime in overeenstemming

⁷³ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 446.

⁷⁴ R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 'De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijk analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?', *WFR* 2018/153, p. 1073.

⁷⁵ S. H. E. Bot & O. Nijhuis, 'Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?', *WFR* 2005/1161, par. 3.1.

⁷⁶ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *FED* 1992/286.

te brengen met het Europese recht. De wet geldt per 17 mei 2019 met een terugwerkende kracht tot 1 januari 2018.⁷⁷

Daarnaast is er volgens Smit ook geen sprake van discriminatie met betrekking tot de één miljoengrens. Door deze lage grens hebben kleine bedrijven vaak geen last van de earningsstrippingmaatregel, maar zijn het vooral de multinationals die worden belast. Volgens Smit is hier geen sprake van discriminatie, omdat er geen expliciete link wordt gelegd met de eigenschappen van de multinationals. Concluderend zal er bij de earningsstrippingmaatregel mijns inziens geen sprake zijn van discriminatie.

3.3.5 Het beginsel van technische uitvoerbaarheid

Bij het beginsel van technische uitvoerbaarheid gaat het om de uitvoerbaarheid en uitvoeringskosten van overgangsrecht. Naast het budgettaire effect is de uitvoerbaarheid een van de redenen waarom de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van overgangsrecht.⁷⁸ Volgens de staatssecretaris is er sprake van technische onuitvoerbaarheid. Ruijschop is het hiermee eens⁷⁹, hoewel Van Strien van mening is dat overgangsrecht wel uitvoerbaar zou zijn⁸⁰. Het is dus niet geheel duidelijk of daadwerkelijk sprake is van technische onuitvoerbaarheid. Wel kan worden geconcludeerd dat overgangsrecht complex zou zijn en daarom veel uitvoeringskosten met zich mee zou brengen. Ruijschop laat uit zijn commentaar blijken dat hij het eens is met het feit dat geen overgangsrecht is toegepast. Zelf dacht hij aan een mogelijkheid om voor leningen die zijn aangegaan vóór 17 juni 2016 en daaropvolgend niet meer zijn gewijzigd tijdelijk een hogere EBITDA-grens toe te passen. Dit lijkt ook niet toepasbaar, aangezien ATAD1 hier geen ruimte voor biedt.⁸¹ Van Strien achtte overgangsrecht wenselijk gezien de grote invloed van deze maatregel op de bedrijfsstructuur.⁸² Het argument dat overgangsrecht zou zorgen voor een complex systeem is volgens hem geen reden om geen overgangsrecht toe te passen. Als belastingplichtigen eenmalig de keuze krijgen voor overgangsrecht, zullen zij zelf voor een complexer systeem kiezen indien dit voordeliger is voor hen. Hoewel het voor de

⁷⁷ Art. 4, eerste lid, onderdeel a, Wet van 24 april 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid (Wet spoedreparatie fiscale eenheid).

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 14.

⁷⁹ Commentaar op Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1) door M.H.C. Ruijschop, *NDFR*.

⁸⁰ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223, p. 106.

⁸¹ Commentaar op Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1) door M.H.C. Ruijschop, *NDFR*.

⁸² J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223, p. 106.

belastingdienst complex zou zijn twee systemen naast elkaar te hanteren, acht Van Strien dit wel uitvoerbaar en doet daarbij een beroep op de rechtszekerheid.⁸³

3.3.6 De legitieme doelstelling

De legitieme doelstelling van een maatregel is ook van groot belang bij het maken van de keuze om overgangsrecht toe te passen. Bij de keuze om geen overgangsrecht toe te passen met betrekking tot de earningsstrippingmaatregel speelde het budgettaire aspect een grote rol. Het budgettaire aspect mag echter niet de enige rechtvaardiging zijn voor belastend overgangsrecht.⁸⁴ In het geval van de earningsstrippingmaatregel zou overgangsrecht inhouden dat rente die op grond van de renteaftrekbeperking niet in aftrek zou worden mogen gebracht, op grond van overgangsrecht toch in aftrek is toegestaan. Dit houdt in dat overgangsrecht ervoor zou zorgen dat belastingontwijking voor langere tijd niet zou worden tegengegaan. Op basis hiervan ben ik van mening dat er terecht geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om overgangsrecht toe te passen.

3.3.7 Subconclusie

De invoering van de earningsstrippingmaatregel zorgt voor een inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel. Echter dient ook rekening gehouden te worden met de uitvoerbaarheid van overgangsrecht en het non-discriminatiebeginsel. De staatssecretaris acht overgangsrecht gezien de uitvoerbaarheid onwenselijk.⁸⁵ Van strijdigheid met het non-discriminatiebeginsel lijkt geen sprake te zijn, aangezien dit gerechtvaardigd lijkt te zijn door het territorialiteitsbeginsel en de coherentie van de maatregel. Daarnaast dient er rekening gehouden te worden met de doelstelling van de earningsstrippingmaatregel. Het toepassen van overgangsrecht zou ertoe leiden dat de renteaftrek tijdelijk voor bepaalde leningen niet zou worden beperkt. Er dient een afweging gemaakt te worden tussen deze verschillende componenten. De afweging om geen overgangsrecht toe te passen lijkt mij effectief, gezien de uitvoeringskosten, het budgettaire effect en de doelstelling van de maatregel.

⁸³ J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223, p. 106.

⁸⁴ M. Schuver-Bravenboer, Proefschrift, Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever, Universiteit Leiden 2009, p. 377.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 13-14.

3.4 Begrippen

3.4.1 Inleiding

De earningsstrippingmaatregel gaat uit van het financieringskostensurplus. Deze heeft enkel betrekking op aftrekbare rentekosten en belastbare rentebaten. Hieruit kan worden afgeleid dat de earningsstrippingmaatregel als een vangnetbepaling fungeert. Rente die op basis van andere bepalingen niet in aftrek kan worden gebracht, valt niet binnen het toepassingsbereik van art. 15b Wet VpB 1969. De vraag is echter wat onder rente moet worden verstaan. ATAD1 geeft enkel een definitie van het begrip financieringskosten: *‘rentelasten op alle vormen van schuld, andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen als omschreven in het nationale recht, [...]’*⁸⁶ In de definitie wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven van kosten die kwalificeren als financieringskosten voor de earningsstrippingmaatregel. Hieronder vallen betalingen in het kader van winstdelende leningen, rente op converteerbare obligaties, bedragen in het kader van alternatieve financieringen en het financieringskostenelement van betalingen voor financiële leasing. Daarnaast vallen kosten die verband houden met het aantrekken van leningen ook onder de earningsstrippingmaatregel.

De omvangrijke definitie van het begrip financieringskosten is volgens Smit begrijpelijk. Op deze manier kunnen belastingplichtigen de maatregel niet ontwijken door rentekosten in een andere vorm te gieten.⁸⁷ Van Strien heeft zijn twijfels over de uitvoerbaarheid met betrekking tot het begrip financieringskosten. In de praktijk zal het volgens hem lastig te bepalen zijn welke kosten economisch gelijk zijn aan rente.⁸⁸

3.4.2 Overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst

3.4.2.1 Inleiding

Art. 15b, tweede lid, Wet VpB 1969 geeft aan dat onder de Nederlandse earningsstrippingmaatregel het rentesaldo wordt gevormd door het bedrag aan rentelasten ter zake van geldleningen verminderd met het bedrag van rentebaten ter zake van geldleningen. De

⁸⁶ Art. 2, 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.

⁸⁷ D.S. Smit, ‘De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 442.

⁸⁸ J. van Strien, ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1’, *WFR* 2018/7223, p. 103.

definitie van een geldlening is: ‘een vordering of schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst;’.⁸⁹ Met een vergelijkbare overeenkomst wordt bijvoorbeeld financial lease of huurkoop bedoeld.⁹⁰ Operational lease beschouwt de staatssecretaris als een vorm van huur. Dit is dus geen met een geldlening vergelijkbare overeenkomst.⁹¹

3.4.2.2 De Nederlandse definitie versus ATAD1

Volgens Smit sluiten deze Nederlandse definities niet geheel aan bij het door ATAD1 geformuleerde financieringskostensurplus.⁹² Ook van Strien is van mening dat aansluiten bij het door ATAD1 geformuleerde begrip handiger zou zijn.⁹³ Dat de Nederlandse definitie niet aansluit bij de definitie van ATAD1 blijkt bijvoorbeeld uit pensioen- en verzekeringsovereenkomsten. ATAD1 spreekt van ‘alle vormen van schuld’. De Nederlandse wetgeving is enkel van toepassing op een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst. Volgens van Nus is het feit dat dergelijke overeenkomsten niet vaak gebruikt worden voor grondslaguitholling, en wanneer dit wel het geval is onder de aftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 vallen⁹⁴, geen rechtvaardiging voor onvolledige implementatie.⁹⁵

Nederland past dus een enger begrip toe dan de in ATAD1 geformuleerde definitie. De brede definitie in ATAD1 zorgt ervoor dat belastingplichtigen de maatregel niet kunnen ontlopen door rente in een andere vorm te gieten. De engere Nederlandse definitie zou ervoor kunnen zorgen dat belastingontwijking niet geheel wordt tegengegaan. Aansluiten bij de definitie geformuleerd in ATAD1 zou daarom naar mijn mening beter bij de doelstelling van de earningsstrippingmaatregel passen. Rechteren zullen de Nederlandse definitie echter altijd conform de richtlijn moeten interpreteren.⁹⁶

⁸⁹ Art. 15b, zesde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 39.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 7, p. 41.

⁹² D.S. Smit, ‘De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 442.

⁹³ J. van Strien, ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1’, *WFR* 2018/7223, p. 107.

⁹⁴ Dit is bevestigd in HR 19 maart 2010, nr. 09/02250, NTFR 2010/778 met commentaar van Nouwen. Daarnaast wordt in *Kamerstukken I* 2018/19, 35030 E, p. 3 benadrukt dat art. 10a Wet VpB 1969 een eigen begrippenkader heeft die uitgaat van het begrip ‘schulden’ in plaats van ‘geldleningen’.

⁹⁵ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 2.1.

⁹⁶ D.S. Smit, ‘De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 442.

3.4.2.3 Factoring

Bij factoring zou onduidelijkheid kunnen ontstaan over de definitie van het begrip geldlening. Factoring is de overdracht door een onderneming van een debiteurenbestand aan een factormaatschappij.⁹⁷ De factormaatschappij betaalt de gefinancierde bedragen als koopprijs voor het debiteurenbestand. Deze koopprijs bestaat uit een vooruitbetaling van een percentage van de nominale waarde van het debiteurenbestand en een uitgesteld deel, afhankelijk van de daadwerkelijke inning en de financieringskosten. Bij dit laatste deel is er sprake van een economisch rente-element. De vraag is nu of deze factoringovereenkomsten binnen de definitie van art. 15b Wet VpB 1969 vallen. Bij non-recourse factoring wordt het gehele debiteurenrisico overgedragen aan de factormaatschappij. Er is geen sprake van een terugbetalingsverplichting. In deze gevallen zal er dus ook geen sprake zijn van een overeenkomst die vergelijkbaar is met een geldlening. Bij resource factoring behoudt de overdragende onderneming het debiteurenrisico. De overdragende onderneming heeft hierbij in beginsel een terugbetalingsverplichting ter grootte van het ontvangen bedrag van de factormaatschappij. De onderneming heeft deze terugbetalingsverplichting enkel voor zover de factormaatschappij vorderingen niet heeft kunnen innen. De waarde van de terugbetaling houdt volgens van Nus daarom meer verband met de voorziening voor oninbaarheid, dan met het van de factor ontvangen bedrag. Van Nus is daarom van mening dat ook recourse factoring niet onder de earningsstrippingmaatregel behoort te vallen.⁹⁸

De onduidelijkheid rondom factoring leidt ertoe dat het in de praktijk niet helder is voor belastingplichtigen of zij geraakt wordt door de earningsstrippingmaatregel. Het is voor zowel de overheid als belastingplichtigen van belang dat hier snel uitspraak over wordt gedaan, zodat het duidelijk is of dit onder het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel valt. Ik sluit mij aan bij de mening van Van Nus dat recourse factoring aansluitend bij de Nederlandse definitie niet onder te earningsstrippingmaatregel behoort te vallen. Er is namelijk geen sprake van een overeenkomst van geldlening, omdat de terugbetalingsverplichting meer verband houdt met de voorziening voor oninbaarheid. Echter heb ik in hoofdstuk 3.4.2.2 beargumenteerd dat Nederland beter kan aansluiten bij de ruime definitie van ATAD1. Binnen deze definitie vallen ‘alle vormen van schuld’. De uitgebreide definitie zorgt ervoor dat grondslaguitholling geheel wordt tegengegaan. In dit geval zou factoring dus ook binnen het toepassingsbereik van de

⁹⁷ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NtFR* 2019/1, par. 2.4.

⁹⁸ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NtFR* 2019/1, par. 2.4.

earningsstrippingmaatregel moeten vallen, wat naar mijn mening in overeenstemming is met het doel van de earningsstrippingmaatregel.

3.4.2.4 Securitisation

Ook ontstaat onduidelijkheid bij bepaalde vormen van securitisation of deze wel of niet vergelijkbaar zijn met een overeenkomst van geldlening. Bij securitisation draagt een onderneming een deel van haar activa over aan een door derden opgerichte rechtspersoon. Deze rechtspersoon wordt ook wel een special purpose vehicle (SPV) genoemd.⁹⁹ Het SPV financiert de overdrachtprijs met effecten, uitgegeven aan derden. Uit de kasopbrengsten van de overgenomen vorderingen voldoet het SPV aan zijn verplichtingen op de effecten. De onderneming kan echter het debiteurenrisico en het debiteurenbeheer behouden. Dit biedt de investeerders zekerheid, aangezien zij exclusief verhaal hebben op de vorderingen. De vorderingen zullen fiscaal gezien terechtkomen op de balans van de SPV, aangezien de onderneming geen recht heeft op het genot van de vruchten uit die vorderingen. Na securitisation wordt de onderneming gerechtigd tot de nettomarge van het SPV. De vraag is nu of het nettomarge valt binnen het rentesaldo van de onderneming. Tijdens de parlementaire behandeling is hier geen antwoord op geformuleerd. Uit de wettekst van art. 15b Wet VpB 1969 blijkt niet dat belastingplichtige zelf eigenaar moet zijn van de vorderingen die voortvloeien uit een overeenkomst van geldlening.¹⁰⁰

Onduidelijkheden rondom securitisation leiden tot onzekerheden voor belastingplichtigen. Het is voor hen onduidelijk of deze situaties wel of niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Met betrekking tot de effectiviteit van de maatregel is het van belang dat het voor zowel de overheid als voor belastingplichtigen snel duidelijk is of de aftrekbeperking ook geldt in deze situaties. Onduidelijkheden leiden namelijk tot overbodige kosten voor zowel belastingplichtigen als de overheid. Aangezien niet uit de wettekst blijkt dat belastingplichtigen zelf eigenaar moeten zijn van de vorderingen die voortvloeien uit een overeenkomst van geldlening, is het naar mijn mening in overeenstemming met het doel van de wetgever om ook deze situaties onder het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel te laten vallen. Op deze manier wordt elke vorm van belastingontwijking bestreden.

⁹⁹ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 2.5.

¹⁰⁰ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par 2.5.

3.4.2.5 Herkwalificatie tot eigen vermogen

Als laatste kan er onduidelijk ontstaan bij de herkwalificatie tot eigen vermogen. Civielrechtelijke leningen die fiscaalrechtelijk als eigen vermogen worden aangemerkt, vallen niet onder het begrip geldlening voor toepassing van art. 15b Wet VpB 1969.¹⁰¹ Een winstdelende lening die op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 als eigen vermogen kwalificeert, valt dus niet onder het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel. Volgens Van Nus is dit logisch wat betreft de debiteur, aangezien de rente niet aftrekbaar is als gevolg van de herkwalificatie.¹⁰² Echter is hij van mening dat de staatssecretaris wat betreft de crediteur een andere weg had kunnen volgen. Wanneer de meesleep- of meetrekgeregeling van toepassing is¹⁰³, kan de deelnemingsvrijstelling worden toegepast op de ontvangen rente. Indien de regeling niet van toepassing is, is de ontvangen rente belast en verhoogt de rente de EBITDA. Volgens Van Nus is het logisch dat het rentesaldo niet wordt verhoogd. Fiscaal gezien wordt immers geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Ook wanneer de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is door de antihybridebepaling¹⁰⁴, zijn de rentebaten geen onderdeel het van rentesaldo. Volgens Van Nus had de wetgever in dit geval kunnen beslissen dat de lening kwalificeert als geldlening, zodat de rentebaten onderdeel zullen zijn van het rentesaldo. Aangezien betalingen als gevolg van winstdelende leningen volgens ATAD1 behoren tot de financieringskosten, vindt Van Nus dit ook de meest consistente oplossing. De staatssecretaris deelt deze mening echter niet en laat de rentebaten ook in deze gevallen buiten het rentesaldo vallen.¹⁰⁵ Op dit punt sluit de Nederlandse wetgeving opnieuw niet aan bij de ruim geformuleerde definitie in ATAD1. Naar mijn mening zou de wetgever op dit punt beter kunnen aansluiten bij de definitie van ATAD1. Wanneer de antihybridebepaling van toepassing is, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing omdat de vergoeding bij andere belastingplichtigen in aftrek kan worden gebracht. Het lijkt mij logisch dat er tegenover rentelasten rentebaten staan. Naar mijn mening zou het effectief zijn om deze rentebaten wel tot het financieringskostensurplus te rekenen, aangezien er tegenover deze rentebaten bij een andere belastingplichtige aftrekbare rentekosten bestaan.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 51.

¹⁰² F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 2.6.

¹⁰³ Art. 13, vierde en vijfde lid, Wet VpB 1969.

¹⁰⁴ Art. 13, zeventiende lid, Wet VpB 1969.

¹⁰⁵ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 2.6.

3.4.3 Rentelasten en rentebaten

3.4.3.1 Inleiding

Nadat vastgesteld is dat sprake is van een geldlening, dient te worden afgebakend welke lasten en baten kwalificeren als rentelasten en rentebaten. Volgens de staatssecretaris dient dit conform ATAD1 te worden uitgelegd. Het moet gaan om een economische interpretatie waarbij rente een vergoeding is voor het ter beschikking stellen van geld.

3.4.3.2 Waardemutaties van vorderingen en schulden

De staatssecretaris heeft duidelijk gemaakt dat waardemutaties van vorderingen en schulden niet onder het rentesaldo vallen.¹⁰⁶ Er bestaat een uitzondering met betrekking tot waardemutaties in de fiscale boekwaarde van geldleningen als gevolg van agio of disagio door een verschil tussen couponrente en effectieve rente. De staatssecretaris geeft hierbij een voorbeeld¹⁰⁷:

A geeft een a pari obligatielening uit aan B met een nominale waarde van 100 en een looptijd van tien jaar. De couponrente bedraagt drie. B waardeert zijn vordering af tot 80 als gevolg van een rentestijging. Later verkoopt B zijn vordering aan C voor een bedrag van 70. C verhoogt volgens geleidelijk de waarde van de vordering totdat de boekwaarde gelijk is aan de nominale waarde van 100.

De rentelasten van A zijn gelijk aan de couponrente van drie. Volgens de staatssecretaris heeft de waardedaling bij B geen effect op het rentesaldo. De waardeangroei bij C dient C daarentegen wel in aanmerking te nemen als rentebaten. Van Nus geeft aan dat de reden om de waardedaling bij B niet in aanmerking te nemen voor hem onduidelijk is.¹⁰⁸ Ook maakt de staatssecretaris niet duidelijk hoe de regel toegepast dient te worden wanneer A de obligatie inkoopt na een rentedaling. Van Nus verwacht dat de wetgever erop doelt dat de rente alleen bij aankoop van de obligatie vastgesteld kan worden en dat de rente pas in aanmerking wordt genomen indien de rente daadwerkelijk is ontvangen of indien de rente tot uitdrukking komt in een mutatie van de fiscale boekwaarde richting de nominale waarde. Dit zou inhouden dat wanneer A de vordering inkoopt tegen een waarde boven de nominale waarde, deze inkoop bij A niet zou leiden tot een rentelast, aangezien de inkoop zich niet vertaalt in een mutatie van de

¹⁰⁶ *Kamerstukken I* 2018/19, 35030, C, p. 10.

¹⁰⁷ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 3.2.

¹⁰⁸ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 3.2.

fiscale boekwaarde richting de nominale waarde.¹⁰⁹ Dit houdt in dat deze rentelasten niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen.

De staatssecretaris is niet duidelijk over de toepassing van de earningsstrippingmaatregel in deze situaties. Het is voor belastingplichtigen van belang om te weten wanneer zij binnen het toepassingsbereik van de regeling vallen. Onzekerheden over interpretatie leiden tot onnodige kosten bij zowel belastingplichtigen als de overheid. Op dit punt zou de effectiviteit van de aftrekbeperking daarom verbeterd kunnen worden.

3.4.3.3 Rente met betrekking tot buitenlandse lichamen

Rente opgekomen bij de zogenoemde gecontroleerde lichamen die in de Nederlandse heffing worden betrokken door de nieuwe CFC-maatregel, behoren niet tot het rentesaldo.¹¹⁰ Rente die op grond van art. 8b Wet VpB 1969 in aanmerking wordt genomen bij een Nederlandse vennootschap valt volgens de staatssecretaris wel onder het rentesaldo. Rente opgekomen bij buitenlandse vaste inrichtingen, bijvoorbeeld als gevolg van de CFC-maatregel, valt niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel indien de objectvrijstelling van toepassing is. Indien de objectvrijstelling niet van toepassing is, maken de rentebaten en rentelasten wel onderdeel uit van het rentesaldo. Volgens van Nus is dit logisch, aangezien de resultaten van de vaste inrichting in dat geval onderdeel zijn van de Nederlandse belastingplicht. Dit is echter een andere behandeling dan de staatssecretaris aangaf bij de behandeling van de CFC-maatregel. Volgens Van Nus is de wettekst op dit punt mogelijk niet in overeenstemming met het doel dat de wetgever nastreeft.¹¹¹ Van Nus doelt hiermee op het feit dat de staatssecretaris aan heeft gegeven de earningsstrippingmaatregel te willen beperken tot het hoofdhuis.¹¹² Ik sluit mij aan bij de mening van Van Nus dat de earningsstrippingmaatregel op dit punt niet effectief is. De staatssecretaris betreft op deze manier ook de vaste inrichting in het toepassingsbereik, hoewel de staatssecretaris aangaf de maatregel te willen beperken tot het hoofdhuis. Op dit punt is de staatssecretaris tegenstrijdig.

¹⁰⁹ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 3.2.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 7, p. 41.

¹¹¹ F.G.H. van Nus, ‘‘Rente’ in de earningsstrippingmaatregel’, *NTFR* 2019/1, par. 3.3.

¹¹² *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 49.

3.4.3.4 Valutaresultaten en het afdekken van renterisico's of valutarisico's met betrekking tot geldleningen

Onder rente valt onder meer 'valutaresultaten ter zake van geldleningen, alsmede resultaten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's of valutarisico's ter zake van geldleningen'.¹¹³ Een voorbeeld hiervan is een derivaat.¹¹⁴ Wanneer een belastingplichtige een schuld heeft met een variabele rente en deze rente converteert in een vaste rente door middel van een derivaat, zal de vaste rente onder het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Derivaten komen echter enkel in aanmerking voor zover zij dienen tot het afdekken van risico's ter zake van geldleningen. Indien het derivaat eerder wordt aangeschaft dan de geldlening wordt aangegaan, kan ook in de periode vóór het aangaan van de lening het derivaat onder de earningsstrippingmaatregel vallen. Een vereiste hiervoor is dat het derivaat verband houdt met de later aangegane geldlening.¹¹⁵ Naar mijn mening is het in overeenstemming met het doel om valutaresultaten te betrekking in de earningsstrippingmaatregel, omdat elke vorm van belastingontwijking tegen wordt gegaan.

Ten slotte vallen kosten ter zake van geldleningen en handelingen met als doel het afdekken van rente- of valutarisico's ter zake van geldleningen ook onder het begrip rentekosten.¹¹⁶ De wetgever maakt hierbij geen onderscheid tussen interne en externe kosten. De staatssecretaris specificeert echter dat het hierbij gaat om juridische financieringskosten en afdekkingsinstrumenten.¹¹⁷ Hieruit blijkt dat interne kosten die gemaakt worden om financieringsstructuren te organiseren buiten het begrip rentelasten vallen.¹¹⁸ Naar mijn mening is dit een logische beslissing, aangezien ik vind dat interne kosten te ver van het begrip rentekosten afstaan. Voor de volledigheid zou het echter beter zijn als de staatssecretaris expliciet aangeeft dat interne kosten buiten het begrip rentelasten vallen.

3.4.4 Renteminimum

In ATAD1 wordt geen definitie gegeven van rentebaten. Het lijkt de staatssecretaris echter logisch om aan te sluiten bij de definitie van rentekosten. Het rentekostensaldo kan nooit minder

¹¹³ Art. 15b, zesde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969.

¹¹⁴ *Kamerstukken I* 2018/19, 35030, C, p. 10.

¹¹⁵ F.G.H. van Nus, 'Rente' in de earningsstrippingmaatregel', *NTFR* 2019/1, par. 4.4.

¹¹⁶ Art. 15b, zesde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹¹⁷ *Zie Kamerstukken II* 2018/19, 35030, p. 51.

¹¹⁸ F.G.H. van Nus, 'Rente' in de earningsstrippingmaatregel', *NTFR* 2019/1, par. 3.5.

bedragen dan nihil.¹¹⁹ Dit betekent dat de earningsstrippingmaatregel nooit kan leiden tot een vrijstelling voor rentebaten. Er zouden problemen kunnen ontstaan bij het toepassen van een renteminimum bij de aanwending van voortgewentelde rente. Suvaal geeft hiervan een voorbeeld.¹²⁰

Tabel 2: Voorbeeld van de toepassing van het renteminimum bij de aanwending van voortgewentelde rente.

	Jaar 1	Jaar 2
Brutobedrijfsresultaat (commercieel)	0	0
Rentelasten	10	0
Rentebaten	0	10

In jaar 1 is het rentesaldo gelijk aan 10. Het renteminimum is hier dus niet van toepassing. In jaar 1 kan belastingplichtige 30% van zijn EBITDA in aftrek brengen. In dit voorbeeld is de EBITDA gelijk aan 0, waardoor belastingplichtige gebruik zal maken van de drempel van één miljoen. Belastingplichtige kan dus 1 in aftrek brengen in jaar 1 en zal het resterende bedrag van 9 voortwentelen. De belastbare winst vóór toepassing van art. 15b Wet VpB 1969 bedraagt negatief 10. Na bijtelling van de 9 niet-aftrekbare rente op grond van art. 15b Wet VpB 1969 bedraagt de belastbare winst negatief 1.

In jaar 2 is het rentesaldo negatief, aangezien er meer rentebaten zijn dan rentekosten. In dit geval treedt het renteminimum in werking: het rentesaldo wordt op 0 gesteld. De fiscale EBITDA bedraagt hierdoor 10 minus 0 = 10. In dit geval kan belastingplichtige dus 30% van 10 = 3 in aftrek brengen.

Vervolgens dient de voortgewentelde rente in aftrek te worden gebracht. Volgens art. 15b, vijfde lid komt de rente in aftrek ‘voor zover het saldo aan renten van dat jaar lager is dan de hoogste van de bedragen, bedoeld in het eerste lid’. Dit betekent dat van de 9 voortgewentelde

¹¹⁹ Art. 15b, tweede lid, Wet Vpb 1969.

¹²⁰ B. Suvaal, ‘Het renteminimum van de earningsstrippingmaatregel’, *NtFR* 2018/11, par. 3.1.

rente, slechts 3 in aftrek kan worden gebracht in jaar 2. Voortgewentelde rente kan volgens de staatssecretaris niet worden gesaldeerd met rentebaten in het betreffende jaar.

De vraag is of het redelijk is dat voortgewentelde rente niet kan worden gesaldeerd. Indien rentebaten en rentekosten binnen hetzelfde jaren vallen, zouden deze wel gesaldeerd kunnen worden. Volgens Suvaal beoogt de earningsstrippingmaatregel het surplus aan rentelasten te beperken. De ruimte om rente in aftrek te brengen zou volgens hem moeten bestaan uit de rentebaten en de hoogste van de twee limieten. Van de rentebaten kan volgens de wettelijke tekst echter geen gebruik worden gemaakt.¹²¹ Ik sluit mij aan bij deze mening van Suvaal. De earningsstrippingmaatregel gaat op dit punt verder dan het doel dat wordt nagestreefd met deze regeling. De maatregel raakt hierbij niet alleen de excessieve rentekosten die zorgen voor grondslaguitholling, maar ook rentekosten waar rentebaten tegenover staan in latere jaren.

Het renteminimum wordt ook toegepast op art. 15b, derde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969. Wanneer per saldo sprake is van rentebaten, zou de fiscale EBITDA in principe verminderd moeten worden met de rentebaten, waardoor de EBITDA afneemt. Door het renteminimum ook hierop toe te passen, wordt het saldo op nul gezet, waardoor de EBITDA niet zal afnemen. Suvaal beargumenteert dat het beter zou zijn het renteminimum niet toe te passen op art. 15b, derde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969, omdat een ongewilde samenloop kan ontstaan indien sprake is van te activeren rente in de zin van art. 15b, zesde lid, onderdeel d, Wet VpB 1969.¹²² Suvaal geeft een voorbeeld van deze situatie, waarin de rentelasten geheel bestaan uit te activeren rente en de rentebaten de rentekosten overschrijden. Het rentesaldo wordt in dit geval als gevolg van het renteminimum op nul gesteld.¹²³ Op grond van art. 15b, derde lid, onderdeel c, Wet VpB 1969 dient de winst vermeerderd te worden met het rentesaldo *‘met uitzondering van het in dat saldo begrepen bedrag ter zake van geldleningen als bedoeld in het zesde lid onderdeel d’*. De te activeren rente behoort enkel door wetsfictie tot rentesaldo, maar maakt geen deel uit van de winstbepaling. Volgens Suvaal zou dit logischerwijs moeten leiden tot een vermindering van de winst met het bedrag aan rentebaten. Door het renteminimum toe te passen, leidt de huidige wettekst volgens hem ten onrechte ertoe dat de fiscale EBITDA niet gecorrigeerd wordt. Suvaal is van mening dat een aanpassing van de wettekst op dit punt wenselijk zou zijn, aangezien dit tot een redelijkere wetgeving zou leiden en de wettekst

¹²¹ B. Suvaal, ‘Het renteminimum van de earningsstrippingmaatregel’, *NtFR* 2018/11, par. 3.1.

¹²² B. Suvaal, ‘Het renteminimum van de earningsstrippingmaatregel’, *NtFR* 2018/11, par. 3.3.

¹²³ Art. 15b, tweede lid, Wet VpB 1969.

bovendien in overeenstemming wordt gebracht met art. 2, tweede lid en art. 4, tweede lid van ATAD1.¹²⁴ Ik sluit mij aan bij deze mening. De te activeren rente is geen onderdeel van de winstbepaling, waardoor het tot een redelijke wetgeving zou leiden om de rentebaten van de EBITDA af te trekken.

3.4.5 Subconclusie

De Nederlandse definitie van financieringskosten sluit niet aan bij de door ATAD1 geformuleerde definitie. Nederland gaat uit van een geldlening, hoewel ATAD1 spreekt van ‘alle vormen van schuld’. Hierdoor ontstaat onduidelijkheid over de toepassing van de earningsstrippingmaatregel bij bijvoorbeeld factoring, securitisatie en situaties waarbij sprake is van een herkwalificatie tot eigen vermogen.

Vervolgens dient te worden vastgesteld welke baten en lasten kwalificeren als rentebaten en rentelasten. Ook hierbij staan een aantal onduidelijkheden in de wettekst. Zo zijn er onduidelijkheden met betrekking tot waardemutaties van vorderingen en schulden. Daarnaast zou de CFC-maatregel niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel moeten vallen, hoewel dat in situaties met buitenlandse vaste inrichtingen wel het geval lijkt te kunnen zijn.

Als laatste is het onredelijk dat voortgewentelde rente niet gesaldeerd kan worden met rente uit een later jaar. Hierdoor worden niet alleen de excessieve rentekosten geraakt door de earningsstrippingmaatregel, maar ook rentekosten waartegenover rentebaten in een later jaar staan. De earningsstrippingmaatregel gaat hier voorbij aan zijn doel. Daarnaast is de Nederlandse earningsstrippingmaatregel op het punt van het renteminimum niet in overeenstemming met ATAD1. Dit leidt tot ongewenste gevolgen voor de bepaling van het EBITDA-saldo.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag ‘*Is de hoofdregel van de earningsstrippingmaatregel zoals die in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd in lijn met het doel dat Nederland met deze regeling nastreeft?*’ centraal. Wat betreft de hoofdregel, kan worden gesteld dat de regeling verder gaat dan zijn doel. De hoofdregel maakt geen onderscheid met betrekking tot economische realiteit, waardoor de regeling niet enkel betrekking heeft op belastingontwijking.

¹²⁴ B. Suvaal, ‘Het renteminimum van de earningsstrippingmaatregel’, *NtFR* 2018/11, par. 3.3.

De keuze om een één miljoengrens toe te passen in plaats van drie miljoen past wel bij het doel wat de wetgever nastreeft. Op deze manier wordt een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen bewerkstelligd. Bij het toepassen van overgangsrecht dient er een afweging gemaakt te worden tussen het rechtszekerheidsbeginsel, de uitvoerbaarheid en de legitieme doelstelling. Het lijkt erop dat dit een weloverwogen keuze is geweest in overeenstemming met het doel dat wordt nagestreefd.

De Nederlandse wettekst sluit niet geheel aan bij de definities van ATAD1, waardoor bijvoorbeeld pensioen- en verzekeringsovereenkomsten niet binnen de Nederlandse definitie van het rentesaldo vallen. Daarnaast bestaan er nog te veel onduidelijkheden in de wettekst met betrekking tot het vaststellen van rentekosten en rentebaten. Hierdoor is het niet duidelijk welke baten en kosten in de praktijk binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Door niet aan te sluiten bij de definitie van ATAD1 vallen bepaalde overeenkomsten niet binnen de Nederlandse earningsstrippingmaatregel, maar wel binnen de definitie van ATAD1. Naar mijn mening is de Nederlandse maatregel daarom niet in overeenstemming met het doel dat door Nederland wordt nagestreefd. De doelstelling komt namelijk deels overeen met de doelstelling van ATAD1 om belastingontwijking tegen te gaan. Door niet aan te sluiten bij de door ATAD1 gevormde definities, vallen bepaalde overeenkomsten niet binnen de Nederlandse definitie, waardoor belastingontwijking in deze gevallen mogelijk blijft.

Als laatste lijkt de wettekst niet in overeenstemming met zijn doel als het gaat om de voortwenteling van rente als er sprake is van het renteminimum. Rentekosten uit een jaar kunnen niet gesaldeerd worden met rentebaten uit een volgend jaar, waardoor de earningsstrippingmaatregel verder gaat dan enkel het surplus aan rentelasten te beperken. In dit opzicht lijkt de earningsstrippingmaatregel dan ook niet in overeenstemming met het doel dat de wetgever nastreeft, namelijk het tegengaan van grondslaguitholling.

Hoofdstuk 4: De keuze van de wetgever met betrekking tot de uitzonderingen

4.1 Inleiding

Bij de implementatie van de earningsstrippingmaatregel heeft de wetgever ervoor gekozen om geen gebruik te maken van de mogelijkheid van een groepsescape, hoewel in het consultatiedocument nog een afweging werd gemaakt tussen de verschillende opties.¹²⁵ Ook van de mogelijke uitzondering voor opzichzelfstaande entiteiten heeft de wetgever geen gebruik gemaakt. Daarnaast heeft de wetgever ervoor gekozen om de financiële sector niet uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel. Enkel de Publieke-Private Samenwerking is in beperkte vorm als uitzondering opgenomen in de wet. Er is vooral kritiek gekomen op deze strenge implementatie met betrekking tot woningcorporaties. Door woningcorporaties niet uit te zonderen van de maatregel of enige compensatie te bieden worden zij hard geraakt door de earningsstrippingmaatregel. Hierdoor kunnen de corporaties serieus in de problemen raken.¹²⁶

De wetgever heeft er verder voor gekozen om een antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen op te nemen in de wet. Doordat de wetgever ervoor gekozen heeft om rente onbeperkt voort te wentelen, bestaat het risico van handel in rentelichamen. Om deze reden wordt per 1 januari 2020 een antimisbruikbepaling opgenomen in de Wet VpB 1969.

In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: *‘Is de keuze met betrekking tot de uitzonderingen in lijn met het doel van de earningsstrippingmaatregel?’*. Hierbij zal ik ingaan op de uitzonderingen waar de wetgever niet voor heeft gekozen, namelijk de groepsescape en de uitzondering voor een op zichzelf staande entiteit. Vervolgens zal ik specifieke sectoren bespreken die binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Als laatste zal ik ingaan op de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen.

4.2 Uitzonderingen

4.2.1 Groepsescape

In het consultatiedocument wordt een keuze gepresenteerd tussen (1) het wel opnemen van een groepsescape en het laten voortbestaan van toen geldende aftrekbepalingen of (2) het niet opnemen van een groepsescape en het afschaffen van (een gedeelte van) de toen geldende

¹²⁵ Consultatiedocument implementatie ATAD1, 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

¹²⁶ M. Muller, ‘Oproep aan kabinet: versoepel earningsstrippingmaatregel’, *Tax Live* 19 oktober 2018.

aftrekbeperkingen¹²⁷. De wetgever had bij het invoeren van een groepsescape twee opties: de EV-uitzondering of de EBITDA-uitzondering.

Zoals besproken in hoofdstuk 2.3.5 mag een belastingplichtige bij de EV-uitzondering al zijn rentekosten in aftrek brengen wanneer de ratio eigen vermogen/balanstotaal van die belastingplichtige gelijk is aan de groepsratio of groter is dan de groepsratio. De ratio van belastingplichtige wordt geacht gelijk te zijn als deze maximaal 2% lager is dan de groepsratio.¹²⁸ Bij deze methode wordt de enkelvoudige balans van een belastingplichtige vergeleken met de geconsolideerde balans. Op de geconsolideerde balans zijn interne lening niet zichtbaar. Slechts derdenleningen zijn zichtbaar op deze balans. Het gevolg hiervan is dat belastingplichtigen met veel vreemd vermogen als gevolg van derdenleningen sneller aan de vereiste voor de EV-uitzondering zullen voldoen dan een belastingplichtige met eenzelfde schuldratio maar dan met externe leningen. Dit sluit aan bij de doelstelling van de earningsstrippingmaatregel, aangezien interne leningen in tegenstelling tot externe leningen worden gezien als belastingontwijking. Echter hangt het van de mate van zeggenschap af of de balans geconsolideerd wordt. Beursgenoteerde vennootschappen dienen de regels van IFRS te volgen. Vennootschappen die niet beursgenoteerd zijn volgen Dutch GAAP. Dit zijn de regels vastgesteld in het Burgerlijk Wetboek en de Raad voor de Jaarverslaggeving. De jaarrekening van een onderneming wordt geconsolideerd indien een meerderheid van de stemrechten in handen zijn van de moedervernootschap. Om te kijken of er sprake is van verbondenheid, kijken we volgens de Nederlandse wet naar een aandelenbelang van 33 1/3%.¹²⁹ ATAD1 sluit aan bij een aandelenbelang van 25%.¹³⁰ Het gevolg hiervan is dat leningen die volgens ATAD1 en de Nederlandse wetgever kwalificeren als interne lening, op de geconsolideerde balans als derdenleningen zichtbaar zijn. Hierdoor sluit de EV-uitzondering niet volledig aan bij het doel dat wordt nagestreefd met deze maatregel. Het is daarom naar mijn mening een goede keuze van de wetgever om geen gebruik te maken van deze mogelijkheid.

¹²⁷ Art. 15ad en art. 131 Wet VpB 1969 zijn geschrapt wegens de invoering van de earningsstrippingmaatregel. Artikel 10a Wet VpB 1969 is wel blijven bestaan naast de earningsstrippingmaatregel.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ Art. 10a vierde t/m zevende lid, Wet VpB 1969.

¹³⁰ Art. 2, vierde 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.

De tweede mogelijkheid is een renteaftrek die hoger is dan de aftrek zou zijn op basis van de hoofdregel. Zoals besproken in hoofdstuk 2.3.5 houdt deze regeling kort gezegd in dat de concernratio¹³¹ wordt toegepast op de EBITDA van belastingplichtige.¹³² Wanneer een belastingplichtige een hoog rentepercentage heeft op zijn leningen, zal de hoofdregel ervoor zorgen dat de belastingplichtige in aanraking komt met de earningsstrippingmaatregel. Voor de EBITDA-uitzondering geldt dit op concernniveau tegengesteld. Een hoog rentepercentage van het concern leidt tot een hoger financieringskostensurplus, wat op zijn beurt weer leidt tot een hoge concernratio. Het gevolg hiervan is een hoger aftrekpercentage voor de belastingplichtige. Hieruit kun je afleiden dat derdenleningen van het concern leiden tot een hoger aftrekpercentage voor de belastingplichtige. Op dit punt is de EBITDA-uitzondering effectief. De EBITDA-uitzondering zorgt ervoor dat rente op derdenleningen in aftrek kan worden gebracht. Gezien de hoofdregel, die zich richt tegen belastingontwijking, is dit een effectieve uitzondering. Leningen van derden zijn immers over het algemeen geen vorm van belastingontwijking.

De wetgever heeft ervoor gekozen om geen groepsescape op te nemen in de Nederlandse wetgeving. Dit vloeit voort uit de gedachte van een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. Door geen groepsescape toe te passen worden alle belastingplichtigen van de groep geraakt door de earningsstrippingmaatregel die volgens de norm te veel vreemd vermogen hebben aangetrokken en niet alleen de belastingplichtigen die meer vreemd vermogen hebben aangetrokken dan de groep waartoe ze behoren.¹³³ Naar mijn mening zou de EBITDA-uitzondering een effectieve uitzondering zijn. Deze uitzondering zorgt ervoor dat derdenleningen wel in aftrek kunnen worden gebracht. Naar mijn mening is dit in overeenstemming met de doelstelling van de earningsstrippingmaatregel, aangezien derdenleningen niets met belastingontwijking te maken hebben. Echter kan de keuze van de wetgever om geen uitzondering toe te passen worden onderbouwd met het feit dat de wetgever niet alleen belastingontwijking wil tegengaan, maar ook een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen nastreeft. Doordat alle belastingplichtigen worden geraakt door de earningsstrippingmaatregel, zorgt de maatregel voor een beperking van de renteaftrek voor elke belastingplichtige en niet enkel voor die belastingplichtigen die meer vreemd vermogen

¹³¹ De concernratio wordt berekend door het financieringskostensurplus van het concern te delen door de groeps-EBITA.

¹³² Ar. 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.

¹³³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 11.

hebben aangetrokken dan de groep waartoe ze behoren. Het voordeel van financieringen met vreemd vermogen in tegenstelling tot eigen vermogen wordt hiermee verkleind, waardoor er een gelijkere behandeling plaatsvindt. De keuze van de wetgever is daarom wel in overeenstemming met het doel dat wordt nagestreefd.

4.2.2 Op zichzelf staande entiteit

Een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten ontbreekt in de Nederlandse wetgeving, hoewel in het consultatiedocument wel gekozen was om deze uitzondering te implementeren.¹³⁴ Het niet opnemen van een uitzondering voor deze entiteiten sluit aan bij het doel dat de wetgever nastreeft met de earningsstrippingmaatregel. Door op zichzelf staande entiteiten niet uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel, wordt ook bij deze groep een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen bewerkstelligd. Anderzijds streeft de earningsstrippingmaatregel ernaar grondslaguitholling en winstverschuivingen binnen een concern tegen te gaan. Bij een op zichzelf staande entiteit is er echter weinig risico van grondslaguitholling en winstverschuivingen, omdat deze entiteit geen deel uitmaakt van een groep, geen gelieerd lichaam heeft en geen vaste inrichting heeft. Dit zou een argument zijn om op zichzelf staande entiteiten uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel.

Naar mijn mening is het in overeenstemming met het doel van de wetgever om een op zichzelf staande entiteit niet als uitzondering in de wet op te nemen. Bij op zichzelf staande entiteiten is de kans op grondslaguitholling weliswaar klein, maar dit is naar mijn mening geen reden om geen gelijke behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen na te streven. Door op zichzelf staande entiteiten onder het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel te laten vallen, worden zij net als andere belastingplichtigen in renteaftrek beperkt. Hierdoor wordt het voordeel van financieringen met vreemd vermogen verkleind ten opzichte van financieringen met eigen vermogen, waardoor een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen plaatsvindt. Naar mijn mening is de earningsstrippingmaatregel daarom in dit opzicht in overeenstemming met zijn doel en zodoende effectief.

4.2.3 Subconclusie

De wetgever heeft de earningsstrippingmaatregel streng geïmplementeerd door geen gebruik te maken van een groepsescape of een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten. Naar mijn

¹³⁴ Consultatiedocument implementatie ATAD1, 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

mening past dit bij het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft. Door geen van deze twee uitzonderingen op te nemen wordt bij deze belastingplichtigen een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen bewerkstelligd. Wanneer deze uitzonderingen wel in de wet zouden zijn opgenomen, zou geen rekening zijn gehouden met het doel dat Nederland naast grondslaguitholling tegengaan nastreeft. De EBITDA-uitzondering zou naar mijn mening wel een effectieve uitzondering zijn om kapitaalintensieve sectoren te ontlasten. Door middel van deze uitzondering krijgen deze sectoren de mogelijkheid om derdenleningen in aftrek te brengen. Deze leningen hebben immers niets te maken met belastingontwijking. Op deze manier zouden deze sectoren niet onnodig hard worden geraakt door de earningsstrippingmaatregel.

4.3 Specifieke sectoren

4.3.1 Publieke-Private Samenwerking

Zoals besproken in hoofdstuk 2.5 heeft de wetgever ervoor gekozen om enkel de Publieke-Private Samenwerking als uitzondering op te nemen. In dit hoofdstuk werd beargumenteerd dat er onvoldoende rekening kan worden gehouden met de fiscale regelgeving bij de betalingen van het Rijk aan de private partijen. Daarom is ervoor gekozen om Publieke-Private Samenwerking in het kader van openbare-infrastructuurprojecten beperkt uit te zonderen.¹³⁵ Hierbij gaat het enkel om bepaalde bestaande Publiek-Private Samenwerking-projecten die verband houden met openbare infrastructurele projecten.¹³⁶ Bij het opstellen van de richtlijn is duidelijk gemaakt dat er bij dergelijke projecten geen risico's van grondslaguitholling of winstverschuivingen zijn. De Redactie Vakstudie Nieuws is echter van mening dat dit wel het geval is. Volgens hen heeft de NS namelijk activiteiten verplaatst naar het buitenland wegens fiscale motieven.¹³⁷ Daarnaast geeft ATAD1 geen duidelijke definitie van het begrip langlopende openbare-infrastructuurprojecten. Volgens Redactie Vakstudie Nieuws is er weinig verschil tussen langlopende openbare infrastructuurprojecten en overige langlopende

¹³⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p 13.*

¹³⁶ Er is een lijst gemaakt waarin de Publiek-Private Samenwerking-projecten staan die zijn uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel.

¹³⁷ Reactie Vakstudie Nieuws op Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), Den Haag: 11 juli 2016 (online publiek).

infrastructuurprojecten. Zij zijn van mening dat dit een risico op staatssteun zou kunnen betekenen.¹³⁸

Na een afweging tussen budgettaire effecten, staatssteun risico's en uitvoerbaarheid is er uiteindelijk voor gekozen om langlopende openbare infrastructuurprojecten uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel. Het gaat hierbij om projecten die een algemeen belang dienen. De projecten houden verband met openbare infrastructuur. Hieronder vallen bijvoorbeeld wegen, bruggen, tunnels en sluizen.¹³⁹ In BEPS Action 4 wordt opgemerkt dat bij langlopende openbare infrastructuurprojecten weinig tot geen risico op belastingontwijking is.¹⁴⁰ De projecten hebben namelijk een publieke opdrachtgever, waardoor de kans op belastingontwijking klein is. Daarnaast is er voornamelijk sprake van externe leningen die als zakelijk bestempeld kunnen worden. Gezien de doelstelling om belastingontwijking tegen te gaan, lijkt de uitzondering voor langlopende openbare-infrastructuurprojecten mij een effectieve keuze.

4.3.2 Woningcorporaties

Woningcorporaties zijn kapitaalintensieve bedrijven. Kapitaalintensief houdt in dat er veel investeringen worden gedaan in vaste activa. Woningcorporaties maken veel gebruik van financieringen met vreemd vermogen, waarbij het vastgoed als zekerheid dient voor de vreemd vermogen verstrekkers. Hierbij gaat het om zakelijke derdenleningen. Banken lopen doorgaans weinig risico bij het verstrekken van een zakelijke lening indien vaste activa als onderpand dient. De grote hoeveelheid aan derdenleningen leidt ertoe dat veel woningcorporaties door de earningsstrippingmaatregel in renteaftrek worden beperkt.

Woningcorporaties zullen de komende jaren echter ook te maken krijgen met belasting verlichtende maatregelen. Een van de voordelen voor alle belastingplichtigen is de stapsgewijze verlaging van het tarief voor de vennootschapsbelasting naar 22,55% en 16% voor winsten lager dan €200,000 in 2021.¹⁴¹ Een voordeel voor de woningcorporaties is dat er geleidelijk meer geld beschikbaar wordt gesteld voor verduurzaming van huurwoningen binnen de

¹³⁸ Reactie Vakstudie Nieuws op Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), Den Haag: 11 juli 2016 (online publiek).

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p 13.

¹⁴⁰ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs, par. 108, p. 64.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, 3, p. 19.

verhuurderheffing. Deze regeling zou vooral een positief effect hebben op de woningcorporaties. Daarnaast wordt een bedrag van €100 miljoen beschikbaar gesteld voor een verlaging van de verhuurderheffing.¹⁴² In 2019 betekende dit een verlaging van de verhuurderheffing met 0,03%-punt.¹⁴³ In Tabel 3 zijn de budgettaire effecten voor woningcorporaties voor de komende jaren gepresenteerd. Hieruit blijkt dat in 2019 t/m 2021 het totale belastingeffect voor alle woningcorporaties een belastingverlichting zal zijn. Structureel zullen deze maatregelen samen echter leiden tot een belastingverhoging van in totaal €84 miljoen per jaar. Dit is te verklaren door de lastenverzwaring van ATAD1. In de eerste jaren zullen woningcorporaties namelijk gebruik kunnen maken van compensabele verliezen die de meeste woningcorporaties nog hebben openstaan omdat zij de laatste jaren verliesgevend zijn geweest. Op de korte termijn zal ATAD1 daarom zorgen voor een relatief laag bedrag aan extra belastingen. Structureel zal dit oplopen tot €353 miljoen, waardoor het totale effect structureel een belastingverhoging zal zijn.¹⁴⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat de earningsstrippingmaatregel een grote invloed heeft op de budgettaire effecten voor woningcorporaties. De belasting verminderende maatregelen heffen de negatieve budgettaire effecten niet op.

¹⁴² Reactie Vakstudie Nieuws op Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Memorie van toelichting Algemeen, Den Haag: 8 oktober 2018 (online publiek).

¹⁴³ Nader rapport inzake het voorstel van wet tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2019) van 14 september 2019, 2018-0000147139, p. 3.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, p. 22.

Tabel 3: Budgettaire effecten voor woningcorporaties in miljoenen euro's, waarbij -/- staat voor belastingverlichting.¹⁴⁵

	2019	2020	2021	Structureel
ATAD1	102	144	193	353
Tariefsverlaging Wet VpB 1969	-7	-13	-39	-65
Verduurzaming verhuurderheffing	-26	-52	-78	-104
Tariefverlaging verhuurderheffing	-100	-100	-100	-100
Totaal	-31	-21	-24	84

Tweede kamerlid Nijboer van de PvdA heeft in een motie de regering verzocht woningcorporaties uit te zonderen dan wel te compenseren voor de gevolgen van de earningsstrippingmaatregel.¹⁴⁶ De staatssecretaris is van mening dat de earningsstrippingmaatregel gericht is op alle belastingplichtigen. Het uitsluiten van bepaalde sectoren past volgens hem niet bij het doel van een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen.¹⁴⁷ Daarnaast is het kabinet van mening dat ATAD1 geen ruimte biedt om woningcorporaties uit te zonderen. ATAD1 biedt de mogelijkheid om langlopende openbare-infrastructuurprojecten uit te zonderen. Volgens het kabinet vallen woningcorporaties niet binnen deze categorie, waardoor het volgens hen niet mogelijk is woningcorporaties uit te zonderen. Wanneer dit wel wordt gedaan, bestaat er het risico op verboden staatssteun. Ook om die reden kiest het kabinet ervoor om woningcorporaties niet uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel.¹⁴⁸

Het gevolg hiervan is dat woningcorporaties flink geraakt zullen worden door de earningsstrippingmaatregel. Naar mijn mening is dit niet in overeenstemming met het doel dat wordt nagestreefd. Woningcorporaties zijn kapitaalintensief. Er is hier geen sprake van grondslaguitholling door bovenmatige renteaftrek als gevolg van concernleningen. Bij

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p. 23.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2017/18, 25087, 197, p. 1.

¹⁴⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 april 2018, 2018-0000053962, p. 1.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35028, 21, p. 38.

woningcorporaties is namelijk over het algemeen sprake van zakelijke derdenleningen. Deze leningen hebben niets te maken met belastingontwijking. Daarnaast betekent het kapitaalintensieve karakter van woningcorporaties dat vreemd vermogen niet wordt aangetrokken met het oog op grondslaguitholling. Een beperking in de aftrekbaarheid van rente zal bij woningcorporaties niet leiden tot een mindering van financieringen met vreemd vermogen. Het nastreven van een gelijkere behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen is daarom niet effectief binnen deze sector. Naar mijn mening zouden woningcorporaties, net als langlopende openbare-infrastructuurprojecten, uitgezonderd moeten worden van de earningsstrippingmaatregel. De EBITDA-uitzondering, besproken in hoofdstuk 4.2.1, zou een effectieve manier zijn om woningcorporaties te ontlasten. Deze uitzondering zorgt er namelijk voor dat derdenleningen van een concern wel in aftrek kunnen worden gebracht. Kapitaalintensieve sectoren zouden hiervan profiteren.

4.3.3 Financiële sector

In hoofdstuk 2.3.3 is omschreven dat in art. 4, zevende lid van ATAD1 een mogelijkheid staat om financiële ondernemingen uit te sluiten van de earningsstrippingmaatregel, ook indien zij deel uitmaken van een geconsolideerde groep. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om deze uitzondering niet op te nemen in de wet. Volgens de regering ontvangen banken meer rente dan zij betalen, waardoor zij niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel zullen vallen.¹⁴⁹ ATAD1 omschrijft het begrip financiële ondernemingen echter breed. Hieronder vallen ook beleggingsinstellingen, verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen. Volgens de Redactie van Vakstudie Nieuws valt te betwijfelen of deze ondernemingen meer rente ontvangen dan betalen.¹⁵⁰ Mijns inziens kan inderdaad niet met zekerheid gezegd worden dat deze ondernemingen buiten het bereik van de earningsstrippingmaatregel zullen vallen. Echter zijn financiële ondernemingen vaak subjectief vrijgesteld op grond van art. 5 Wet VpB 1969. In deze gevallen zullen zij niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Enkel de financiële ondernemingen die niet subjectief zijn vrijgesteld en meer rente betalen dan ontvangen zullen in aanraking komen met de aftrekbeperking.

¹⁴⁹ Consultatiedocument implementatie ATAD1, 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>.

¹⁵⁰ Reactie Vakstudie Nieuws op Internetconsultatie conceptwetsvoorstel ATAD1, Den Haag: 10 juli 2017 (online publiek).

Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever deze uitzondering niet in de wet opgenomen wegens afbakeningsproblemen van het begrip financiële onderneming en wegens de samenloop met groepsuitzonderingen of de fiscale eenheid. De Redactie Vakstudie Nieuws acht het eerste argument geen goed argument. Volgens hen zou de wetgeving op dit punt, net als ATAD1, kunnen aansluiten bij reeds bestaande wetgeving op Nederlands of EU-niveau. Ook bij het tweede argument heeft de Redactie Vakstudie Nieuws hun twijfels. Volgens hen zou de complexiteit bij de samenloop van financiële ondernemingen met een groepsuitzondering of fiscale eenheid aanzienlijk verminderen indien de uitzondering voor financiële ondernemingen zou zijn opgenomen in de wet.¹⁵¹

Naar mijn mening is het argument dat de financiële sector vaak meer rente ontvangt dan betaalt geen argument om deze niet als uitzondering van de earningsstrippingmaatregel in de wet op te nemen. Daarnaast sluit ik me aan bij de mening van de Redactie Vakstudie Nieuws. Rondom de afbakeningsproblemen kan de wetgever aansluiten bij reeds bestaande wetgeving. Naar mijn mening is de earningsstrippingmaatregel op dit punt niet effectief met betrekking tot beide doelen. De wetgever gaat er naar mijn mening onterecht vanuit dat financiële ondernemingen niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Financiële ondernemingen die meer rente betalen dan ontvangen en eveneens niet subjectief zijn uitgezonderd van de vennootschapsbelasting vallen namelijk wel binnen het toepassingsbereik.

4.3.4 Subconclusie

De enige uitzondering met betrekking tot de earningsstrippingmaatregel is de Publiek-Private samenwerking. Woningcorporaties worden niet uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel en krijgen geen compensatie voor het feit dat zij hard geraakt zullen worden door de earningsstrippingmaatregel. De reden hiervoor is dat de vastgoedsector een kapitaalintensieve sector is. Naar mijn mening is het niet in overeenstemming met het doel van de wetgever om woningcorporaties niet als uitzondering in de wet op te nemen. De argumentatie die is toegepast om langlopende openbare-infrastructuurprojecten uit te zonderen kan naar mijn mening ook worden toegepast voor woningcorporaties. Daarnaast heeft de wetgever de financiële sector niet als uitzondering opgenomen in de wet. Naar mijn mening hoort ook deze uitzondering wel thuis in de wet om de maatregel effectief te maken. De wetgever gaat er namelijk vanuit dat de financiële sector niet geraakt zal worden omdat zij vaak

¹⁵¹ Reactie Vakstudie Nieuws op Internetconsultatie conceptwetsvoorstel ATAD1, Den Haag: 10 juli 2017 (online publiek).

meer rente ontvangen dan betalen. Naar mijn mening is dit geen argument om de uitzondering niet op te nemen in de wet.

4.4 Handel in rentelichamen

4.4.1 Inleiding

Zoals beschreven in hoofdstuk 2.5 heeft Nederland gekozen voor de mogelijkheid om niet-aftrekbare rente onbeperkt voort te wentelen.¹⁵² Een risico hiervan is dat op termijn mogelijk handel gaat ontstaan in rentelichamen. Op deze manier zouden ondernemingen rentelichamen kunnen opkopen om voortgewentelde rente van hun winst af te trekken en daarmee hun grondslag uit te hollen. Om dit te voorkomen zal per 1 januari 2020 art. 15ba Wet VpB 1969 in werking treden. De regeling betreft een antimisbruikbepaling om handel in rentelichamen tegen te gaan. Een vergelijkbare regeling bestaat tevens tegen handel in verlieslichamen. Deze is opgenomen in art. 20a Wet VpB 1969.

4.4.2 Werking van de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen

De antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen regelt kort gezegd dat wanneer sprake is van een belangenwijziging in een belastingplichtige van minimaal 30%, de voortgewentelde rente van vóór deze belangenwijziging niet meer in aftrek kan worden gebracht.¹⁵³ Dit geldt ook voor de rente die is ontstaan in het jaar van de belangenwijziging, voordat de belangenwijziging is doorgevoerd.¹⁵⁴ Daarnaast telt het rentesaldo dat vóór de belangenwijziging, maar wel in het jaar van de belangenwijziging is ontstaan, niet mee voor de winstbepaling van het moment van de belangenwijziging. Om te bepalen of er sprake is van een belangenwijziging, wordt er een vergelijking gemaakt tussen de uiteindelijke belanghebbende aan het einde van het jaar waarin de belangenwijziging heeft plaatsgevonden en de uiteindelijke belanghebbende aan het begin van het oudste jaar met een openstaand rentesaldo. Het begrip belang dient hierbij materieel te worden getoetst.¹⁵⁵ Dit houdt in dat gekeken wordt naar de feitelijke situatie in plaats van hoe het op papier geregeld is. Er dient getoetst te worden wie feitelijk het uiteindelijke belang in de belastingplichtige heeft. Dit betekent dat door de hele keten van aandeelhouders gekeken wordt wie feitelijk het gezag

¹⁵² *Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3, p 12.*

¹⁵³ Art. 15ba, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35028, 3, p 79.*

¹⁵⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35028, 3, p 79.*

uitoefent. Hierbij dient rekening gehouden te worden met zowel cumulatief preferente aandelen die meer stemrechten hebben, als aandelen zonder stemrecht.

Voor de toepassing van art. 15b Wet VpB 1969 dient het financieringskostensurplus en de EBITDA afzonderlijk te worden bepaald voor de periode vóór de belangenwijziging en de periode na de belangenwijziging. Het jaar wordt hierdoor in twee periodes opgedeeld. Wat betreft de drempel van 1 miljoen geldt dat deze drempel naar gelang van tijd wordt verdeeld. De reden voor het opdelen van het jaar in twee periode is dat rentekosten ontstaan vóór de belangenwijziging als gevolg hiervan niet in aftrek kunnen worden gebracht van de winsten in de periode erna.¹⁵⁶

Ter illustratie van de uitwerking van deze regeling geeft de staatssecretaris een voorbeeld. Dit voorbeeld is weergegeven in Tabel 4.

*Tabel 4: Voorbeeld van de werking van art. 15ba Wet VpB 1969 met de getallen in miljoenen euro 's.*¹⁵⁷

	Gegevens jaar 1 tot belangenwijziging	Gegevens jaar 1 vanaf belangenwijziging
EBITDA	10	200
Financieringskostensurplus	50	12
Aftrekbare ruimte	3	60

In jaar 1 is de fiscale EBITDA gelijk aan €10 miljoen. Dit betekent dat 30% van €10 miljoen = €3 miljoen aan rentekosten in aftrek kan worden gebracht in de periode voorafgaand aan de belangenwijziging. Het financieringskostensurplus is gelijk aan €50 miljoen, waardoor €47 miljoen aan rentekosten niet in aftrek kan worden gebracht. Deze €47 miljoen zou volgens de normale regels onbeperkt voortgewenteld kunnen worden.

In de periode na de belangenwijziging, is de fiscale EBITDA €200 miljoen. 30% hiervan is gelijk aan €60 miljoen, waardoor €60 miljoen aan rentekosten in aftrek kan worden gebracht.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 35028, 3, p 80.*

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35028, 3, p 80.*

Het financieringskostensurplus is echter maar €12 miljoen. Deze €12 miljoen kan volledig in aftrek worden gebracht. Hierna resteert er een aftrekbare ruimte van €48 miljoen.

Art. 15ba Wet VpB 1969 regelt dat de €47 miljoen die vóór de belangenwijziging niet in aftrek kon worden gebracht, niet meer in aftrek kan worden gebracht bij de ruimte die over blijft in de periode na de belangenwijziging. Hierdoor kan in jaar 1 in totaal €3 miljoen + €12 miljoen = €15 miljoen in aftrek worden gebracht.

De regeling tegen handel in rentelichamen sluit op meerdere punten aan bij art. 20a Wet VpB 1969. In dit artikel staat de maatregel tegen handel in verlieslichamen. De uitzonderingen in artikel 20a, tweede t/m zevende lid en elfde lid, Wet VpB 1969 zijn overeenkomstig van toepassing bij de maatregel tegen handel in rentelichamen. Een uitzondering geldt voor situaties waarin de belangenwijziging niet gericht was op het verkrijgen van niet-aftrekbare rentekosten. Ook art. 20a, achtste lid en tiende lid, Wet VpB 1969 zijn overeenkomstig van toepassing op art. 15ba Wet VpB 1969. Hierin staat het begrip belegging uitgelegd en staat de mogelijkheid om zekerheid vooraf te vragen.

Er staat echter geen verwijzing naar art. 20a, twaalfde lid, Wet VpB 1969. Hierin staat dat een belastingplichtige vlak voor een belangenwijziging zijn herinvesteringsreserve kan laten vrijvallen en de boekwaardes kan verhogen tot waarde economisch verkeer. Wanneer deze regeling overeenkomstig van toepassing zou zijn voor de handel in rentelichamen, zou dit betekenen dat de winst wordt verhoogd met het bedrag aan stille reserves. Hierdoor zou een belastingplichtige 30% van zijn stille reserves extra als rentekosten in aftrek kunnen brengen. Volgens de staatssecretaris is het onwenselijk dat de EBITDA vóór de belangenwijziging wordt verhoogd, waardoor meer ruimte voor renteaftrek zou ontstaan.¹⁵⁸

De spoedreparatie fiscale eenheid is van toepassing op art. 15ba Wet VpB 1969. Dit betekent dat voor de toepassing van dit artikel de fiscale eenheid weggedacht dient te worden. Daarnaast zal de maatregel gelden voor boekjaren die op of na 1 januari 2020 aanvangen. De maatregel wordt pas per 1 januari 2020 ingevoerd en niet per 1 januari 2019 omdat er anders geen tijd was om de maatregel te implementeren in de belastingsystemen.¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35028, 21, p. 39.*

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35028, 21, p. 29.*

4.4.3 Toetsing van de maatregel tegen handel in rentelichamen aan de doelstelling van de wetgever

Met de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen wil de wetgever voorkomen dat voortgewentelde rente uit een periode vóór een belangenwijziging in aftrek kan worden gebracht op winsten na die belangenwijziging. Daarnaast wil de wetgever voorkomen dat rente ontstaan na een belangenwijziging in aftrek kan worden gebracht van winst behaald vóór die belangenwijziging. Door deze antimisbruikbepaling zullen belastingplichtigen niet in staat zijn om hun grondslag uit te hollen door gebruik te maken van een voortgewenteld rentesaldo van een onderneming. De maatregel zorgt ervoor dat de rente opgekomen vóór de belangenwijziging niet in aftrek kan worden gebracht van de winst na de belangenwijziging en andersom. Met deze bepaling zal daarom belastingontwijking door middel van grondslaguitholling worden tegengegaan. De antimisbruikbepaling is daarom in overeenstemming met het doel dat de wetgever nastreeft met de earningsstrippingmaatregel. Art. 15ba Wet VpB 1969 is naar mijn mening daarom een effectieve toevoeging.

ATAD1 voorziet niet in een regeling tegen handel in rentelichamen. Zoals eerder vermeld heeft ATAD1 echter een minimumkarakter, waardoor lidstaten vrij zijn om de maatregel een strengere invulling te geven. Hierdoor zal de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen niet in strijd zijn met ATAD1.¹⁶⁰

4.4.4 Subconclusie

Per 1 januari 2020 treedt art. 15ba Wet VpB 1969 in werking. Deze maatregel is een antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen. Het artikel regelt kort gezegd dat wanneer sprake is van een belangenwijziging in een belastingplichtige van minimaal 30%, de voortgewentelde rente van vóór deze belangenwijziging niet meer in aftrek kan worden gebracht.¹⁶¹ Op deze manier zorgt de maatregel ervoor dat belastingontwijking wordt tegengegaan, omdat belastingplichtigen niet in staat zullen zijn hun grondslag uit te hollen door gebruik te maken van voortgewentelde rente van andere ondernemingen. Naar mijn mening is de antimisbruikbepaling daarom in overeenstemming met het doel dat de wetgever nastreeft bij de invoering van de earningsstrippingmaatregel.

¹⁶⁰ D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11, p. 443.

¹⁶¹ Art. 15ba, eerste lid, Wet VpB 1969.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag ‘*Is de keuze met betrekking tot de uitzonderingen in lijn met het doel van de earningsstrippingmaatregel?*’ centraal. De wetgever heeft ervoor gekozen om geen groepsescape op te nemen in de wet. Naar mijn mening is dit in overeenstemming met het doel dat wordt nagestreefd met de earningsstrippingmaatregel, aangezien de wetgever hiermee een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen nastreeft. Ook de keuze om op zichzelf staande entiteiten niet als uitzondering op te nemen is naar mijn mening in overeenstemming met het doel van de wetgever. Op deze manier wordt een gelijke behandeling nagestreefd bij alle belastingplichtigen. Ik vraag me echter af of de keuze van de wetgever om woningcorporaties en de financiële sector niet als uitzondering op te nemen de juiste keuze is. De woningcorporaties worden hierdoor hard geraakt, terwijl in deze gevallen geen sprake is van grondslaguitholling en winstverschuivingen. Bij de langlopende openbare-infrastructuurprojecten was dit het argument om deze groep wel uit te zonderen van de earningsstrippingmaatregel. Een groepsescape in de vorm van een EBITDA-uitzondering zou een oplossing kunnen zijn voor woningcorporaties. Met deze uitzondering zouden woningcorporaties rente op derdenleningen wel in aftrek kunnen brengen. Bij deze leningen is er immers geen sprake van belastingontwijking. Daarnaast geeft de wetgever naar mijn mening onvoldoende argumenten om de financiële sector niet als uitzondering in de wet op te nemen. De enige uitzondering waarvoor de wetgever heeft gekozen, is de Publieke-Private samenwerking met betrekking tot langlopende infrastructuurprojecten.

Naar mijn mening past het opnemen van een antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen bij het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft met de earningsstrippingmaatregel. Dit zorgt ervoor dat belastingplichtigen hun grondslag niet kunnen uithollen door gebruik te maken van voortgewentelde rente van andere ondernemingen, waardoor grondslaguitholling wordt tegengegaan.

Hoofdstuk 5: Conclusie

5.1 Samenvatting

Naar aanleiding van ATAD1, gebaseerd op het BEPS-project, heeft Nederland per 1 januari 2019 de earningsstrippingmaatregel geïmplementeerd in art. 15b Wet VpB 1969. De Nederlandse wetgever had bij het implementeren van de earningsstrippingmaatregel een aantal keuzes te maken. In deze scriptie worden de keuzes van de wetgever geanalyseerd en bekritiseerd.

De hoofdvraag van deze scriptie luidt als volgt:

Sluit de wijze van implementatie van de ATAD-richtlijn ten aanzien van de earningsstrippingmaatregel aan bij de het doel dat de Nederlandse wetgever nastreeft met de invoering van deze renteaftrekbepanking en zo nee, op welke wijze had deze renteaftrekbepanking effectiever kunnen worden geïmplementeerd?

De hoofdregel luidt dat belastingplichtigen maximaal 30% van hun EBITDA als financieringskostensurplus in aftrek mogen brengen. Nederland heeft ervoor gekozen de earningsstrippingmaatregel een strenge invulling te geven. Het doel dat de Nederland hiermee nastreeft naast het tegengaan van grondslaguitholling, is een gelijkere behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Hierdoor probeert Nederland de aantrekkelijkheid van financieringen met vreemd vermogen te verminderen.

Om te onderzoeken in hoeverre de Nederlandse earningsstrippingmaatregel in overeenstemming is met zijn doel, heb ik de verschillende elementen van de aftrekbepanking geanalyseerd.

In hoofdstuk 3 heb ik onderzoek gedaan naar de hoofdregel, de één miljoengrens, de verschillende definities in de wet en het renteminimum. Hierbij ben ik tot de volgende conclusies gekomen.

Wat betreft de hoofdregel heb ik geconcludeerd dat deze regeling verder gaat dan zijn doel. Omdat de hoofdregel geen onderscheid maakt met betrekking tot economische realiteit, heeft de hoofdregel ook betrekking op situaties waarbij geen sprake is van belastingontwijking. Een aanbeveling zou daarom kunnen zijn om de hoofdregel aan te laten sluiten bij de economische realiteit. Hierbij zou er materieel getoetst kunnen worden of er sprake is van belastingontwijking. Echter zal het lastig zijn om te bewijzen in welke situaties er wel of niet sprake is van belastingontwijking. In de praktijk zal dit tot veel rechtszaken kunnen leiden.

De keuze om een één miljoengrens toe te passen in plaats van drie miljoen past wel bij het doel wat de wetgever nastreeft. Op deze manier wordt een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen bewerkstelligd.

Bij het toepassen van overgangsrecht dient er een afweging gemaakt te worden tussen het rechtszekerheidsbeginsel, de uitvoerbaarheid en de legitieme doelstelling. Het lijkt erop dat de keuze om geen overgangsrecht toe te passen een weloverwogen keuze is geweest in overeenstemming met het doel dat wordt nagestreefd.

De Nederlandse wettekst sluit niet geheel aan bij de geformuleerde definities van ATAD1. Het gevolg hiervan is dat pensioen- en verzekeringsovereenkomsten niet binnen de Nederlandse definitie van het rentensaldo vallen. Naar mijn mening zou de Nederlandse wettekst beter kunnen aansluiten bij de geformuleerde definities van ATAD1. Op deze manier vallen alle gevallen van belastingontwijking binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel. In combinatie met een materiële toets van economische realiteit zou dit ervoor zorgen dat enkel de gevallen waar sprake is van belastingontwijking te maken krijgen met de aftrekbeperking. Ook bestaan er nog veel onduidelijkheden in de wettekst. Het is daarom voor belastingplichtigen onduidelijk welke kosten en baten binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Het is daarom aan te bevelen om duidelijkheid te scheppen met betrekking tot deze begrippen. Aangezien er niet wordt aangesloten bij de economische realiteit, zouden belastingplichtigen door onduidelijkheden onverwachts binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel kunnen vallen.

Met betrekking tot de voortwenteling van rente in combinatie met het renteminimum is de wettekst naar mijn mening niet in overeenstemming met zijn doel. Rentekosten uit een jaar kunnen niet gesaldeerd worden met rentebaten uit een volgend jaar, waardoor de earningsstrippingmaatregel verder gaat dan enkel het surplus aan rentelasten te beperken. Hierdoor gaat de wetgever verder dan alleen grondslaguitholling tegengaan. Naar mijn mening zou het daarom beter zijn om de aftrekbeperking enkel van toepassing te laten zijn op het surplus van rentekosten en rentebaten. Dit zou bewerkstelligd kunnen worden door rentekosten uit een jaar te salderen met rentebaten uit een volgend jaar.

In hoofdstuk 4 ben ik ingegaan op de groepsescape, op zichzelf staande entiteiten, woningcorporaties, de financiële sector, Publiek-Private samenwerkingsprojecten en de antimisbruikbepaling tegen handel in rentelichamen.

Naar mijn mening heeft de wetgever er terecht voor gekozen om geen groepsescape op te nemen in de wet. De wetgever streeft namelijk naar een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. Door geen groepsescape op te nemen wordt deze gelijkere behandeling bewerkstelligd. Daarnaast is de keuze om geen gebruik te maken van een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten eveneens in overeenstemming met het doel van de wetgever. Op deze manier wordt een gelijke behandeling nagestreefd bij alle belastingplichtigen.

Naar mijn mening worden woningcorporaties onnodig hard geraakt door de earningsstrippingmaatregel. Dit zijn kapitaalintensieve bedrijven waar over het algemeen geen sprake is van grondslaguitholling en winstverschuivingen. De enige uitzondering waarvoor de wetgever heeft gekozen, is de Publieke-Private samenwerking met betrekking tot bepaalde langlopende infrastructuurprojecten. Bij de beslissing om langlopende openbare-infrastructuurprojecten uit te zonderen was het argument dat hier geen sprake is van grondslaguitholling. Naar mijn mening geldt hetzelfde argument met betrekking tot woningcorporaties. Een goede oplossing voor het probleem rondom woningcorporaties zou naar mijn mening een groepsescape in de vorm van een EBITDA-uitzondering kunnen zijn. Deze uitzondering zorgt ervoor dat derdenleningen van een concern wel in aftrek kunnen worden gebracht. Bij derdenleningen is er over het algemeen geen sprake van belastingontwijking, waardoor deze uitzondering aansluit bij het doel van de Nederlandse wetgever. In combinatie met de eerdergenoemde materiële toets zou dit ertoe leiden dat de earningsstrippingmaatregel beter aansluit bij het doel dat wordt nagestreefd, namelijk het tegengaan van belastingontwijking.

Daarnaast geeft de wetgever naar mijn mening onvoldoende argumenten om de financiële sector niet als uitzondering in de wet op te nemen. De wetgever gaat er naar mijn mening onterecht vanuit dat financiële ondernemingen niet binnen het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen, waardoor er geen uitzondering nodig zou zijn. Echter vallen financiële ondernemingen die meer rente betalen dan ontvangen en eveneens niet subjectief zijn uitgezonderd van de vennootschapsbelasting wel binnen het toepassingsbereik. Ik zou daarom aanbevelen om te beargumenteren waarom de financiële sector niet als uitzondering is opgenomen in de wet. Indien hiervoor niet voldoende argumenten zijn, zou ik aanbevelen de financiële sector wel als uitzondering op te nemen.

Als laatste heb ik geconcludeerd dat de antimisbruikbepaling met betrekking tot de handel in rentelichamen in overeenstemming is met het doel dat de wetgever nastreeft met de earningsstrippingmaatregel. De antimisbruikbepaling zorgt er namelijk voor dat

belastingplichtigen hun grondslag niet kunnen uithollen door gebruik te maken van voortgewentelde rente van andere ondernemingen.

5.2 Conclusie

Aan de hand van de deelvragen heb ik een antwoord op de hoofdvraag geformuleerd. De wijze van implementatie sluit op verschillende punten niet geheel aan bij het doel dat door de Nederlandse wetgever wordt nagestreefd, namelijk het streven naar een gelijkere behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen en het tegengaan van belastingontwijking door middel van grondslaguitholling. Naar mijn mening kan er geconcludeerd worden dat de earningsstrippingmaatregel op een aantal vlakken verbeterd kan worden. Een materiële toets om beter aan te sluiten bij de economische realiteit zou naar mijn mening een belangrijke verbetering zijn. Daarnaast zijn er verbeteringen te behalen bij het hanteren van de definities. Door aan te sluiten bij ATAD1 zullen alle belastingontwijking situaties binnen het toepassingsbereik vallen en kunnen onduidelijkheden worden weggenomen. Daarnaast zou het beter zijn om rentekosten en baten over de jaren heen te salderen, waardoor de earningsstrippingmaatregel enkel betrekking zal hebben op het surplus. Ook zou een EBITDA-uitzondering een goede oplossing zijn om woningcorporaties te ontlasten. Wat betreft de financiële sector ontbreekt naar mijn mening de argumentatie om deze niet als uitzondering op te nemen.

Literatuurlijst

Artikelen

R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 'De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijk analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?', *WFR* 2018/153.

S. H. E. Bot & O. Nijhuis, 'Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?', *WFR* 2005/1161.

W. Bruins Slot, 'Belastingplannetjes en belastingrecht', *NTFR* 2018/46.

F.A. Engelen en A.F. Gunn, 'Het BEPS-project: een inleiding', *WFR* 2013/7026.

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

P. Kavelaars, 'Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.

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

M. Muller, 'Oproep aan kabinet: versoepel earningsstrippingmaatregel', *Tax Live* 19 oktober 2018.

F.G.H. van Nus, '“Rente” in de earningsstrippingmaatregel', *NTFR* 2019/1.

M.H.C. Ruijschop, 'De earningstrippingmaatregel, deel 1: de basis', *NTFR* 2019/2.

D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2018/11.

J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/7223.

B. Suvaal, 'Het renteminimum van de earningsstrippingmaatregel', *NTFR* 2018/11.

F.M. van der Zeijden & S.P. van Mierlo, 'Het EU-rechtelijk risico van de earningsstrippingmaatregel', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2019/2.

Kamerstukken

Kamerstukken I, 2018/19, 35030, C.

Kamerstukken I 2018/19, 35030 E.

Kamerstukken II 2017/18, 25087, 197.

Kamerstukken II 2018/19, 35028, 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35028, 21.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, 7.

Europese Commissie

COM (2016) 26

Commentaar

Artikelsgewijs commentaar op art. 15b Wet VpB 1969 door B.J.H.M. Nuijten & A.J. Van Ramele, *NDFR*.

Commentaar op Internetconsultatie implementatie richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1) door M.H.C. Ruijschop, *NDFR*.

Reactie Vakstudie Nieuws op Internetconsultatie conceptwetsvoorstel ATAD1, Den Haag: 10 juli 2017 (online publiek).

Reactie Vakstudie Nieuws op Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD 1). Memorie van toelichting Algemeen, Den Haag: 8 oktober 2018 (online publiek).

Reactie Vakstudie Nieuws op Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), Den Haag: 11 juli 2016 (online publiek).

Overige bronnen

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

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 april 2018, 2018-0000053962.

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

Nader rapport inzake het voorstel van wet tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2019) van 14 september 2019, 2018-0000147139.

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

OECD (2013), *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

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

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 (EU) 2017/952 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

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

WRR, *Samenleving en financiële sector in evenwicht*, 2016.

Jurisprudentielijst

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

HR 19 maart 2010, nr. 09/02250, *NTFR* 2010/778.

HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *FED* 1992/286.

HvJ EU 22 februari 2018, zaak c-398/16 (X bv), *NTFR* 2018/563.