

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Richtlijn conformiteit van de Nederlandse earningsstrippingmaatregel: een analyse van de implementatie in het licht van ATAD 1

Naam: Robin van Kooij
Studentnummer: 622524

Begeleider: drs. M.T.E. Robben
Tweede beoordelaar: F.P.H. van Hal MSc

Datum definitieve versie: 26 juli 2024

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

Lijst met afkortingen

ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BW	Burgerlijk wetboek
CFC	Controlled Foreign Company
EBITDA	Earnings before interest taxes depreciation and amortization
GAAR	General Anti Avoidance Rule
G20	De Groep van 20: een verzameling van twintig grote economieën in de wereld. De leden van de G20 zijn: Argentinië, Australië, Brazilië, Canada, China, Duitsland, Frankrijk, India, Indonesië, Italië, Japan, Mexico, Zuid-Korea, Rusland, Saudi-Arabië, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zuid-Afrika en de Europese Unie. De Afrikaanse Unie is in 2023 als lid van de G20 toegetreden.
HR	Hoge Raad
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-mv	OESO-modelverdrag
PPS-project	Publiek-private samenwerking project
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave.....	3
H1 Inleiding.....	4
1.1 Introductie.....	4
1.2 Probleemstelling.....	4
1.3 Relevantie.....	5
1.4 Structuur.....	6
1.5 Afbakening.....	6
H2 Anti Tax Avoidance Directive (ATAD).....	8
2.1 Inleiding.....	8
2.2 Doelstelling en Achtergrond.....	8
2.2.1 Doelstelling.....	8
2.2.2 Achtergrond.....	9
2.3 Werking van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn.....	10
2.3.1 Werkwijze.....	10
2.3.2 Relatieve drempel.....	12
2.3.3 Absolute drempel.....	12
2.3.4 Verrekenen.....	13
2.3.5 Uitzonderingen.....	14
2.4 Bevindingen.....	17
H3 Nederlandse earningsstrippingmaatregel.....	19
3.1 Inleiding.....	19
3.2 Doelstelling en achtergrond.....	19
3.2.1 Doelstelling.....	19
3.2.2 Achtergrond.....	20
3.3.1 Werkwijze.....	21
3.3.2 Relatieve drempel.....	23
3.3.3 Absolute drempel.....	25
3.3.4 Verrekenen.....	26
3.3.5 uitzonderingen.....	28
3.4 Bevindingen.....	31
H4 De richtlijn conformiteit van de earningsstrippingmaatregel.....	33
4.1 Inleiding.....	33
4.2 Doelstelling.....	33
4.3 Werkwijze.....	34
4.4 Relatieve drempel.....	34
4.5 Absolute drempel.....	35
4.6 Verrekenen.....	36
4.7 uitzonderingen.....	36
4.8 Subconclusie.....	39
H5 Conclusie.....	40
5.1 Beantwoording van de hoofdvraag.....	40
5.2 Aanbeveling.....	42
Literatuurlijst.....	43

H1 Inleiding

1.1 Introductie

De betaalde vergoeding voor vreemd vermogen, oftewel een rentebetaling, is in de vennootschapsbelasting in beginsel aftrekbaar van de winst. Daartegenover staat dat ontvangen rente in beginsel wordt belast bij de ontvanger. Internationaal opererende bedrijven kunnen door de allocatie van rentelasten profiteren van de verschillen in winstbelastingtarieven tussen verschillende landen. Dit kan bijvoorbeeld door betaalde rente af te trekken bij een dochteronderneming in een land met een hoog belastingtarief en de ontvangen rente te laten 'landen' bij een dochteronderneming in een land met een laag belastingtarief. Deze vorm van belastingontwijking wordt winstverschuiving en grondslaguitholling genoemd. Deze belastingontwijking is ongewenst omdat het zorgt voor oneerlijke concurrentieverhoudingen en dient daarom bestreden te worden. Binnen de Europese Unie (hierna ook: EU) is een richtlijn geïntroduceerd waar een renteaftrekbepanking in zit. Deze renteaftrekbepanking bestrijdt de winstverschuiving en grondslaguitholling door de renteaftrek voor een deel te beperken. De EU-lidstaten (hierna ook: lidstaten) hebben de ruimte gekregen om deze renteaftrekbepanking op eigen wijze te implementeren. In deze scriptie onderzoek ik de wijze waarop de Nederlandse wetgever die renteaftrekbepanking heeft geïmplementeerd in de Nederlandse wet en hoe deze implementatie zich verhoudt tot de Europese richtlijn.

1.2 Probleemstelling

In het kader van de Anti Tax Avoidance Directive 1 richtlijn, beter bekend als de ATAD 1 richtlijn (hierna ook: de richtlijn), heeft de Nederlandse wetgever de earningsstrippingmaatregel ingevoerd.¹ De earningsstrippingmaatregel is de codificering in de Nederlandse wet van de renteaftrekbepanking uit de ATAD 1 richtlijn. In de richtlijn zijn bepaalde normwaarden opgenomen voor de earningsstrippingmaatregel waar de Nederlandse wetgever van afwijkt. Denkt de Nederlandse wetgever hiermee een beter resultaat te bereiken in het tegengaan van belastingontwijking² of heeft de Nederlandse wetgever aanvullende doelen voor ogen? Als de Nederlandse wetgever aanvullende doelen nastreeft met de earningsstrippingmaatregel kan dit leiden tot een implementatie van de maatregel die niet conform de richtlijn is. Richtlijnconform houdt in dat de specifieke regeling, in dit geval de earningsstrippingmaatregel, in overeenstemming is met de richtlijn. Dit betekent dat de werking en regelgeving voldoen aan de specifieke eisen die in de richtlijn zijn vastgesteld. In deze scriptie ga ik de volgende hoofdvraag beantwoorden: in hoeverre is de earningsstrippingmaatregel conform de ATAD 1 richtlijn?

Om tot een gestructureerd en compleet antwoord op de hoofdvraag te komen, zal ik mij richten op de volgende deelvragen:

¹ Richtlijn (EU) 2016/1164.

² In deze scriptie wordt met belastingontwijking bedoeld op het bewust creëren van bepaalde structuren om zo gebruik te maken van de renteaftrek, wat in strijd is met het doel en strekking van de wet. Wanneer een belastingplichtige die gebruikmaakt van de renteaftrek faciliteit zonder in strijd te gaan met het doel en strekking van de wet, wordt dit voor deze scriptie niet als belastingontwijking beschouwd.

1. welke doelen streeft artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn na en hoe streeft het artikel deze doelen na?
2. Hoe werkt de earningsstrippingmaatregel en wat wil de Nederlandse wetgever met deze maatregel bereiken?
3. In hoeverre wijkt de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingmaatregel af van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn, zowel qua uitvoering als qua doelstellingen?³

Op basis van de uitkomst van de hoofdvraag zal er in hoofdstuk 5 ook een aanbeveling worden gedaan.

1.3 Relevantie

In 2015 zorgden de Panama Papers in de media voor opschudding.⁴ Deze gelekte documenten onthulden namelijk voor een groot publiek hoe de vermogensstromen van bepaalde grote multinationals buiten het zicht van de autoriteiten worden gehouden. De internationale samenwerking is van groot belang bij het bestrijden van deze belastingontwijking. Het belang van internationale samenwerking is groot omdat belastingontwijking zich vaak uitstrekt over meerdere landen. Initiatieven zoals het Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en Europese richtlijnen dragen bij aan een gecoördineerde aanpak van belastingfraude en belastingontwijking.⁵ In dergelijke initiatieven wordt namelijk gezocht naar maatregelen die op mondiaal niveau geïmplementeerd kunnen worden.

De EU-lidstaten hebben in 2016 overeenstemming bereikt over een Europese richtlijn: de ATAD 1 richtlijn. In de ATAD 1 richtlijn staan regels die ontworpen zijn om de belastingontwijking aan te pakken. De richtlijn bevat 4 maatregelen waaronder een renteaftrekbeperking.⁶ De renteaftrekbeperking is ontworpen om belastingplichtigen die grondslaguithollende of winstverschuivende handelingen verrichten, in de renteaftrek te beperken.

Op 1 januari 2019 werd de algemene renteaftrekbeperking in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd als de earningsstrippingmaatregel in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Uit de kamerstukken blijkt dat de regering naast de doelen van de ATAD 1 richtlijn ook een aanvullend doel heeft, namelijk het bereiken van een meer fiscaal gelijke behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen.⁷ Om dit laatste doel te bereiken heeft de Nederlandse regering besloten de renteaftrekbeperking op diverse manieren robuuster⁸ te implementeren in de Nederlandse wet dan is vereist door de ATAD 1 richtlijn.⁹ Omdat de strenge implementatie van de earningsstrippingmaatregel voor veel

³ In deze scriptie betekent een afwijking van de richtlijn qua uitvoering dat er wordt afgeweken van de minimumnormen die de richtlijn stelt.

⁴ NOS. (2016, 4 april).

⁵ Rapport OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting: OECD Publishing 2013.

⁶ Artikel 4 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, afdeling 2.2.2.

⁸ Met een robuustere implementatie wordt in deze scriptie bedoeld: een implementatie van de earningsstrippingmaatregel die verder gaat in het beperken van de renteaftrek dan vereist is door de richtlijn.

⁹ Richtlijn (EU) 2016/1164.

belastingplichtigen negatieve gevolgen heeft, is het cruciaal te onderzoeken of de maatregel conform de richtlijn is.

1.4 Structuur

Om tot een gestructureerd antwoord op de hoofdvraag te komen zal ik de volgende opzet aanhouden.

In hoofdstuk 2 ga ik mij richten op de renteaftrekbepanking zoals in artikel 4 van de ATAD 1 is beschreven. Hierbij bekijk ik wat de doelen van artikel 4 zijn en hoe ze nagestreefd worden. Ook zal ik mij richten op de achtergrond van de ATAD. Dit ga ik doen door de volgende deelvraag te beantwoorden: welke doelen streeft artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn na en hoe streeft het artikel deze doelen na?

In hoofdstuk 3 zal ik de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet bespreken. Hiermee zal ik tot een beantwoording komen van de deelvraag: Hoe werkt de earningsstrippingmaatregel en wat wil de Nederlandse wetgever met deze maatregel bereiken? In deze context richt ik mij op het doel en de implementatie van deze maatregel.

In hoofdstuk 4 wordt onderzocht of, en hoe, de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet afwijkt van de minimumnormen in de ATAD 1 richtlijn. Hierbij zal ik ook bespreken wat de verschillen zijn in doelstellingen van de Nederlandse wetgever en de ATAD 1 richtlijn. In dat hoofdstuk zal de volgende deelvraag beantwoord worden: in hoeverre wijkt de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingmaatregel af van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn, zowel qua uitvoering als qua doelstellingen?

In hoofdstuk 5 zal ik de bevindingen van deze scriptie bespreken. Ook zal ik in dat hoofdstuk bekijken of de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet in overeenstemming is met de richtlijn. Er wordt antwoord gegeven op de vraag of de earningsstrippingmaatregel conform de ATAD 1 richtlijn is. In dat hoofdstuk zal de hoofdvraag beantwoord worden: in hoeverre is de earningsstrippingmaatregel conform de ATAD 1 richtlijn?

1.5 Afbakening

Alle actieplannen uit het BEPS-project blijven buiten beschouwing, met uitzondering van actieplan 4. Ik behandel actieplan 4 omdat dit relevant is voor de totstandkoming van bepaalde normen die zijn opgenomen in de ATAD 1 richtlijn. Binnen de maatregelen van de ATAD 1 richtlijn zal ik alleen de renteaftrekbepanking uitgebreid onderzoeken. De andere maatregelen zal ik slechts kort voor contextuele doeleinden bespreken. In paragraaf 2.3.5 bespreek ik de groepsuitzonderingen. Specifieke componenten van deze uitzonderingen, zoals de doelmatigheid, laat ik omwille van de breedte van deze scriptie buiten beschouwing. In paragraaf 3.3.1 bespreek ik de vormen van leningen die in het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel vallen. Hierbij ga ik niet in op de leningen die fiscaalrechtelijk uitgezonderd zijn, namelijk de bodemloze putlening, schijnlening en deelnemerschapslening. In paragraaf 3.3.2 zal ik kort de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek (KIA) bespreken. Hierbij houd ik echter specifieke componenten van de KIA buiten beschouwing. In paragraaf 3.3.4 benoem ik kort de

antimisbruikbepalingen in artikel 15ba en artikel 15aha van de Wet op de vennootschapsbelasting (Vpb) 1969. Deze bepalingen zal ik omwille van de breedte van dit onderzoek niet uitgebreid bespreken. In paragraaf 3.3.1 worden de hybridemismatchmaatregelen in afdeling 2.2A van de Wet Vpb 1969 kort benoemd. Deze maatregelen worden verder niet uitgebreid besproken.

H2 Anti Tax Avoidance Directive (ATAD)

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de earningsstrippingmaatregel in artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn besproken worden. Om een beter begrip te krijgen van de achtergrond van de ATAD 1 richtlijn, worden ook de andere bepalingen in de richtlijn kort uitgelegd. Daarnaast zal ik de doelstelling van de richtlijn bespreken. Tot slot wordt de inhoud van de renteaftrekbeperking in de richtlijn besproken. Daarbij richt ik mij op zijn werking en de totstandkoming van de minimumeisen die in de richtlijn zijn opgenomen. De achtergrond en doelen van de ATAD 1 richtlijn zullen, samen met de uiteengezette werking van de renteaftrekbeperking, een antwoord geven op de deelvraag waarop ik mij in dit hoofdstuk richt: welke doelen streeft artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn na en hoe streeft het artikel deze doelen na?

2.2 Doelstelling en Achtergrond

In 2013 merkten de G20-landen¹⁰ op dat de toenmalige belastingregels vooral gericht waren op het tegengaan van belastingontwijking op nationaal niveau.¹¹ Grondslaguitholling en winstverschuiving met rentebetalingen vinden echter hoofdzakelijk plaats bij gelieerde entiteiten die in verschillende landen belastingplichtig zijn.¹² Dit maakt dat een gecoördineerde samenwerking tussen landen wereldwijd van groot belang is in de strijd tegen winstverschuiving en grondslaguitholling. Om wereldwijd een nieuwe standaard te bereiken in het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling, is de OESO in 2013 begonnen met het BEPS-project. In het rapport van het BEPS-project heeft de OESO 15 actiepunten gepresenteerd die grondslaguitholling en winstverschuiving op een internationaal gecoördineerde manier bestrijden.¹³

2.2.1 Doelstelling

De maatregelen in de ATAD 1 richtlijn worden ingezet om een aantal doelen na te streven. In brede zin is het doel wat de richtlijn nastreeft: 'De interne markt als geheel beter te wapenen tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingspraktijken'.¹⁴ De maatregelen in de richtlijn streven dit doel na door zich te richten op uitholling van de belastinggrondslagen en de verschuiving van winsten. Dit doel kan niet bereikt worden als alle lidstaten elk afzonderlijk optreden.¹⁵ Daarom is een richtlijn die voor alle lidstaten geldt, van groot belang. Naast het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving wil de ATAD 1 richtlijn ook andere marktobstakels voorkomen, zoals dubbele heffing.¹⁶ Dubbele heffing speelt op als een rentebetaling wel belast wordt bij de ontvanger maar niet aftrekbaar is bij de betaler van de rente.

¹⁰ De Groep van 20: een verzameling van twintig grote economieën in de wereld. Zie de afkortingenlijst voor de economieën die tot deze groep behoren.

¹¹ Kamerstukken II, 2015/16, 25087, nr. K.

¹² Kamerstukken II, 2015/16, 25087, nr. K.

¹³ Rapport OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting: OECD Publishing 2013.

¹⁴ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (3).

¹⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (5 & 16)

¹⁶ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (5).

Een ander doel van de richtlijn is het tegengaan van fiscaal misbruik dat nog niet door een specifieke antimisbruikbepaling wordt bestreden. Het doel van de algemene antimisbruikbepaling is het tegengaan van misbruik zonder dat specifieke antimisbruikbepalingen in hun werking worden doorkruist. De richtlijn heeft tevens als doel om misbruik dat wordt gefaciliteerd door hybride mismatches tegen te gaan.¹⁷

2.2.2 Achtergrond

ATAD 1

Om een stap te zetten in het verbeteren van de internationale afspraken en samenwerking op Europees niveau, hebben de lidstaten in juni 2016 overeenstemming bereikt over een antibelastingontwijkingsrichtlijn (ATAD 1). De richtlijn implementeert een aantal punten uit het BEPS-project. De richtlijn bevat maatregelen die winstverschuiving en grondslaguitholling tegengaan en de bescherming van de belastinggrondslagen van de lidstaten bevorderen.

Een van de maatregelen die Nederland conform de ATAD 1 richtlijn moet implementeren is een exithetfing voor vermogensbestanddelen die vanuit Nederland worden overgebracht naar een ander land. De exithetfing zorgt ervoor dat vermogensbestanddelen worden geacht te zijn vervoerd op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan de overdracht naar het andere land.¹⁸ De eventuele boekwinst die bij deze fictieve vervoerd is gerealiseerd, zal tot de winst van de onderneming behoren in Nederland. Door een exithetfing worden de stille reserves belast in het land waar deze zijn ontstaan. Een stille reserve is het verschil tussen de boekwaarde en de hogere marktwaarde van een vermogensbestanddeel.

Een andere maatregel die de lidstaten conform de ATAD 1 richtlijn moeten implementeren is een algemene antimisbruikbepaling. Deze General Anti Avoidance Rule (GAAR) staat in artikel 6 van de ATAD 1 richtlijn.¹⁹ De antimisbruikbepaling treedt in werking wanneer constructies zijn opgezet met als voornaamste doel: het verkrijgen van een belastingvoordeel (motiefvereiste). Tevens moet de constructie het doel van de wet ondermijnen (normvereiste). Daarnaast moet de constructie kunstmatig zijn (kunstmatigheidsvereiste), hier is volgens de richtlijn sprake van als de constructie niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.²⁰ Als aan deze drie vereisten is voldaan, worden de voordelen van de constructie buiten beschouwing gelaten door de antimisbruikbepaling.

Een andere maatregel die in de ATAD 1 richtlijn is opgenomen is de Controlled Foreign Companies-wetgeving (CFC-wetgeving).²¹ Deze wetgeving geldt voor belastingplichtigen die een belang hebben van meer dan 50% in een buitenlands lichaam, of als sprake is van een vaste inrichting. Deze wetgeving ziet -kort gezegd- op binnenlandse belastingplichtigen die door winstverschuiving winst laten belasten in landen met een laag winstbelastingtarief (minder dan 9%). De CFC-maatregel zorgt ervoor dat de winst die verschoven wordt, bij de winst van de binnenlandse belastingplichtige in aanmerking wordt genomen bij het

¹⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (11 & 13).

¹⁸ Artikel 15c Wet Vpb 1969.

¹⁹ Artikel 6 Richtlijn (EU) 2016/1164.

²⁰ Artikel 6 Richtlijn (EU) 2016/1164.

²¹ Artikel 7 Richtlijn (EU) 2016/1164.

berekenen van de belasting. Door de CFC-wetgeving wordt winstverschuiving naar landen met lage winstbelastingtarieven bestreden.

De vierde maatregel in de ATAD 1 richtlijn is de earningsstrippingmaatregel.²² Deze maatregel is gericht op het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving.²³ De earningsstrippingmaatregel is een renteaftrekbepanking met een generiek karakter. Tot in hoeverre de renteaftrek wordt beperkt, wordt op rekenkundige wijze berekend. De componenten die relevant zijn bij deze berekening worden in hoofdstuk 2.3 besproken. Het generieke karakter van de earningsstrippingmaatregel houdt in dat de renteaftrek voor iedere belastingplichtige in de vennootschapsbelasting geldt. Andere karakteristieken van deze maatregel zullen tevens in hoofdstuk 2.3 besproken worden.

ATAD 2

Na de implementatie van de ATAD 1 richtlijn hebben de EU-lidstaten in mei 2017 een akkoord bereikt over de ATAD 2 richtlijn. De ATAD 2 richtlijn is gericht op hybridemismatches.²⁴ Hybridemismatches zijn mismatches die ontstaan door verschillen in rechtsstelsels. Landen kunnen namelijk verschillen in de fiscale behandeling van lichamen of instrumenten hebben, waardoor mismatches ontstaan. Deze mismatches kunnen er bijvoorbeeld toe leiden dat een betaling in het ene land aftrekbaar is van de winst, maar de betaling in het andere land niet in de heffing wordt betrokken. In een situatie zoals zojuist geschetst, zorgen de regels uit de ATAD 2 richtlijn ervoor dat de betaling in aftrek wordt beperkt in het ene land of in de heffing wordt betrokken in het andere land.

2.3 Werking van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn

2.3.1 Werkwijze

Om de werkwijze van de richtlijn te begrijpen, is het eerst van belang te weten wat een richtlijn precies is. Een richtlijn is: 'Een rechtshandeling die een bepaald doel vastlegt dat alle lidstaten moeten bereiken. De lidstaten mogen dan zelf de wetgeving vaststellen om dat doel te bereiken'.²⁵ Om de doelen van de richtlijn te bereiken, wordt de uitvoering van de earningsstrippingmaatregel dus overgelaten aan de lidstaten. Op deze manier kunnen de lidstaten de maatregel zodanig vormgeven dat ze optimaal passen bij hun vennootschapsbelastingstelsel.²⁶

De lidstaten hebben echter geen volledige vrijheid in het vormgeven van de earningsstrippingmaatregel. Zoals eerder besproken, is het namelijk niet mogelijk om grensoverschrijdende belastingontwijking tegen te gaan als de lidstaten elk afzonderlijk maatregelen implementeren. Daarom biedt de richtlijn een minimumniveau van bescherming tegen grondslaguitholling en winstverschuiving waar alle lidstaten aan moeten voldoen. Desondanks blijven de lidstaten vrij in de implementatie van de regels voor zover is voldaan aan de minimale eisen. De lidstaten mogen de earningsstrippingmaatregel dus alleen

²² Artikel 4, Richtlijn (EU) 2016/1164.

²³ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (6).

²⁴ Kamerstukken II, 2018/19, 35241, nr. 3

²⁵ Kamerstukken II, 2020/21, 35454, nr. 6.

²⁶ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (3).

aanpassen voor zover dit resulteert in een hoger niveau van bescherming tegen grondslaguitholling en winstverschuiving, oftewel een strengere aanpak. Hiermee blijven de lidstaten in zekere mate soeverein zonder dat dit ten koste gaat van de internationale harmonisatie van de belastingregels.

De regels uit de richtlijn moeten in beginsel van toepassing zijn op alle belastingplichtigen die aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn.²⁷ De richtlijn biedt echter verschillende opties tot uitzonderingen die de lidstaten kunnen implementeren. Hiermee kunnen de lidstaten bepaalde belastingplichtigen van de earningsstrippingmaatregel uitsluiten die een laag risico op belastingontwijking vormen. Door dergelijke uitzonderingen niet op te nemen, neemt het beschermingsniveau van de binnenlandse belastinggrondslag toe. De uitzonderingen die de lidstaten mogen implementeren, worden later in dit hoofdstuk besproken.

Daarnaast geeft de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid om een concern dat geconsolideerde jaarrekeningen voorlegt, als één belastingplichtige aan te merken.²⁸

Ten aanzien van de strijd tegen grondslaguitholling en winstverschuiving, introduceert artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn de earningsstrippingmaatregel. Deze maatregel beperkt de renteaftrek op basis van de 'exceeding borrowing costs' oftewel het financieringskostensurplus. Dit is het bedrag van de aftrekbare financieringskosten verminderd met de belastbare rentebaten en economische vergelijkbare inkomsten. Onder het begrip financieringskosten vallen niet alleen rentelasten op geldleningen, maar ook financieringskosten die volgens de nationale wetgeving gelijkwaardig zijn.²⁹ In de Nederlandse wetgeving zijn dit bijvoorbeeld financieringskosten die verband houden met financial lease.³⁰ Het financieringskostensurplus is in beginsel aftrekbaar tot 30% van de gecorrigeerde winst.³¹ Dit is de norm die voor de lidstaten een drempelwaarde vormt. De lidstaten moeten aan deze norm voldoen. Om een betere bescherming tegen grondslaguitholling en winstverschuiving te waarborgen, mogen lidstaten een lager percentage implementeren. Wat de gecorrigeerde winst is en hoe deze wordt berekend, wordt besproken in paragraaf 2.3.2.

De richtlijn voorziet ook in een veiligehavenregel. Deze regel houdt in dat het financieringskostensurplus altijd aftrekbaar is tot een vast bedrag. Dit vaste bedrag is in de richtlijn vastgesteld op € 3 miljoen.³² Deze absolute drempel is wederom een norm voor de minimale bescherming tegen belastingontwijking. Lidstaten mogen dus een lagere absolute drempel gebruiken voor een strengere implementatie van de earningsstrippingmaatregel.

Tot in hoeverre de renteaftrek wordt beperkt, wordt dus berekend aan de hand van een financieringskostensurplus en een tweetal drempels. De componenten die relevant zijn bij de bepaling van deze drempels, worden in de volgende paragrafen uitgebreid besproken.

²⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (4).

²⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (7).

²⁹ Artikel 2 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/1164.

³⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 39.

³¹ Artikel 2 & 4 Richtlijn (EU) 2016/1164.

³² Artikel 4 lid 3 Richtlijn (EU) 2016/1164.

2.3.2 Relatieve drempel

Volgens de hoofdregel van de earningsstrippingmaatregel in de ATAD 1 richtlijn is het financieringskostensurplus aftrekbaar tot 30% van de gecorrigeerde winst. De gecorrigeerde winst is in deze context gekoppeld aan de belastbare jaarwinst van de belastingplichtige. De jaarwinst wordt berekend volgens het nationaal belastingrecht. De gecorrigeerde winst is de belastbare jaarwinst zonder rente, belastingen, afschrijvingen en afwaarderingen in de berekening van de winst te betrekken. Hiermee is de gecorrigeerde winst gelijk aan de EBITDA. (Earnings before interest, taxation, depreciation and amortisation). Opbrengsten die vrijgesteld zijn van de vennootschapsbelasting zijn geen onderdeel van de gecorrigeerde winst. De OESO adviseert de EBITDA als gecorrigeerde winst omdat de renteaftrek zo direct wordt gekoppeld aan de economische activiteiten. Bovendien zou de EBITDA eenvoudig te berekenen zijn.³³

Het financieringskostensurplus is dus in beginsel aftrekbaar tot 30% van de gecorrigeerde winst. Het percentage van 30% komt voort uit het BEPS-project van de OESO. Uit een onderzoek in het BEPS-project, gebaseerd op gegevens van 2009 tot en met 2013, bleek het volgende: bij een percentage van 30% van de EBITDA werden ongeveer 13% van de multinationale ondernemingen en 19% van de niet-multinationale ondernemingen door de maatregel geraakt. Wanneer een percentage van 10% zou worden gebruikt, dan zouden 38% van de multinationale ondernemingen en 45% van de niet-multinationale ondernemingen in de renteaftrek worden beperkt.³⁴ De richtlijn heeft een percentage van 30% opgenomen. Wanneer landen een lager percentage hanteren, wordt de renteaftrek van meer belastingplichtigen beperkt.

Omdat het percentage in de richtlijn een drempelwaarde is, mogen lidstaten hier alleen van afwijken voor zover dat leidt tot een robuustere implementatie van de maatregel. De waarde in de richtlijn werkt dus als een minimumnorm, het is de minimale bescherming die de lidstaten moeten hebben.³⁵ De OESO heeft evenwel aangeraden dat landen tussen een percentage van 10% en 30% blijven om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan.³⁶

2.3.3 Absolute drempel

Naast de relatieve drempel die zojuist is besproken, biedt de richtlijn ook de optie een absolute drempel in de earningsstrippingmaatregel te implementeren. In de preambule van de richtlijn wordt dit ook wel een veiligehavenregel genoemd, waarbij het financieringskostensurplus altijd aftrekbaar is voor zover het onder deze absolute drempel zit.³⁷ Deze drempel bedraagt € 3 miljoen in de richtlijn en geldt per belastingplichtige.³⁸ Zoals genoemd in paragraaf 2.3.1 kunnen lidstaten ervoor kiezen concerns die geconsolideerde jaarrekeningen voorleggen, als één belastingplichtige aan te merken voor toepassing van de

³³ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 50.

³⁴ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 93.

³⁵ De minimumnorm van 30% houdt dus niet in dat de lidstaten minimaal een percentage van 30% moeten implementeren (!).

³⁶ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 56.

³⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

³⁸ Artikel 4 lid 3 Richtlijn (EU) 2016/1164.

earningsstrippingmaatregel. De absolute drempel is dan van toepassing op het gehele concern, ongeacht het aantal maatschappijen.

Het gebruik van een absolute drempel komt ook voort uit de adviezen van de OESO naar aanleiding van het BEPS-project. De absolute grens zou entiteiten met lage risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving, buiten de reikwijdte van de renteaftrekbepanking brengen.³⁹ Echter, omdat voor toepassing van de earningsstrippingmaatregel met een financieringskosten surplus wordt gerekend, valt te betwijfelen of een absolute grens alleen entiteiten met lage risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving buiten de reikwijdte van de renteaftrekbepanking brengt. Alle ondernemingen die een financieringskosten surplus hebben dat minder bedraagt dan de hoogte van de absolute drempel, vallen namelijk buiten de reikwijdte van de maatregel, ongeacht de risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving van de ondernemingen.

De absolute grens zorgt er ook voor dat de administratieve- en nalevingskosten die met de maatregel gepaard gaan verminderen, zonder dat dit het fiscale effect aanzienlijk beïnvloedt.⁴⁰ In het BEPS-project wordt geen adviesbedrag genoemd voor deze absolute drempel. Echter, de OESO benoemt wel dat de hoogte van deze drempel bepaald moet worden aan de hand van een aantal factoren, zoals de status van de economie, het fiscale wettelijke systeem en de hoogte van de rentetarieven.⁴¹ Deze factoren zijn allemaal tijd-variabel; ze veranderen in de tijd. De OESO heeft dan ook geadviseerd om het mogelijk te maken dat de absolute drempel periodiek mag worden aangepast om de veranderingen in de tijd-variabele factoren te weerspiegelen.⁴² In de richtlijn is dit advies echter niet verwerkt. Dit kan ertoe leiden dat de absolute drempel op het ene moment goed past bij de status van de economie, het fiscale wettelijke systeem en de hoogte van de rentetarieven, en het andere moment helemaal niet.

De lidstaten hebben de optie om de absolute grens te lager te implementeren dan de norm in de richtlijn, waardoor er meer belastingplichtigen in de renteaftrekbepanking vallen en daarmee een 'hoger beschermingsniveau voor hun binnenlandse belastinggrondslag garanderen'.⁴³

2.3.4 Verrekenen

Voor zover het financieringskostensurplus boven de hoogste van de twee eerder besproken drempels uitkomt, is het niet aftrekbaar in dat fiscale boekjaar. De richtlijn geeft de lidstaten een optie te voorzien in regels voor de verrekening van het financieringskostensurplus dat door toepassing van de earningsstrippingmaatregel in aftrek is beperkt.⁴⁴ Verrekenen houdt in dat het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingjaar niet kan worden afgetrokken, in een ander boekjaar nog van de winst afgetrokken kan worden. Als het verrekenen van de financieringskostensurplus mogelijk is, wordt de renteaftrek dus niet definitief, maar tijdelijk beperkt. De lidstaten kunnen ook voorzien in regels voor het

³⁹ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 41.

⁴⁰ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

⁴¹ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 41.

⁴² OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 41.

⁴³ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

⁴⁴ Artikel 4 lid 6 Richtlijn (EU) 2016/1164.

verrekenen van de niet gebruikte rentecapaciteit. Niet gebruikte rentecapaciteit ontstaat als de renteaftrek drempel in een bepaald jaar hoger is dan de aftrekbare financieringskosten in dat jaar. De niet gebruikte rentecapaciteit bedraagt dan het verschil tussen de renteaftrekdrempel en de aftrekbare financieringskosten.

Voor het verrekenen van de niet gebruikte rentecapaciteit en het financieringskostensurplus, geeft de richtlijn verschillende opties. De lidstaten moeten voorzien in regels die een van de volgende verrekeningsmogelijkheden faciliteren:

- a. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, zonder tijdsbeperking; of
- b. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, zonder tijdsbeperking, en achterwaartse verrekening voor maximaal drie jaar van het financieringskostensurplus; of
- c. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, zonder tijdsbeperking, en voorwaartse verrekening van de niet gebruikte rentecapaciteit voor maximaal vijf jaar.⁴⁵

Hoe de lidstaten de regels aangaande de faciliteiten in onderdeel 'c' kunnen vormgeven, wordt in de richtlijn niet genoemd. Echter, om bepaalde problemen met het doorschuiven van zowel het financieringskosten surplus, als het niet gebruikte rentecapaciteit te voorkomen, is er een beperking aan deze mogelijkheid gesteld. Zo is het niet toegestaan om te voorzien in een regeling waarin de voortgewentelde niet gebruikte rentecapaciteit, gecombineerd kan worden met een carry-back van het financieringskostensurplus.⁴⁶

Het financieringskostensurplus dat terug- of voortgewenteld is, kan alleen van de winst worden afgetrokken als daar ruimte voor is ingevolge de earningsstrippingmaatregel. Het terug- of voortgewentelde financieringskostensurplus wordt in het nieuwe jaar niet in de berekening van het financieringskostensurplus betrokken.⁴⁷

2.3.5 Uitzonderingen

Zoals in paragraaf 3.2 benoemd is het voornaamste doel van de richtlijn het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving. Entiteiten die zich hier niet schuldig aan maken, zijn dus in beginsel niet het doelwit van de earningsstrippingmaatregel. De richtlijn biedt verschillende uitzonderingen om entiteiten met beperkte risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving, van de werkingssfeer van de earningsstrippingmaatregel uit te sluiten. In de richtlijn worden de uitzonderingen, 'vrijstellingen' genoemd. Deze benaming kan echter verwarrend zijn omdat vrijstellingen in de Nederlandse wet andere kenmerken hebben dan de 'vrijstellingen' in de richtlijn. Om deze verwarring te voorkomen zal ik in deze scriptie de term 'uitzonderingen' gebruiken voor de vrijstellingen in de richtlijn. Dergelijke uitzonderingen zijn optioneel, lidstaten kunnen er dus ook voor kiezen om ze niet te implementeren.

⁴⁵ Artikel 4 lid 6 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁴⁶ Vakstudie Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', V-N 2016/37.3.

⁴⁷ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 7.1.3, actueel t/m 26-04-2024.

Uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten

Een van de uitzonderingen die lidstaten kunnen implementeren in de earningsstrippingmaatregel staat in artikel 4 lid 3 van de richtlijn: 'De belastingplichtige kan het recht worden toegekend op volledige aftrek van het financieringskostensurplus indien de belastingplichtige een op zichzelf staande entiteit is'.⁴⁸ Voor de toepassing van deze uitzondering zijn op zichzelf staande entiteiten: 'Belastingplichtigen die geen deel uitmaken van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern en geen gelieerde onderneming of vaste inrichting hebben'.⁴⁹ Met deze uitzondering kunnen lidstaten op zichzelf staande entiteiten uitzonderen van de earningsstrippingmaatregel. Omdat grondslaguitholling en winstverschuiving in principe worden bewerkstelligd door rentebetalingen tussen gelieerde partijen, is een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten passend gezien de lage risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving.⁵⁰

Uitzondering voor financiële ondernemingen

Een andere uitzondering in de richtlijn is de uitzondering voor financiële ondernemingen.⁵¹ Onder financiële ondernemingen vallen onder andere banken, verzekeraars en beleggingsinstellingen.⁵² Met de uitzondering voor financiële ondernemingen kunnen lidstaten deze ondernemingen van de werkingssfeer van de earningsstrippingmaatregel uitsluiten. Ongeacht de mogelijkheid tot deze uitzondering, is het wel algemeen aanvaard dat financiële ondernemingen in de renteaftrek beperkt moeten worden.⁵³ De reden dat lidstaten toch financiële ondernemingen van de renteaftrekbeperking kunnen uitsluiten, is omdat deze ondernemingen 'bijzondere kenmerken hebben die een aangesneden aanpak vereisen'.⁵⁴ Deze ondernemingen hebben bijvoorbeeld veelal meer renteontvangsten dan rentekosten. Hierdoor zal het financieringskostensurplus nihil bedragen en wordt er door de werking van de earningsstrippingmaatregel geen renteaftrek beperkt. Binnen de EU is echter nog geen besluit genomen over de 'aangesneden aanpak' die deze financiële ondernemingen vereisen.⁵⁵ Over de argumentatie voor deze uitzondering valt echter nog het een en ander te zeggen. De aanwezigheid van 'bijzondere kenmerken' is namelijk ook terug te zien bij andere entiteiten waarvoor geen uitzondering is opgenomen in de richtlijn. Hier wordt in paragraaf 3.3.5 dieper op ingegaan.

Groepsuitzonderingen

De richtlijn biedt ook de mogelijkheid een groepsuitzondering in de earningsstrippingmaatregel te implementeren. In de richtlijn wordt als een groep (ook: concern) aangemerkt: 'Een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern, bestaande uit alle entiteiten die volledig zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening'.⁵⁶ Een groepsuitzondering is gericht op groepen die schulden hebben die niet

⁴⁸ Artikel 4 lid 3 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁴⁹ Artikel 4 lid 3 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁵⁰ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

⁵¹ Artikel 4 lid 7 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁵² Artikel 2 lid 5 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁵³ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (9).

⁵⁴ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (9).

⁵⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (9).

⁵⁶ Artikel 4 lid 8 Richtlijn (EU) 2016/1164.

gericht zijn op grondslaguitholling en winstverschuiving. Het beperken van de renteaftrek van dergelijke groepen past niet bij de doelstelling van de richtlijn om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan. Om te voorkomen dat deze groepen onbedoeld door de renteaftrekbepanking worden geraakt, zijn er twee groepsuitzonderingen in de richtlijn opgenomen.

De eerste groepsuitzondering staat in artikel 4, lid 5, onderdeel a van de richtlijn. 'Een belastingplichtige die onderdeel uitmaakt van een financieel geconsolideerd concern kan het recht worden toegekend op volledige aftrek van zijn financieringskostensurplus indien hij kan aantonen dat de ratio tussen zijn eigen vermogen en balanstotaal gelijk is aan of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het concern'. Voor toepassing van deze uitzondering zijn de ratio van de belastingplichtige en het concern gelijk, indien de ratio van de belastingplichtige maximaal twee procentpunten lager is dan de ratio van het concern.⁵⁷ Daarnaast moeten alle activa en verplichtingen van de belastingplichtige gewaardeerd zijn volgens dezelfde methode als in de geconsolideerde jaarrekening.⁵⁸

De tweede groepsuitzondering in de richtlijn houdt in dat de belastingplichtige die lid is van een groep, het recht wordt verleend op aftrek van het financieringskostensurplus voor een bedrag dat hoger is dan de relatieve drempel die is omschreven in paragraaf 2.3.2.⁵⁹ Deze verhoogde grens wordt in twee stappen berekend. Eerst wordt de ratio van de groep berekend door het financieringskostensurplus van de groep ten opzichte van derden te verdelen over de EBITDA van de groep. Daarna wordt de berekende ratio van de groep vermenigvuldigd met de EBITDA van de belastingplichtige.⁶⁰ De EBITDA van de belastingplichtige heeft derhalve een positieve invloed op zijn renteaftrekdrempel. Daarentegen heeft de EBITDA van de gehele groep een negatieve invloed op de renteaftrekdrempel. Immers, hoe hoger de EBITDA van de groep, des te lager de ratio van de groep. Deze systematiek maakt het voor de renteaftrek van een belastingplichtige gunstig om een groep te vormen met entiteiten met lage winsten, waardoor de EBITDA van de groep laag uitkomt.

De zojuist besproken groepsuitzonderingen zijn gericht op groepen die schulden hebben die niet gericht zijn op grondslaguitholling en winstverschuiving. Dit roept echter de vraag op of groepen die onder de uitzonderingen vallen, daadwerkelijk geen belastingontwijkende activiteiten verrichten. Het zou namelijk afdoen aan de doelmatigheid van deze uitzonderingen als ook groepen die wel belasting ontwijken, door de uitzonderingen buiten het bereik van de earningsstrippingmaatregel worden gebracht. Zoals besproken in hoofdstuk 1 zal ik omwille van de breedte van deze scriptie niet verder ingaan op de doelmatigheid van deze uitzonderingen.

Uitzondering voor langlopende openbare-infrastructuurprojecten

De richtlijn geeft de lidstaten ook de mogelijkheid een uitzondering in de earningsstrippingmaatregel te implementeren voor renten op leningen die verband houden

⁵⁷ Artikel 4 lid 5 sub a Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁵⁸ Artikel 4 lid 5 sub a Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁵⁹ Artikel 4 lid 5 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁶⁰ Artikel 4 lid 5 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

met langlopende openbare-infrastructuurprojecten.⁶¹ Deze projecten zijn veelal samenwerkingen tussen de overheid en private ondernemingen. Omdat de overheid nauw betrokken is bij leningen die verband houden met langlopende openbare-infrastructuurprojecten, zou er weinig tot geen risico op grondslaguitholling of winstverschuiving zijn.⁶² Lidstaten mogen dergelijke projecten alleen uitsluiten van de earningsstrippingmaatregel indien de inkomsten, de financieringskosten, de activa en de uitvoerder van het project zich allemaal binnen de grenzen van de Unie bevinden.⁶³ De implementatie van deze uitzondering mag tevens geen aanleiding vormen voor verboden staatssteun waarmee de mededinging op de Europese markt wordt verstoord.⁶⁴

Overgangsregeling

Als laatste uitzondering wordt in de richtlijn de mogelijkheid geboden om leningen die vóór 17 juni 2016 zijn aangegaan en daarna niet meer zijn aangepast, uit te sluiten van het toepassingsgebied van de earningsstrippingmaatregel.⁶⁵ Deze uitzondering wordt de overgangsregeling genoemd.

2.4 Bevindingen

In dit hoofdstuk is besproken wat de ATAD 1 richtlijn is en wat zijn doelstellingen zijn. Daarnaast is de achtergrond besproken om een beter begrip te krijgen van de richtlijn als geheel. Ook is aandacht besteed aan de verschillende maatregelen die in de richtlijn zijn opgenomen. Hierbij is een aantal bevindingen gedaan die een antwoord vormen op de deelvraag waar ik mij in dit hoofdstuk op heb gericht: welke doelen streeft artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn na en hoe streeft het artikel deze doelen na?

De ATAD 1 richtlijn bevat vier maatregelen om grensoverschrijdend belastingontwijking tegen te gaan. Een van deze maatregelen is de earningsstrippingmaatregel. De earningsstrippingmaatregel is een renteaftrekbepanking die door alle lidstaten geïmplementeerd moet worden.⁶⁶ De earningsstrippingmaatregel is een renteaftrekbepanking die de rente beperkt aan de hand van een financieringskosten surplus en renteaftrekdrempels. De gebruikte renteaftrekdrempel is de hoogste van de twee volgende bedragen:

- a. 30% van de gecorrigeerde winst.
- b. € 3 miljoen.⁶⁷

De richtlijn heeft als voornaamste doel het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving.⁶⁸ Omdat de richtlijn een minimumnorm is, mogen lidstaten een robuustere implementatie van de earningsstrippingmaatregel hanteren. De normen in de richtlijn komen

⁶¹ Artikel 4 lid 4 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁶² De richtlijn veronderstelt hier dat de overheden die nauw betrokken zijn bij dergelijke projecten, geen grondslaguithollende of winstverschuivende handelingen zouden verrichten. Of dit in de praktijk werkelijk zo is, valt te betwijfelen. Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

⁶³ Artikel 4 lid 4 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁶⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

⁶⁵ Artikel 4 lid 4 sub a Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁶⁶ Artikel 4 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁶⁷ Artikel 4 lid 1 & 2 Richtlijn (EU) 2016/1164.

⁶⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164.

veelal voort uit het BEPS-project en moeten het niveau van bescherming tegen internationale belastingontwijking verhogen. De richtlijn bereikt dit doel door te zorgen voor een gecoördineerde aanpak van belastingontwijking door alle lidstaten.

De earningsstrippingmaatregel is generiek, wat betekent dat hij geldt voor alle belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting. Omdat sommige belastingplichtigen kleine risico's vormen op grondslaguitholling en winstverschuiving, zijn er uitzonderingen in de richtlijn opgenomen. Met deze uitzonderingen kunnen bepaalde belastingplichtigen buiten het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel worden gebracht. Lidstaten zijn niet gehouden om dergelijke uitzonderingen op te nemen in hun nationale wetgeving.

H3 Nederlandse earningsstrippingmaatregel

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de earningsstrippingmaatregel uit artikel 15b Wet Vpb 1969 besproken worden. Hierbij richt ik mij op de achtergrond, doel en werking van de maatregel. De achtergrond en doelen worden besproken om een goed beeld te krijgen van de earningsstrippingmaatregel en waarom deze maatregel geldt. Het onderzoeken van de werking van de earningsstrippingmaatregel zal een goed beeld geven van de maatregel en de implementatie door de Nederlandse wetgever. De achtergrond en doelen van de earningsstrippingmaatregel zullen, samen met de uiteengezette werking van de earningsstrippingmaatregel, een antwoord geven op de deelvraag waar ik mij in dit hoofdstuk op richt: Hoe werkt de earningsstrippingmaatregel en wat wil de Nederlandse wetgever met deze maatregel bereiken?

3.2 Doelstelling en achtergrond

Zoals in paragraaf 1.1 is besproken, is de vergoeding op een lening in beginsel aftrekbaar van de winst. Om een deel van deze renteaftrek te beperken bevat afdeling 2.9a van de Wet Vpb 1969 sinds 1 januari 2019 een generieke renteaftrekbeperking. De renteaftrekbeperking is een resultaat van de Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking en is bekend als de earningsstrippingmaatregel. De earningsstrippingmaatregel is, in tegenstelling tot de andere huidige renteaftrekbeperkingen, generiek.

3.2.1 Doelstelling

De generieke renteaftrekbeperking in de Nederlandse wet is gericht op het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving. Grondslaguitholling en winstverschuiving vinden plaats door middel van hoge rentebetalingen. Deze hoge rentebetalingen worden door multinationals gebruikt om hun winst in de vorm van rentebetalingen naar landen met een lage winstbelasting te verschuiven. De grondslag in het land waar de werkelijke activiteiten van de onderneming plaatsvinden wordt hiermee uitgehold en de belastinggrondslag in het land met een lage winstbelasting neemt toe. Hierdoor wordt de totale belastingdruk van de belastingplichtige verminderd. Dergelijke handelingen die als doorslaggevend oogmerk hebben het vermijden van belasting, zijn een vorm van misbruik en dienen bestreden te worden voor een eerlijkere belastingheffing.⁶⁹

Naast het bestrijden van het misbruik van recht in de vorm van grondslaguitholling en winstverschuiving heeft de Nederlandse wetgever een aanvullend doel met de implementatie van de earningsstrippingmaatregel: het behalen van een meer fiscaal gelijke behandeling tussen vreemd vermogen en eigen vermogen.⁷⁰ In de Nederlandse wet is, overeenkomstig de wetgeving in veel andere landen, opgenomen dat de rentebetalingen als vergoeding van een geldlening in beginsel aftrekbaar zijn van de winst. De dividendbetalingen die een vergoeding zijn voor het beschikbaar stellen van het eigen

⁶⁹ Richtlijn 2016/0337 (CNS) van de Raad van 25 oktober 2016, betreffende een gemeenschappelijke heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (Straatsburg).

⁷⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

vermogen zijn daarentegen niet aftrekbaar van de winst.⁷¹ Deze fiscale ongelijke behandeling zorgt ervoor dat belastingplichtigen gestimuleerd worden om hun activiteiten te financieren met vreemd vermogen.⁷² De Staatssecretaris van Financiën vindt dat dit negatieve gevolgen heeft voor de 'schokbestendigheid van de Nederlandse economie'.⁷³ Om deze schokbestendigheid te verbeteren wordt er voor een robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel gekozen, waarbij renteaftrek eerder wordt beperkt.⁷⁴

Naast het verbeteren van de schokbestendigheid van de economie heeft de implementatie van de earningsstrippingmaatregel ook budgettaire doeleinden. De implementatie van de earningsstrippingmaatregel moet volgens de staatssecretaris in samenhang worden gezien met de andere maatregelen voor het bedrijfsleven die in het Regeerakkoord van 2017 zijn opgenomen zoals een verlaging van het tarief in de vennootschapsbelasting.⁷⁵ Deze verlaging van het tarief zou grotendeels worden gefinancierd door de grondslagverbreding in de vennootschapsbelasting, hoofdzakelijk te danken aan de earningsstrippingmaatregel.⁷⁶

3.2.2 Achtergrond

Na de implementatie van de generieke earningsstrippingmaatregel is er ruimte ontstaan om enkele specifieke renteaftrekbeperkingen af te schaffen.⁷⁷ Zo zijn de specifieke renteaftrekbeperkingen uit artikel 13l en artikel 15ad van de Wet Vpb 1969 bij de implementatie van de earningsstrippingmaatregel op 1 januari 2019 vervallen. Echter, de specifieke renteaftrekbeperkingen in artikel 10a en 10b Wet Vpb 1969 zijn niet vervallen. De renteaftrekbeperking in artikel 10a geldt uitsluitend voor rentebetalingen tussen de belastingplichtige en een met de belastingplichtige verbonden lichaam in de zin van artikel 10a lid 4 Wet Vpb 1969. De renteaftrekbeperking in artikel 10a Wet Vpb 1969 richt zich -kort gezegd- tegen onzakelijke structuren waarbij eigen vermogen wordt omgezet in vreemd vermogen met het oog op de aftrekbaarheid van de rentelasten. De renteaftrekbeperking in artikel 10b geldt voor rentebetalingen tussen de belastingplichtige en een met de belastingplichtige gelieerd lichaam in de zin van artikel 8b Wet Vpb 1969. Deze renteaftrekbeperkingen zijn dus specifiek en onderscheiden zich hiermee van de generieke earningsstrippingmaatregel in artikel 15b Wet Vpb 1969. De renteaftrekbeperkingen in artikel 10a en 10b Wet Vpb 1969 onderscheiden zich ook van de earningsstrippingmaatregel doordat zij de renteaftrek permanent beperken. Dit houdt in dat de rente die in aftrek wordt beperkt in een gegeven fiscaal boekjaar, ook niet in andere fiscale boekjaren van de winst afgetrokken kan worden. De earningsstrippingmaatregel in artikel 15b Wet Vpb 1969 daarentegen, is een temporiseringsmaatregel: de renteaftrek wordt door de earningsstrippingmaatregel vertraagd en niet permanent beperkt. De rente die in een fiscaal boekjaar niet aftrekbaar is door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, kan in een ander fiscaal boekjaar nog van de winst afgetrokken worden. Wanneer dit kan en hoe dit werkt wordt in paragraaf 3.3.4 verder uitgewerkt.

⁷¹ Artikel 10 Wet Vpb 1969.

⁷² Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

⁷³ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

⁷⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

⁷⁵ Nolten & Goudsmit, 'De fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen: Het wiel opnieuw uitvinden? (deel 1)', WFR 2021/129.

⁷⁶ Nolten & Goudsmit, 'De fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen: Het wiel opnieuw uitvinden? (deel 1)', WFR 2021/129.

⁷⁷ Kamerstukken II, 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

Plaats van de earningsstrippingmaatregel ten opzichte van fraus legis

Voor situaties waarin sprake is van een vorm van misbruik waar geen specifieke antimisbruikbepaling voor bestaat, kent de Nederlandse wet het leerstuk van fraus legis (misbruik van recht). Dit leerstuk houdt in dat wanneer sprake is van een handeling die in strijd is met doel en strekking van de wet, de beoogde fiscale voordelen van deze handeling moeten worden geweigerd. Voor de toepassing van dit leerstuk moet er voldaan zijn aan twee vereisten:

- 1) De belastingvermijding komt in strijd met doel en strekking van de wet (het normvereiste).
- 2) De handelingen moeten als doorslaggevend oogmerk hebben het vermijden van belasting (het motiefvereiste).⁷⁸

Voor de implementatie van de earningsstrippingmaatregel bestreed het leerstuk van fraus legis dus al misbruik van recht in het binnenland. Dit roept de vraag op of belastingontwijking in de vorm van grondslaguitholling en winstverschuiving niet ook zonder de implementatie van de earningsstrippingmaatregel bestreden had kunnen worden met het leerstuk van fraus legis. Dit is niet het geval. Het leerstuk is namelijk moeilijk toe te passen in de beperking van renteaftrek, omdat belastingplichtigen vrijheid hebben in de keuze van de wijze van financieren en misbruik van recht dan moeilijk is te bewijzen door de belastinginspecteur.⁷⁹

3.3.1 Werkwijze

De earningsstrippingmaatregel beperkt de renteaftrek aan de hand van het saldo aan renten. Het saldo aan renten is het bedrag aan rentelasten ter zake van geldleningen verminderd met het bedrag aan rentebaten ter zake van geldleningen.⁸⁰ Het saldo aan renten is tenminste nihil en kan dus niet negatief zijn.⁸¹ Voor de toepassing van deze maatregel vallen onder rentelasten ook voortbrengingskosten die gemaakt zijn ter zake van geldleningen. Dit zijn bijvoorbeeld afsluitkosten en advieskosten die gemaakt zijn ter zake van geldleningen.⁸² Kosten ter zake van het afdekken van rente- of valutarisico's vallen ook onder rentelasten.⁸³ Ook valutaresultaten⁸⁴ vallen onder rentelasten of -baten.⁸⁵ Het gaat hierbij om de valutaresultaten van zowel de rentebetalingen als de hoofdsom van de lening.⁸⁶ De renten die als voortbrengingskosten van een activum zijn geactiveerd, worden in het jaar van activering niet meegenomen bij het bepalen van de winst.⁸⁷ Desondanks worden deze renten in de berekening van het saldo aan renten wel als rentelasten aangemerkt.⁸⁸ Dit is niet het geval als deze rentelasten vóór de inwerkingtreding van de

⁷⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 14-15.

⁷⁹ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540.

⁸⁰ Artikel 15b lid 2 Wet Vpb 1969.

⁸¹ Artikel 15b lid 2 Wet Vpb 1969.

⁸² Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 8.3, actueel t/m 26-04-2024.

⁸³ Artikel 15b lid 6 sub b Wet Vpb 1969.

⁸⁴ Onder valutaresultaten vallen koerswinsten op buitenlandse leningen die een andere valuta gebruiken.

⁸⁵ Artikel 15b lid 6 sub c Wet Vpb 1969.

⁸⁶ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 8.3, actueel t/m 26-04-2024.

⁸⁷ Wanneer kosten worden geactiveerd, worden ze op de balans van de onderneming geplaatst en worden ze niet in de winst- en verliesrekening opgenomen. Dit zorgt ervoor dat ze niet in de bepaling van de winst worden meegenomen.

⁸⁸ Artikel 15b lid 6 sub d Wet Vpb 1969.

earningsstrippingmaatregel zijn geactiveerd.⁸⁹ Onder rentelasten valt ook dubbel in aanmerking genomen inkomen dat door toepassing van artikel 12af Wet Vpb 1969 van de winst afgetrokken wordt.⁹⁰ Artikel 12af Wet Vpb 1969 staat toe dat de renteaftrek die in een jaar wordt geweigerd vanwege de hybridemismatchmaatregelen in afdeling 2.2A van de Wet Vpb 1969, in een later jaar wel van de winst worden afgetrokken wanneer sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen. Dubbel in aanmerking genomen inkomen is: 'Een inkomensbestanddeel dat bij of krachtens de wetten van de staten waartussen een aftrek zonder betrekking in de heffing of een dubbele aftrek ontstaat in een naar de winst geheven belasting is betrokken'.⁹¹ Zoals benoemd in paragraaf 1.5 van deze scriptie zullen de hybridemismatchmaatregelen waarop artikel 12af Wet Vpb 1969 van toepassing is, omwille van de breedte van deze scriptie niet uitgebreider besproken worden. Artikel 15b, zesde lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 zorgt ervoor dat de eerder geweigerde renteaftrek die later wordt toegestaan onder artikel 12af van deze wet, wordt beschouwd als rentelasten.

Via het berekende saldo aan renten wordt vervolgens de beperkte renteaftrek bepaald. De renteaftrek wordt beperkt voor zover het rentesaldo meer bedraagt dan het hoogste van de volgende bedragen:

- a. 20% van de gecorrigeerde winst.
- b. € 1 miljoen.⁹²

De gecorrigeerde winst bestaat uit de belastbare winst, zonder de kosten van renten, belastingen, afschrijvingen en amortisatie in de berekening te betrekken. Dit is gebaseerd op het internationale EBITDA-begrip. De gecorrigeerde winst zal in paragraaf 3.3.2 uitgebreider besproken worden. De drempel van € 1 miljoen vormt een absolute drempel.

Belastingplichtigen die een rentesaldo hebben dat minder dan € 1 miljoen bedraagt, zullen door deze drempel niet in de renteaftrek worden beperkt. In het onderstaande voorbeeld wordt de werkwijze van de maatregel geïllustreerd.

Voorbeeld

Een belastingplichtige heeft aftrekbare rentelasten van € 190 miljoen. De belastbare rentebaten bedragen € 60 miljoen. Het rentesaldo van de belastingplichtige bedraagt derhalve € 130 miljoen (€ 190 miljoen -/ € 60 miljoen).

De belastingplichtige realiseert met zijn activiteiten een EBITDA van € 200 miljoen. De relatieve aftrekdrempel van de belastingplichtige is 20% van € 200 miljoen, dus € 40 miljoen. Omdat deze relatieve drempel van € 40 miljoen groter is dan de absolute drempel van € 1 miljoen, wordt de relatieve drempel gebruikt als renteaftrekdrempel.

De belastingplichtige kan van de totale rentelasten van € 190 miljoen dan maximaal € 40 miljoen aan rente in aftrek brengen. Het resterende bedrag van € 150 miljoen wordt in het betreffende jaar in de aftrek beperkt.

Voor het berekenen van het saldo aan renten en voor toepassing van de de zojuist genoemde drempels wordt er bij een fiscale eenheid op het niveau van de hele fiscale eenheid gekeken. Bij het bepalen van het saldo aan renten en de gecorrigeerde winst

⁸⁹ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 8.4.3, actueel t/m 26-04-2024.

⁹⁰ Artikel 15b lid 6 sub e Wet Vpb 1969.

⁹¹ Artikel 12ac lid 1 sub d Wet Vpb 1969.

⁹² Artikel 15b lid 1 Wet Vpb 1969.

worden de resultaten van alle maatschappijen van de fiscale eenheid meegenomen. Ook de absolute drempel van € 1 miljoen is van toepassing op de hele fiscale eenheid, ongeacht het aantal maatschappijen. De renten van geldleningen die onderling in een fiscale eenheid worden uitgegeven, blijven buiten beschouwing voor de renteaftrekbeperking omdat de fiscale eenheid als één entiteit wordt aangemerkt.

Voor de toepassing van de renteaftrekbeperking zijn de rentelasten en -baten ter zake van een geldlening belangrijk. Voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel wordt onder een geldlening verstaan: 'Een vordering of schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst'.⁹³ Om te zien wat onder een overeenkomst van geldlening valt, is de fiscale kwalificatie van een geldlening cruciaal. Voor de definitie van een fiscaalrechtelijk geldlening heeft de Hoge Raad (HR) in 1988 geoordeeld dat de civielrechtelijke betekenis van een geldlening in beginsel bepalend is voor de fiscale gevolgen.⁹⁴ Voor de civielrechtelijke kwalificatie van een lening is de terugbetalingsverplichting doorslaggevend om het te onderscheiden van eigen vermogen.⁹⁵ De earningsstrippingmaatregel is naast fiscale geldleningen ook van toepassing op overeenkomsten die met een geldlening vergelijkbaar zijn. Een overeenkomst die met een geldlening vergelijkbaar is wordt gekenmerkt door de volgende componenten:

1. De overeenkomst is doorgaans schriftelijk vastgelegd en weerspiegelt de feitelijke transactie.
2. In de overeenkomst staan een hoofdsom en een terugbetalingsverplichting.
3. Er is sprake van rente of een verplichting die daarmee economisch vergelijkbaar is.
4. Er wordt een vergoeding in geld betaald respectievelijk ontvangen voor het aantrekken respectievelijk verstrekken van financiering.
5. De partijen nemen een (rentedragende) schuld respectievelijk vordering op in de balans.
6. Er bestaat doorgaans een verband tussen de initiële waarde van de geldvordering en de waarde van hetgeen is verstrekt.⁹⁶

Voorbeelden van een met een geldlening vergelijkbare overeenkomst zijn bijvoorbeeld financial lease of huurkoop.⁹⁷

3.3.2 Relatieve drempel

Zoals in de vorige paragraaf al genoemd, is het rentesaldo niet aftrekbaar voor zover het meer bedraagt dan de hoogste van twee bedragen. Een van die bedragen is 20% van de gecorrigeerde winst. Om deze drempel goed te begrijpen kijk ik eerst naar het begrip 'winst'. De totale winst van een onderneming is: 'Het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming'. Bij het bepalen van deze gezamenlijke voordelen dient er op basis van zakelijke grondslagen gerekend te worden. Voor de berekening van de gezamenlijke voordelen die in een jaar uit een onderneming worden verkregen, moet er niet worden gekeken naar de totaalwinst, maar

⁹³ Artikel 15b lid 6 sub a Wet Vpb 1969.

⁹⁴ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

⁹⁵ 7A:1791 Burgerlijk Wetboek (BW).

⁹⁶ 2.2.1. Besluit Earningsstrippingmaatregel.

⁹⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 39.

naar de jaarwinst van een belastingplichtige. De renteaftrekbeperking is van toepassing bij het bepalen van de jaarwinst.⁹⁸

Voor de definitie van de jaarwinst staat in artikel 3.25 Wet inkomstenbelasting (IB) 2001 het volgende: 'De in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst'.⁹⁹ In beginsel houdt goed koopmansgebruik in dat de baten en lasten zo goed mogelijk worden toegerekend aan de jaren waarop zij betrekking hebben.¹⁰⁰ De hoogte van de jaarwinst is dus afhankelijk van het tijdstip waarop de baten en lasten in aanmerking worden genomen door de ondernemer. Omdat de renteaftrekdrempel afhankelijk is van de hoogte van de jaarwinst, kunnen ondernemingen de hoogte van deze drempel dus beïnvloeden binnen de grenzen van goed koopmansgebruik.

Ook het gebruik van bepaalde ondernemingsfaciliteiten beïnvloedt de fiscale winst. Zo kan de keuze van een ondernemer om al dan niet een herinvesteringsreserve (hierna ook: HIR) aan te maken bij vervreemding van een bedrijfsmiddel, de jaarwinst beïnvloeden. Immers, het aanmaken van een HIR zorgt ervoor dat de boekwinst van de verkoop van een bedrijfsmiddel gereserveerd wordt en dus niet tot de fiscale jaarwinst van een onderneming behoort. Om van deze faciliteit gebruik te maken moet het voornemen bestaan om met dit bedrag te investeren in een nieuw bedrijfsmiddel.¹⁰¹ Ook beïnvloedt de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek (KIA) de jaarwinst. De KIA regelt namelijk dat ondernemers bij een investeringsbedrag van niet meer dan € 387.580, een kleinschaligheidsinvesteringsaftrek ten laste van de winst over dat jaar brengen.¹⁰² Het bedrag van de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek wordt afhankelijk van het investeringsbedrag berekend aan de hand van een tabel in artikel 3.41 lid 2 Wet Vpb 1969. Een belastingplichtige kan met dergelijke faciliteiten rekening houden om zo de winst en daarmee de relatieve renteaftrekdrempel te beïnvloeden. Hierdoor vormt de fiscale winstplanning van een onderneming een belangrijk aandachtspunt in het kader van de earningsstrippingmaatregel.¹⁰³

De winst van een onderneming wordt tevens beïnvloed door de vrijstellingen die op bepaalde inkomsten van toepassing zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan inkomsten die kwalificeren voor de innovatiebox,¹⁰⁴ voor de deelnemingsvrijstelling¹⁰⁵ of voor de objectvrijstelling.¹⁰⁶ Dergelijke vrijgestelde inkomsten worden niet meegenomen bij het bepalen van de winst en blijven dus buiten de relatieve drempel.

Voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel moet de berekende winst gecorrigeerd worden. De gecorrigeerde winst is voor de toepassing van deze maatregel gelijk aan de winst uit enig jaar zonder rente, belastingen, afschrijvingen en afwaarderingen

⁹⁸ Artikel 15b lid 1 Wet Vpb 1969.

⁹⁹ Artikel 3.25 Wet inkomstenbelasting (IB) 2001.

¹⁰⁰ HR 8 april 1953, BNB 1953/146.

¹⁰¹ Artikel 3.30 Wet IB 2001.

¹⁰² Artikel 3.41 lid 2 Wet IB 2001.

¹⁰³ Van Gijlswijk, 'Earningsstrippingmaatregel en de gevolgen voor de vastgoedsector', VGFC 2018/6, p. 15-19.

¹⁰⁴ Artikel 12b Wet Vpb 1969.

¹⁰⁵ Artikel 13 Wet Vpb 1969.

¹⁰⁶ Artikel 15e Wet Vpb 1969.

in de berekening te betrekken.¹⁰⁷ Wanneer afwaarderingen worden teruggenomen, moeten ze van de winst worden afgehaald. De gecorrigeerde winst wordt berekend vóór de aftrek van aftrekbare giften en de eventuele verrekening van verliezen uit andere jaren.¹⁰⁸ Voor de berekening van de gecorrigeerde winst worden alleen de afschrijvingen en afwaarderingen van bedrijfsmiddelen bij de winst opgeteld. Dit zorgt ervoor dat afschrijvingen en afwaarderingen van bijvoorbeeld vorderingen of voorraden niet gecorrigeerd worden om tot de gecorrigeerde winst te komen.¹⁰⁹ Om dit te illustreren volgt een voorbeeld.

Voorbeeld

De winst van een belastingplichtige bedraagt in 2024 vóór het aftrekken van de afschrijvingen en afwaarderingen € 200 miljoen. De belastingplichtige heeft voor € 10 miljoen afgeschreven op bedrijfsmiddelen. De belastingplichtige heeft ook voor € 20 miljoen afgewaardeerd op niet-bedrijfsmiddelen. De afwaarderingen en afschrijvingen bedragen in totaal dus € 30 miljoen (€ 20 + € 10). De winst van de belastingplichtige bedraagt derhalve € 170 miljoen (€ 200 miljoen -/- € 30 miljoen).

De belastingplichtige heeft tevens een verrekenbaar verlies uit 2023 van € 20 miljoen. De rentelasten van de belastingplichtige bedroegen in 2024 € 30 miljoen en er waren geen rentebaten.

Om tot de gecorrigeerde winst te komen wordt de volgende berekening gedaan:

Fiscale winst: € 170 miljoen
+ Afschrijvingen op bedrijfsmiddelen € 10 miljoen
+ Rentekosten € 30 miljoen
Gecorrigeerde winst (EBITDA) = € 210 miljoen

De afwaarderingen van niet-bedrijfsmiddelen worden dus niet gecorrigeerd. Dit geldt ook voor de verrekenbare verliezen uit een ander jaar.

Voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel moet van de gecorrigeerde winst die ik zojuist heb besproken, een percentage berekend worden. Bij de invoering van de earningsstrippingmaatregel was dit percentage nog 30% van de gecorrigeerde winst. Op 1 januari 2022 is dit verlaagd naar 20% van de gecorrigeerde winst.¹¹⁰ Hiermee wordt de mogelijkheid om de rente af te trekken verder beperkt. Deze aanpassing komt voort uit een motie van kamerlid Hermans die in 2022 een verzoek deed om verschillende kosten zoals salariskosten in het onderwijs en defensiekosten te bekostigen met onder andere de opbrengsten van het verlagen van de 30% grens naar 20% in de earningsstrippingmaatregel.¹¹¹ Deze opbrengsten werden geschat op zo'n € 700 miljoen.¹¹²

3.3.3 Absolute drempel

Zoals in paragraaf 3.2 is besproken, zijn er twee drempels in de earningsstrippingmaatregel. Op grond van artikel 15b Wet Vpb 1969 mag het saldo aan renten in ieder geval van de

¹⁰⁷ Artikel 15b lid 3 Wet Vpb 1969.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

¹⁰⁹ Stevens, 'Implementatie van de earningsstrippingmaatregel', TFO 2019/161.2.

¹¹⁰ Vakstudie Nieuws, 'Belastingplan 2022. Tweede nota van wijziging', V-N 2021/47.6.

¹¹¹ Kamerstukken II 2021/22, 35925, nr. 13.

¹¹² Kamerstukken II 2021/22, 35927, nr. 8.

winst worden afgetrokken tot €1 miljoen. Deze absolute drempel fungeert als een veiligheidsregel voor belastingplichtigen met een saldo aan renten lager dan € 1 miljoen, zodat zij niet in de renteaftrek worden beperkt. Met de geïmplementeerde drempel van € 1 miljoen wordt beoogd dat midden- en kleinbedrijven grotendeels buiten het toepassingsbereik van de maatregel vallen.¹¹³ De absolute drempel wordt ieder jaar per belastingplichtige toegepast.

Fiscale eenheden worden in de vennootschapsbelasting aangemerkt als één belastingplichtige.¹¹⁴ Zoals in paragraaf 3.3.1 al benoemd geldt de drempel van € 1 miljoen voor de hele fiscale eenheid, ongeacht het aantal maatschappijen. Echter, de absolute drempel kan optimaal gebruikt worden door maatschappijen te ontvoegen uit fiscale eenheden of vennootschappen te splitsen.¹¹⁵ Deze handelingen creëren extra belastingplichtigen waardoor de absolute drempel meerdere malen wordt toegepast. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat wettelijke maatregelen kunnen worden ingezet indien in de praktijk op het voorgaande wordt ingespeeld.¹¹⁶

De drempel van € 1 miljoen die in de earningsstrippingmaatregel is geïmplementeerd is lager dan de maximale drempel in de ATAD 1 richtlijn van € 3 miljoen. De Nederlandse wetgever gaat met deze lagere drempel verder in het beperken van de renteaftrek dan de minimumnorm in de richtlijn. De drempel is door de Nederlandse wetgever gesteld op € 1 miljoen met als voornaamste doel de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen meer gelijk te maken.¹¹⁷ Een hogere drempel zou de renteaftrek minder beperken waardoor de fiscaal gelijke behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen minder wordt gerealiseerd.¹¹⁸

3.3.4 Verrekenen

Voor zover in een jaar het saldo aan renten niet in aftrek komt door de toepassing van de earningsstrippingmaatregel, wordt dat voortgewenteld naar het volgende jaar. In het volgende jaar is deze voortgewentelde rente weer aftrekbaar voor zover de renteaftrekdrempels hoger zijn dan het saldo aan renten in dat jaar. De voortgewentelde rente wordt niet in de berekening van het saldo aan renten betrokken in het volgende jaar. De belastinginspecteur stelt het bedrag van het voort te wentelen saldo vast bij voor bezwaar vatbare beschikking.¹¹⁹ Het voortwentelen van de rente kan onbeperkt in de toekomst en de aftrek van de renten gebeurt op de volgorde waarin ze zijn voortgewenteld.¹²⁰ De voortgewentelde renten die in een later jaar in aftrek komen bij het bepalen van de winst, worden ook door de belastinginspecteur vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking.¹²¹ Voor bezwaar vatbare beschikking houdt in dat de inspecteur de beschikking op verzoek van de belastingplichtige kan herzien indien het vermoeden bestaat

¹¹³ Kamerstukken I 2018/19, 35030, nr. C, p. 11.

¹¹⁴ Artikel 15 Wet Vpb 1969.

¹¹⁵ Stevens, 'Implementatie van de earningsstrippingmaatregel', TFO 2019/161.2.

¹¹⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. C.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

¹¹⁸ Kamerstukken I 2018/19, 35030, nr. C, p. 11.

¹¹⁹ Artikel 15ba Wet Vpb 1969.

¹²⁰ Artikel 15b lid 5 Wet Vpb 1969.

¹²¹ Artikel 15bc Wet Vpb 1969.

dat het bedrag onjuist is vastgesteld.¹²² Wanneer in een bepaald jaar ruimte bestaat om de voortgewentelde rente van de winst af te trekken, is de belastingplichtige verplicht hier gebruik van te maken. De mogelijkheid om de renten onbeperkt voorwaarts te verrekenen zorgt ervoor dat de renteaftrekbepanking tijdelijk is en niet definitief. In het onderstaande voorbeeld wordt het verrekenen geïllustreerd.¹²³

Voorbeeld

Een belastingplichtige heeft in jaar 1 een saldo aan renten van € 6 miljoen en een gecorrigeerde winst van € 12 miljoen. Op grond van het eerste lid artikel 15b Wet Vpb 1969 kan het saldo aan renten tot € 2,4 miljoen (20% van de gecorrigeerde winst) in aftrek worden gebracht. Dit is hoger dan de absolute drempel van € 1 miljoen dus houden we de relatieve drempel aan als renteaftrekdrempel. Van het totale saldo aan renten van € 6 miljoen wordt dus € 3,6 miljoen in het betreffende jaar in aftrek beperkt (€ 6 miljoen -/- € 2,4 miljoen).

Deze € 3,6 miljoen aan rentelasten kan in het volgende jaar in aftrek worden gebracht voor zover daarvoor in dat jaar ruimte bestaat.

In jaar 2 heeft de belastingplichtige een gecorrigeerde winst van € 300.000, een bedrag aan rentelasten van € 1 miljoen en een bedrag aan rentebaten van € 4 miljoen. Ingevolge het tweede lid van artikel 15b Wet Vpb 1969 is het saldo aan renten minimaal nihil en derhalve € 0 in jaar 2.

Op grond van het vijfde lid van artikel 15b Wet Vpb 1969 zijn de rentelasten van € 3,6 miljoen die uit jaar 1 zijn voortgewenteld naar jaar 2, aftrekbaar voor zover de renteaftrekdrempels hoger zijn dan het saldo aan renten in jaar 2.

De relatieve drempel bedraagt € 60.000 in jaar 2 (20% van € 300.000). € 60.000 is lager dan de absolute drempel van € 1 miljoen en daarom wordt de absolute drempel gebruikt als renteaftrekdrempel. Omdat het saldo aan renten in jaar 2 nihil bedraagt, bestaat er ruimte voor het in aftrek brengen van de voortgewentelde rente van € 1 miljoen. Van de uit jaar 1 afkomstige voortgewentelde rente van € 3,6 miljoen wordt in jaar 2 dus € 1 miljoen in aftrek gebracht.

De overgebleven rentekosten van € 2,6 miljoen (€ 3,6 miljoen -/- € 1 miljoen) worden weer voortgewenteld naar het volgende jaar.

Omdat het voortgewentelde rentesaldo in de toekomst in beginsel nog aftrekbaar is bij het bepalen van de winst, heeft het waarde. Lichamen met een voortgewenteld saldo aan renten hebben daarom ook waarde. Zogenaemde 'rentelichamen' zouden in beginsel verhandeld kunnen worden, waardoor een overnemende ondernemer het voortgewentelde saldo aan renten in aanmerking kan nemen bij het bepalen van de winst. Om te voorkomen dat rentelichamen op voorgaande wijze worden misbruikt, heeft de wetgever antimisbruikbepalingen opgenomen in artikel 15ba en artikel 15aha Wet Vpb 1969. Zoals aangegeven in paragraaf 1.5 zal ik omwille van de breedte van dit onderzoek niet verder ingaan op deze antimisbruikbepalingen.

¹²² Artikel 15bb lid 2 Wet Vpb 1969.

¹²³ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

3.3.5 uitzonderingen

De ATAD 1 richtlijn biedt de lidstaten de keuze om een aantal uitzonderingen in de earningsstrippingmaatregel te implementeren.¹²⁴ Dergelijke uitzonderingen kunnen gebruikt worden om bepaalde belastingobjecten of -subjecten buiten het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel te brengen.

Uitzondering voor langlopende openbare-infrastructuurprojecten

Een dergelijke objectieve uitzondering die door de Nederlandse wetgever is geïmplementeerd in de earningsstrippingmaatregel, is de uitzondering van renten op geldleningen die verband houden met langlopende openbare-infrastructuurprojecten. Dit gaat hoofdzakelijk om publiek-private samenwerkingsprojecten (PPS-projecten) waarbij het Rijk (of een lagere overheid) partner is van private partijen.¹²⁵ De bestaande openbare-infrastructuurprojecten die aan deze uitzondering voldoen, zijn bij ministeriële regeling aangewezen.¹²⁶ De vergoedingen voor de financiering van deze projecten zijn dus uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel.¹²⁷ De Nederlandse wetgever heeft de uitzondering opgenomen in de earningsstrippingmaatregel omdat: 'Het Rijk (of een lagere overheid) partner is van private partijen bij dergelijke projecten en omdat er bij de reeds overeengekomen vergoeding die het Rijk (of een lagere overheid) betaalt voor bestaande projecten op grond van datzelfde partnerschap niet of niet voldoende rekening kan worden gehouden met nieuwe (fiscale) wetgeving'.¹²⁸ Vergoedingen van geldleningen die verband houden met nieuwe PPS-projecten worden niet uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel.¹²⁹ Van een nieuw PPS-project is in dit verband sprake als de aanbestedingsprocedure voor het project na 25 oktober 2018 is gestart.¹³⁰

Uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten

Een uitzondering die wel mogelijk wordt gemaakt door de ATAD 1 richtlijn, maar niet in de wet wordt geïmplementeerd door de Nederlandse wetgever, is de uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten.¹³¹ Op zichzelf staande entiteiten zijn -kort gezegd- entiteiten die niet gelieerd zijn aan een lichaam of natuurlijk persoon. Er is sprake van gelieerdheid wanneer een entiteit rechtstreeks of middellijk minimaal een deelneming houdt van 25% in een andere entiteit of gerechtigd is tot ontvangst van minimaal 25% van de winst van een andere entiteit.¹³² Deze uitzondering kan in de earningsstrippingmaatregel worden opgenomen omdat belastinggrondslaguitholling en winstverschuiving in principe wordt bewerkstelligd door rentebetalingen tussen gelieerde ondernemingen. Op zichzelf staande entiteiten vormen door het gegeven dat ze niet gelieerd zijn aan een lichaam of natuurlijk persoon, beperkte risico's op belastinggrondslaguitholling en winstverschuiving.¹³³ De

¹²⁴ Artikel 4 lid 3, 4, 5 & 7 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹²⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹²⁷ Artikel IIa Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking.

¹²⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹²⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 8.

¹³⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 8.

¹³¹ Artikel 4 lid 3 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹³² Artikel 2 lid 4 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹³³ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

uitzondering voor alleenstaande entiteiten is echter niet opgenomen in de earningsstrippingmaatregel.¹³⁴ Het opnemen van een dergelijke uitzondering is namelijk niet in lijn met het oogmerk uit het Regeerakkoord om eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal gelijk te behandelen.¹³⁵

Groepsuitzonderingen

De ATAD 1 richtlijn maakt het ook mogelijk om twee groepsuitzonderingen te implementeren.¹³⁶ Belastingplichtigen vormen een groep als die een geconsolideerde jaarrekening hebben.¹³⁷ In paragraaf 2.3.5. is besproken hoe de groepsuitzonderingen in de richtlijn zijn opgenomen. De Nederlandse wetgever heeft geen groepsuitzondering geïmplementeerd in de earningsstrippingmaatregel. Dergelijke uitzonderingen zijn namelijk niet in lijn met de robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel die de Nederlandse wetgever nastreeft.¹³⁸

Uitzondering voor financiële ondernemingen

De ATAD 1 richtlijn biedt de lidstaten ook de mogelijkheid een uitzondering voor financiële ondernemingen in de renteaftrekbepanking te implementeren.¹³⁹ Deze uitzondering brengt bijvoorbeeld banken en verzekeraars buiten het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel. Ook beleggingsinstellingen en pensioenfondsen vallen onder financiële ondernemingen. De uitzondering voor financiële ondernemingen wordt door het kabinet-Rutte III niet in de earningsstrippingmaatregel geïmplementeerd omdat deze uitzondering niet nodig wordt geacht. Zoals eerder besproken wordt de earningsstrippingmaatregel namelijk toegepast op het niveau van een fiscale eenheid. De fiscale eenheid waarvan een vergunninghoudende verzekeraar of bank onderdeel is, ontvangt veelal meer renten dan het betaalt.¹⁴⁰ Gegeven de definitie van het saldo aan renten -besproken in paragraaf 3.2- zullen fiscale eenheden die meer renten ontvangen dan dat zij betalen, een saldo aan renten hebben dat nihil bedraagt. Dit zorgt ervoor dat de banken en verzekeraars niet in aanraking komen met de renteaftrekbepanking. Omdat het kabinet-Rutte III alsnog de prikkel voor het gebruik van vreemd vermogen wil beperken, is de minimumkapitaalregel voor banken en verzekeraars vanaf 1 januari 2020 in de wet geïmplementeerd.¹⁴¹ Deze regel ziet er op toe dat de renteaftrek bij banken en verzekeraars wordt beperkt als de activiteiten overmatig met vreemd vermogen worden gefinancierd.

Overgangsregeling

De richtlijn geeft ook de mogelijkheid tot een uitzondering voor leningen die vóór 17 juni 2016 zijn aangegaan en daarna niet meer zijn aangepast.¹⁴² Deze uitzondering wordt de overgangsregeling genoemd en is niet in de Nederlandse wet geïmplementeerd. Vanuit een

¹³⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

¹³⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 11.

¹³⁶ Artikel 4 lid 5 sub a & b Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹³⁷ Artikel 4 lid 8 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹³⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

¹³⁹ Artikel 4 lid 7 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

¹⁴¹ Afdeling 2.9b Wet Vpb 1969.

¹⁴² Artikel 4 lid 4 sub a Richtlijn (EU) 2016/1164.

oogpunt van uitvoerbaarheid zou een overgangsregeling namelijk onwenselijk zijn, omdat voor elke lening jaarlijks vastgesteld moet worden of deze onder de earningsstrippingmaatregel valt of niet.¹⁴³

Bijzonderheden omtrent woningcorporaties

Ook woningcorporaties worden niet uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel. Deze corporaties worden dus in de renteaftrek beperkt terwijl de earningsstrippingmaatregel niet was bedoeld voor de woningcorporaties.¹⁴⁴ Echter, de ATAD 1 richtlijn geeft geen mogelijkheid om een uitzondering voor woningcorporaties in de renteaftrekbeperking te implementeren. Zelfs als het kabinet-Rutte III zou hebben gewild, had het eerst in EU-verband de ATAD 1 richtlijn moeten wijzigen.¹⁴⁵ Woningcorporaties worden dus niet van de earningsstrippingmaatregel uitgezonderd en worden hierdoor fiscaal niet anders behandeld dan andere ondernemingen. In Nederland is de enige toegestane rechtsvorm van een woningcorporatie een stichting of vereniging.¹⁴⁶ Voor deze rechtsvormen is het niet mogelijk om eigen vermogen aan te trekken door een aandelenemissie en daarom zal een groot deel van de investeringen die door een woningcorporatie worden gedaan, met vreemd vermogen worden gefinancierd.¹⁴⁷ Omdat de activiteiten van woningcorporaties voor een groot deel worden gefinancierd met vreemd vermogen, hebben ze veel rentelasten. De aftrekbaarheid van deze rentelasten wordt door de implementatie van de earningsstrippingmaatregel beperkt en dit kan een negatief effect hebben op de investeringen van woningcorporaties.¹⁴⁸ De staatssecretaris geeft echter aan dat het kabinet-Rutte III verschillende maatregelen heeft getroffen waarmee het effect van de earningsstrippingmaatregel voor woningcorporaties wordt beperkt.¹⁴⁹ Zo is er in 2019 een heffingsvermindering voor verduurzaming geïntroduceerd en is het tarief van de verhuurderheffing verlaagd. In 2020 is daar nog een uitzondering voor tijdelijke woningen en een heffingsvermindering voor nieuwbouw bij gekomen.¹⁵⁰ De heffingsverminderingen in 2019 en 2020 gelden voor alle verhuurders van sociale huurwoningen. Per saldo wilde het kabinet-Rutte III de lastenverzwaring bij woningcorporaties als gevolg van de implementatie van earningsstrippingmaatregelen volledig compenseren met -onder andere- voorgaande maatregelen.¹⁵¹ De verhuurderheffing is per 1 januari 2023 volledig vervallen omdat de nadelen die deze heffing teweegbracht -zoals huurverhogingen, zwaarder wogen dan de voordelen.¹⁵²

In paragraaf 2.3.5 is besproken dat de richtlijn voorziet in een uitzondering voor financiële ondernemingen omdat deze ondernemingen een bijzonder karakter hebben die een 'aangesneden aanpak' vereisen. Zoals in die paragraaf al kort werd aangestipt, valt er echter

¹⁴³ Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

¹⁴⁴ Staatssecretaris Snel, Tweede Kamer, 67e vergadering Donderdag 29 maart 2018.

¹⁴⁵ Vakstudie Nieuws, 'Geen uitzondering earningsstripping-maatregel voor woningcorporaties', V-N 2020/17.10.

¹⁴⁶ Artikel 19 Woningwet.

¹⁴⁷ Bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35572, nr. 100.

¹⁴⁸ Bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35572, nr. 100.

¹⁴⁹ Brief: Staatssecretaris van Financiën van 27 maart 2020, nr. 2020-0000054069.

¹⁵⁰ Brief: Staatssecretaris van Financiën van 27 maart 2020, nr. 2020-0000054069.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹⁵² De Groot 2021, 'De verhuurderheffing, wat is (nog) de rechtvaardigingsgrond?', PONT.

nog het een en ander te zeggen over deze argumentatie. Als het gaat om bijzondere kenmerken vallen de zojuist besproken woningcorporaties daar in mijn optiek namelijk ook onder. Ook andere corporaties, verenigingen of stichtingen kunnen een bijzonder karakter hebben. Dit roept de vraag op waarom voor deze entiteiten geen uitzondering wordt gemaakt voor de earningsstrippingmaatregel. Het is merkwaardig dat dergelijke corporaties, verenigingen of stichtingen, in tegenstelling tot financiële ondernemingen, niet kunnen profiteren van een aangesneden aanpak ondanks het bijzondere karakter.

3.4 Bevindingen

In dit hoofdstuk is besproken hoe de earningsstrippingmaatregel werkt en wat de doelen en achtergrond van deze maatregel zijn. Hierbij is een aantal bevindingen gedaan die een antwoord vormen op de deelvraag waar ik mij in dit hoofdstuk op heb gericht: Hoe werkt de earningsstrippingmaatregel en wat wil de Nederlandse wetgever met deze maatregel bereiken?

Voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel moet het saldo aan renten van de belastingplichtigen worden berekend. Via het berekende saldo aan renten wordt vervolgens de beperkte renteaftrek bepaald. De renteaftrek wordt beperkt voor zover het rentesaldo meer bedraagt dan het hoogste van de volgende bedragen:

- a. 20% van de gecorrigeerde winst.
- b. € 1 miljoen.¹⁵³

Het saldo dat in aftrek is beperkt kan vervolgens voorwaarts verrekend worden, hetgeen de earningsstrippingmaatregel geen definitieve renteaftrekbeperking maakt, maar een tijdelijke. De earningsstrippingmaatregel is een generieke renteaftrekbeperking gericht op alle belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting. De generieke aard van de earningsstrippingmaatregel onderscheidt de maatregel van andere renteaftrekbeperkingen. De richtlijn biedt de lidstaten verschillende mogelijkheden tot uitzonderingen waarmee bepaalde belastingobjecten of -subjecten buiten het bereik van de earningsstrippingmaatregel worden gebracht. Met het oog op de robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel heeft de Nederlandse wetgever slechts een uitzondering opgenomen voor bestaande langlopende infrastructuurprojecten.

De earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet is gericht op het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van hoge rentebetalingen. Tevens is de earningsstrippingmaatregel gericht op het bereiken van een fiscaal gelijke behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Hiermee wil de Nederlandse wetgever financieren met eigen vermogen aantrekkelijker maken om zo de schokbestendigheid van de Nederlandse economie te verbeteren.¹⁵⁴ De maatregel heeft ook budgettaire doeleinden, zoals het financieren van een verlaging van het vennootschapsbelastingtarief door de grondslagverbreding die de earningsstrippingmaatregel teweegbrengt.¹⁵⁵

¹⁵³ Artikel 15b lid 1 Wet Vpb 1969.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 9.

¹⁵⁵ Nolten & Goudsmit, 'De fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen: Het wiel opnieuw uitvinden? (deel 1)', WFR 2021/129.

H4 De richtlijn conformiteit van de earningsstrippingmaatregel

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de richtlijn conformiteit van de earningsstrippingmaatregel getoetst worden. Hierbij richt ik mij op de beantwoording van de volgende deelvraag: in hoeverre wijkt de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingmaatregel af van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn, zowel qua uitvoering als qua doelstellingen?

Om tot een antwoord op de deelvraag te komen, zal ik mij in dit hoofdstuk richten op de doelstellingen van de Nederlandse wetgever en zijn uitvoering van de earningsstrippingmaatregel. Daarnaast zal ik ook de doelstellingen van de richtlijn bespreken, evenals de implementatie van de earningsstrippingmaatregel die de richtlijn mogelijk maakt. Tot slot zullen alle afwijkingen in doelstelling en implementatie naast elkaar worden gezet om te bepalen in hoeverre de earningsstrippingmaatregel in artikel 15b Wet Vpb 1969 afwijkt van de minimumnormen in de ATAD 1 richtlijn.

4.2 Doelstelling

Een van de doelen van de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet is het tegengaan van belastingontwijking in de vorm van grondslaguitholling en winstverschuiving. Zoals besproken in paragraaf 3.2.1 streeft de Nederlandse wetgever ook andere doelen na, zoals een meer fiscaal gelijke behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Hiermee wil de Nederlandse wetgever ondernemers stimuleren hun activiteiten vaker met eigen vermogen te financieren. Tot slot heeft de earningsstrippingmaatregel voor de Nederlandse wetgever ook budgettaire doeleinden.

Zoals besproken in paragraaf 2.2, is het voornaamste doel dat de ATAD 1 richtlijn nastreeft: 'De interne markt als geheel beter te wapenen tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingspraktijken'.¹⁵⁶ De richtlijn bereikt dit door zich te richten op grondslaguitholling en winstverschuiving, bewerkstelligd door overmatige rentebetalingen aan gelieerde partijen. Daarnaast is de richtlijn ook gericht op het tegengaan van algemeen misbruik van recht, misbruik gefaciliteerd door hybride mismatches en 'marktobstakels' zoals dubbele heffing. Het doel om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan wordt voornamelijk nagestreefd door de earningsstrippingmaatregel.

De Nederlandse wetgever heeft enkele aanvullende doelstellingen met de earningsstrippingmaatregel in vergelijking met de richtlijn. Naast het algemene doel van het tegengaan van belastingontwijking, legt de Nederlandse wetgever nadruk op het bevorderen van een fiscaal gelijke behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Deze doelstelling ontbreekt in de richtlijn, die zich vooral richt op grensoverschrijdende belastingontwijking. Verder is het budgettaire doel van de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse context ook een afwijking van de richtlijn. De richtlijn richt zich dus

¹⁵⁶ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (3).

hoofdzakelijk op de aanpak van belastingontwijking, terwijl de Nederlandse wetgever ook nationale fiscale en economische doeleinden heeft.

4.3 Werkwijze

Voor toepassing van de earningsstrippingmaatregel wordt er in de richtlijn gesproken over een financieringskostensurplus. Het financieringskostensurplus is aftrekbaar voor zover het minder bedraagt dan de hoogste van twee drempels. Deze werkwijze is identiek aan de werkwijze van de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet. In de Nederlandse wet wordt er echter gerekend met een saldo aan renten. In de definitie verschillen het saldo aan renten en het financieringskostensurplus niet. Ook met betrekking tot de leningen die binnen het bereik van de earningsstrippingmaatregel vallen, sluit de Nederlandse wetgever aan bij de richtlijn.

4.4 Relatieve drempel

Voor het bepalen van de winst geeft de richtlijn geen definitie. Het bepalen van de winst gaat daarom volgens het nationale recht van de lidstaat. In paragraaf 3.3 is besproken hoe de winst in Nederland wordt bepaald. Bij het bepalen van de gecorrigeerde winst in Nederland wordt bij de belastbare winst opgeteld: de rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie. De afschrijvingen en amortisatie worden alleen meegerekend voor zover dat plaatsvindt op bedrijfsmiddelen.¹⁵⁷ De gecorrigeerde winst in de richtlijn is ook gedefinieerd als de belastbare winst waar de rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie bij worden opgeteld. In de richtlijn is echter niet opgenomen dat enkel de afschrijvingen en amortisatie op bedrijfsmiddelen in de berekening worden opgenomen.¹⁵⁸

De Nederlandse wetgever betreft dus enkel de afschrijvingen en amortisatie op bedrijfsmiddelen in de berekening van de gecorrigeerde winst. Dit betekent dat belastingplichtigen die onder de Nederlandse earningsstrippingmaatregel vallen, de afwaarderingen van bijvoorbeeld vorderingen of voorraden niet bij de berekening van de gecorrigeerde winst mogen optellen bij de jaarwinst.¹⁵⁹ Vorderingen en langlopende voorraden worden immers niet als bedrijfsmiddelen aangemerkt.¹⁶⁰ Het feit dat afschrijvingen en amortisatie op vorderingen of langlopende voorraden niet bij de belastbare winst worden opgeteld in de berekening van de gecorrigeerde winst, resulteert in een lagere gecorrigeerde winst. Hierdoor ontstaat een lagere relatieve renteaftrekdrempel. Omdat de Nederlandse wetgever een andere definitie van de gecorrigeerde winst hanteert dan de richtlijn, wordt de renteaftrek dus sterker beperkt. Deze strengere beperking vloeit voort uit de lagere renteaftrekdrempel die wordt gecreëerd.

Bij het berekenen van de relatieve drempel wordt een percentage van de gecorrigeerde winst genomen. In Nederland was dit percentage met ingang van de earningsstrippingmaatregel nog 30% van de gecorrigeerde winst. Op 1 januari 2022 is dit verlaagd naar 20%. De richtlijn geeft voor de relatieve drempel een maximum van 30% van

¹⁵⁷ Artikel 15b lid 3 Wet Vpb 1969.

¹⁵⁸ Artikel 4 lid 2 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁵⁹ Stevens, 'Implementatie van de earningsstrippingmaatregel', TFO 2019/161.2.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. C, p. 13.

de gecorrigeerde winst. Lidstaten hebben echter de optie om een lager percentage dan het maximum te implementeren. Hierbij moeten de lidstaten rekening houden met hun eigen economie.¹⁶¹ De minimumnorm van 30% komt voort uit het BEPS-project van de OESO waar een percentage tussen de 10% en 30% wordt geadviseerd.¹⁶² Het percentage dat de Nederlandse wetgever hanteert van 20% zit dus nog wel binnen de parameters die de OESO adviseert.

De Nederlandse wetgever heeft in zijn robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel dus gekozen voor een lagere relatieve drempel dan de richtlijn eist. Zoals in paragraaf 3.3.2 besproken is, heeft de verlaging van het percentage in 2022 budgettaire doeleinden gehad. Tevens had de verlaging hoofdzakelijk te maken met het doel van de Nederlandse wetgever om de fiscale gelijkheid van vreemd vermogen en eigen vermogen te bevorderen.¹⁶³ Met de verlaging van de relatieve drempel van 30% naar 20% van de gecorrigeerde winst worden er meer rentekosten in de aftrek beperkt. Hierdoor wordt lenen minder aantrekkelijk gemaakt door de Nederlandse wetgever.

4.5 Absolute drempel

Naast de relatieve drempel die zojuist is besproken, biedt de richtlijn ook de optie een absolute drempel in de earningsstrippingmaatregel te implementeren. Hierbij is het rentesaldo altijd aftrekbaar voor zover het onder deze absolute drempel zit. Deze drempel bedraagt € 3 miljoen in de richtlijn en geldt per belastingplichtige. De absolute grens van € 3 miljoen brengt entiteiten met lage risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving, buiten de reikwijdte van de renteaftrekbeperking.¹⁶⁴ De lidstaten hebben de optie om de absolute grens te verlagen of helemaal geen absolute drempel te gebruiken, waardoor er meer belastingplichtigen in de renteaftrekbeperking vallen. Zoals besproken in paragraaf 2.3.3 is in het BEPS-project geadviseerd dat de absolute drempel op basis van een aantal fluctuerende factoren wordt vastgesteld.¹⁶⁵ Hiermee is ook geadviseerd dat landen de mogelijkheid krijgen om de drempel regelmatig te wijzigen om de veranderingen in de tijd variërende factoren te weerspiegelen.¹⁶⁶ De richtlijn heeft deze optie echter niet duidelijk naar voren laten komen.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om een lagere absolute drempel te implementeren dan de minimumnorm in de richtlijn. De earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet kent namelijk een absolute drempel van € 1 miljoen. De Nederlandse wetgever gaat met deze lagere drempel verder in het beperken van de renteaftrek dan de in ATAD 1 opgenomen standaard. De Nederlandse wetgever wijkt met de absolute drempel dus af van het maximum in de richtlijn. De lagere absolute drempel is door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd met als voornaamste doel de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen meer gelijk te maken.¹⁶⁷ Tevens heeft de verlaging van deze absolute

¹⁶¹ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 56.

¹⁶² OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 56.

¹⁶³ Kamerstukken II 2021/22, 35927, nr. 8.

¹⁶⁴ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 41.

¹⁶⁵ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 41.

¹⁶⁶ OECD BEPS 2015 Final Report Action 4, p. 41.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

drempel budgettaire doeleinden. Zo zorgt een lagere absolute drempel voor minder renteaftrek, wat resulteert in hogere belastinggrondslagen en meer belastingopbrengsten.¹⁶⁸

4.6 Verrekenen

De richtlijn geeft verschillende opties voor het verrekenen van het rentesaldo dat niet aftrekbaar is in een fiscaal boekjaar. In paragraaf 2.3.4 is besproken hoe het verrekenen werkt en wat het inhoudt. De richtlijn geeft de lidstaten de mogelijkheid om te voorzien in regels die de volgende verrekeningsmogelijkheden faciliteren:

- a. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, zonder tijdsbeperking; of
- b. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, zonder tijdsbeperking, en achterwaartse verrekening voor maximaal drie jaar van het financieringskostensurplus; of
- c. Voorwaartse verrekening van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken door toepassing van de earningsstrippingmaatregel, zonder tijdsbeperking, en voorwaartse verrekening van de niet gebruikte rentecapaciteit voor maximaal vijf jaar.

De lidstaten moeten voorzien in een van de voorgaande opties die het verrekenen mogelijk maken.¹⁶⁹

De Nederlandse wetgever heeft de optie opgenomen waarbij het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voorwaarts kan worden verrekend (optie a).¹⁷⁰ In vergelijking met de andere mogelijkheden (optie b en c) is de optie die de Nederlandse wetgever heeft gekozen, het meest beperkend in de verrekeningsmogelijkheden. De Minister van Financiën stelt dat dit is om redenen van eenvoud.¹⁷¹ Het is echter niet onwaarschijnlijk dat budgettaire redenen ook meespelen in de keuze voor de meest beperkende optie.¹⁷² De Nederlandse wetgever wijkt met zijn keuze dus niet af van de richtlijn maar heeft wel gekozen voor de optie die (tijdruimtelijk) de minste mogelijkheden tot verrekenen toelaat. Dit past bij de robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel waar de Nederlandse wetgever voor heeft gekozen.

4.7 uitzonderingen

Zoals besproken in paragraaf 2.3.5 geeft de richtlijn verschillende opties voor uitzonderingen. Lidstaten kunnen deze uitzonderingen gebruiken om entiteiten met beperkte risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving uit te sluiten van de werkingssfeer van de earningsstrippingmaatregel.¹⁷³

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹⁶⁹ Artikel 4 lid 6 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁷⁰ Artikel 15b lid 5 Wet Vpb 1969.

¹⁷¹ Minister van Financiën, internetconsultatie implementatie ATAD1, 10 juli 2017.

¹⁷² Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

¹⁷³ Artikel 4 lid 3 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

Uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten

In de richtlijn wordt een uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten opgenomen. Gezien de lage risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving kunnen deze entiteiten door lidstaten van de earningsstrippingmaatregel uitgezonderd worden.¹⁷⁴

Ondanks dat op zichzelf staande entiteiten beperkte risico's op belastingontwijking hebben, heeft de Nederlandse wetgever deze entiteiten niet uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel. Het opnemen van een dergelijke uitzondering is namelijk niet in lijn met de doelstelling om eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal meer gelijk te behandelen.¹⁷⁵ Door deze uitzondering niet op te nemen vallen er meer belastingplichtigen in de earningsstrippingmaatregel. De Nederlandse wetgever wijkt af van de norm in de richtlijn door geen gebruik te maken van deze uitzondering ondanks de lage risico's op belastingontwijking.

Uitzondering voor financiële ondernemingen

Een andere uitzondering die de richtlijn mogelijk maakt is de uitzondering voor financiële ondernemingen.¹⁷⁶ Van deze ondernemingen is algemeen aanvaard dat ze in de renteaftrek beperkt moeten worden.¹⁷⁷ Echter, door de bijzondere kenmerken van financiële ondernemingen, vereisen ze een 'aangesneden aanpak'.¹⁷⁸ Wat deze aangesneden aanpak inhoudt is nog onduidelijk. Omdat er nog geen conclusie is over de aangesneden aanpak mogen lidstaten een uitzondering implementeren voor financiële ondernemingen. Onder financiële ondernemingen vallen bijvoorbeeld banken, verzekeraars en pensioenfondsen.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen geen uitzondering op te nemen voor financiële ondernemingen. Zoals besproken in 3.3.5 is deze uitzondering niet opgenomen omdat banken en verzekeraars al niet geraakt worden door de renteaftrekbeperking omdat zij meer renten ontvangen dan betalen. De definitie van financiële ondernemingen omvat echter ook bepaalde beleggers en pensioenfondsen.¹⁷⁹ Of deze ondernemingen doorgaans meer rente ontvangen dan betalen, valt te betwijfelen.¹⁸⁰ Ondanks dat deze beleggers en pensioenfondsen een aangesneden aanpak vereisen, worden ze dus wel in de renteaftrek beperkt omdat de Nederlandse wetgever niet voorziet in een uitzondering voor deze ondernemingen.

Groepsuitzonderingen

De richtlijn biedt ook twee mogelijkheden om groepsuitzonderingen in de earningsstrippingmaatregel te implementeren. Hoe deze groepsuitzonderingen werken is besproken in paragraaf 2.3.5. Een groepsuitzondering is gericht op groepen die schulden hebben die niet zijn gericht op belastingontwijking. Het beperken van de renteaftrek van

¹⁷⁴ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

¹⁷⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3, p. 11.

¹⁷⁶ Artikel 4 lid 7 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁷⁷ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (9).

¹⁷⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (9).

¹⁷⁹ Artikel 2 lid 5 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁸⁰ Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14..

dergelijke groepen past niet bij de doelstelling van de richtlijn om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan.

Het beperken van de renteaftrek van dergelijke concerns past echter wel bij de doelstelling van de Nederlandse wetgever om vreemd en eigen vermogen fiscaal meer gelijk te behandelen. Daarom is de groepsuitzondering niet in de earningsstrippingmaatregel opgenomen. Het opnemen van de uitzondering zou tevens niet in lijn zijn met de robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel die de Nederlandse wetgever nastreeft.¹⁸¹

Uitzondering voor langlopende openbare-infrastructuurprojecten

De richtlijn biedt ook de mogelijkheid een uitzondering op te nemen voor renten op leningen die verband houden met langlopende openbare-infrastructuurprojecten.¹⁸² Omdat de overheid veelal nauw betrokken is bij deze projecten, zou er weinig tot geen risico op grondslaguitholling of winstverschuiving zijn bij deze projecten.¹⁸³

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om ondanks de beperkte risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving, de uitzondering voor langlopende openbare-infrastructuurprojecten slechts deels te implementeren. De Nederlandse wetgever heeft de uitzondering namelijk slechts opgenomen voor projecten die vóór 25 oktober 2018 zijn begonnen. Voor deze projecten zou namelijk niet of niet voldoende rekening gehouden kunnen worden met nieuwe fiscale wetgeving.¹⁸⁴ Vergoedingen van geldleningen die verband houden met openbare-infrastructuurprojecten die na 25 oktober 2018 zijn gestart, vallen wel in de earningsstrippingmaatregel.¹⁸⁵ Ondanks de beperkte risico's op grondslaguitholling en winstverschuiving worden deze projecten dus alsnog in de renteaftrek beperkt. Gezien de lage risico's van deze projecten is het beperken van de renteaftrek bij dergelijke projecten niet in lijn met het doel van de richtlijn om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan. De Nederlandse wetgever wijkt af van de norm in de richtlijn door deze projecten alsnog in de earningsstrippingmaatregel te betrekken.

Overgangsregeling

De richtlijn biedt tevens de mogelijkheid om leningen die vóór 17 juni 2016 zijn aangegaan en daarna niet meer zijn aangepast, uit te sluiten van het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel.¹⁸⁶ De Nederlandse wetgever heeft niet gekozen voor zo'n overgangsregeling. Vanuit een oogpunt van uitvoerbaarheid is een overgangsregeling namelijk onwenselijk.¹⁸⁷ Immers, voor elke lening dient jaarlijks vastgesteld te worden of deze onder de earningsstrippingmaatregel valt of niet. Door het uitblijven van een overgangsregeling vallen meer leningen in het toepassingsbereik van de earningsstrippingmaatregel. De Nederlandse wetgever gaat hiermee verder in het beperken van de renteaftrek en wijkt daarom af van de minimumnorm in de richtlijn.

¹⁸¹ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

¹⁸² Artikel 4 lid 4 sub b Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁸³ Richtlijn (EU) 2016/1164, preambule (8).

¹⁸⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹⁸⁵ Artikel IIa Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking.

¹⁸⁶ Artikel 4 lid 4 sub a Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁸⁷ Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

4.8 Subconclusie

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet in hoeverre de Nederlandse earningsstrippingmaatregel afwijkt van de richtlijn in de uitvoering en doelstelling. Hierbij heb ik mij gericht op de beantwoording van de deelvraag: in hoeverre wijkt de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingmaatregel af van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn, zowel qua uitvoering als qua doelstellingen?

In de uitvoering van de earningsstrippingmaatregel door de Nederlandse wetgever wordt vaak afgeweken van de normen in de richtlijn. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een robuuste implementatie van de maatregel waardoor renteaftrek eerder wordt beperkt. De richtlijn geeft echter de mogelijkheid aan de lidstaten om voor een robuuste implementatie te kiezen om zo een betere bescherming van de nationale belastinggrondslag te garanderen. De Nederlandse wetgever treedt dus niet buiten de mogelijkheden van de richtlijn. De robuuste implementatie door de Nederlandse wetgever is echter veelal gemotiveerd vanuit aanvullende doelstellingen die niet overeenkomen met de doelstelling van de richtlijn.

De doelstelling van de Nederlandse wetgever wijkt namelijk ook af van de doelstelling van de richtlijn. Met de earningsstrippingmaatregel beoogt de richtlijn voornamelijk belastingontwijking tegen te gaan. Echter, de Nederlandse wetgever heeft met zijn implementatie van de earningsstrippingmaatregel ook nationale fiscale en economische doeleinden. Zo is besproken hoe de fiscaal gelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen een belangrijk doel is van de Nederlandse wetgever. Ook budgettaire doeleinden spelen vaak een rol wanneer de earningsstrippingmaatregel in de Nederlandse wet afwijkt van de normen in de richtlijn.

H5 Conclusie

5.1 Beantwoording van de hoofdvraag

In deze scriptie heb ik mij gericht op de hoofdvraag: in hoeverre is de earningsstrippingmaatregel conform de ATAD 1 richtlijn? Om tot een gestructureerd antwoord op deze hoofdvraag te komen, zijn de volgende drie deelvragen onderzocht:

1. Welke doelen streeft artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn na en hoe streeft het artikel deze doelen na?
2. Hoe werkt de earningsstrippingmaatregel en wat wil de Nederlandse wetgever met deze maatregel bereiken?
3. In hoeverre wijkt de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingmaatregel af van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn, zowel qua uitvoering als qua doelstellingen?

In dit hoofdstuk zal ik de antwoorden op deze deelvragen bespreken om vervolgens tot een beantwoording van de hoofdvraag te komen.

Welke doelen streeft artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn na en hoe streeft het artikel deze doelen na?

In hoofdstuk 2 is de ATAD 1 richtlijn besproken. De richtlijn is in 2016 aangenomen als poging van de Europese Unie om gecoördineerde maatregelen tegen belastingontwijking te implementeren. De richtlijn bouwt voort op het BEPS-project van de OESO en is primair gericht op het tegengaan van grensoverschrijdende belastingontwijking. Om belastingontwijking te bestrijden, bevat de richtlijn een aantal maatregelen waaronder de earningsstrippingmaatregel. Voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel moet het financieringskostensurplus worden bepaald. Het financieringskostensurplus is vervolgens aftrekbaar tot 30% van de gecorrigeerde winst of een absolute drempel van €3 miljoen. Deze normen vormen een maximum, lidstaten mogen dus strengere (lagere) drempels hanteren. Daarnaast heb ik uitgelegd dat de richtlijn verschillende uitzonderingen mogelijk maakt. Uitzonderingen zijn bedoeld om entiteiten met een laag risico op grondslaguitholling en winstverschuiving buiten de reikwijdte van de maatregel te houden. Dergelijke uitzonderingen zijn 'kan-bepalingen'; lidstaten hebben de keuze om dergelijke uitzonderingen te implementeren.

Hoe werkt de earningsstrippingmaatregel en wat wil de Nederlandse wetgever met deze maatregel bereiken?

In hoofdstuk 3 is de earningsstrippingmaatregel zoals opgenomen in artikel 15b van de Wet op de Vpb 1969 uitgebreid besproken. De earningsstrippingmaatregel gaat grondslaguitholling en winstverschuiving tegen. Een aanvullend doel dat de Nederlandse wetgever met deze maatregel nastreeft is echter een gelijke fiscale behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. De werking van de earningsstrippingmaatregel houdt in dat het saldo aan renten in aftrek wordt beperkt tot 20% van de gecorrigeerde winst of €1 miljoen, waarbij de hoogste van deze twee drempels geldt. Op zichzelf staande entiteiten en belastingplichtigen die deel uitmaken van een groep, kunnen onder voorwaarden van de earningsstrippingmaatregel uitgezonderd worden op grond van de richtlijn. De Nederlandse wetgever heeft dergelijke uitzonderingen echter niet opgenomen in de

earningsstrippingmaatregel. Ook financiële ondernemingen kunnen op grond van de richtlijn worden uitgezonderd van de earningsstrippingmaatregel. De Nederlandse wetgever heeft hier niet voor gekozen omdat banken en verzekeraars niet geraakt worden door de renteaftrekbeperking. Zij ontvangen namelijk meer renten dan dat ze betalen. Zoals besproken in paragraaf 4.7 kwalificeren echter ook bepaalde beleggers en pensioenfondsen als financiële ondernemingen.¹⁸⁸ Het valt te betwijfelen of deze ondernemingen doorgaans meer rente ontvangen dan betalen.¹⁸⁹ Mijns inziens is daarom het argument dat banken en verzekeraars al niet geraakt worden door de renteaftrekbeperking, niet sterk genoeg om voor alle financiële ondernemingen geen uitzondering op te nemen. Ook biedt de richtlijn de mogelijkheid om leningen die vóór 17 juni 2016 zijn gesloten, niet in de renteaftrekbeperking te betrekken. De Nederlandse wetgever heeft hier niet voor gekozen omdat een dergelijke regeling onwenselijk is vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid.¹⁹⁰ Het is echter opmerkelijk dat de Nederlandse wetgever wel een uitzondering opneemt voor leningen die vóór 25 oktober 2018 zijn aangegaan die verband hebben met langlopende openbare-infrastructuurprojecten.¹⁹¹ Van deze leningen meent de wetgever namelijk dat er niet of niet voldoende rekening gehouden kan worden met nieuwe (fiscale) wetgeving.¹⁹²

In hoeverre wijkt de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingmaatregel af van artikel 4 van de ATAD 1 richtlijn, zowel qua uitvoering als qua doelstellingen?

In hoofdstuk 4 is besproken hoe de Nederlandse wetgever zowel qua uitvoering als qua doelstellingen afwijkt van de ATAD 1 richtlijn. De Nederlandse wetgever wijkt met de algehele doelstelling van de earningsstrippingmaatregel af van de richtlijn. Naast het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving, zoals de richtlijn beoogt, richt de Nederlandse wetgever zich namelijk ook op de fiscale gelijke behandeling van vreemd en eigen vermogen. Ook is besproken in hoofdstuk 4 dat budgettaire doeleinden een terugkerende rol spelen in de keuze voor een robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel. Een robuuste implementatie van de earningsstrippingmaatregel houdt in dat renteaftrek strenger wordt beperkt dan de richtlijn vereist. Zo heeft de Nederlandse wetgever de relatieve en de absolute drempel voor renteaftrek lager geïmplementeerd dan vereist is door de richtlijn. Ook wijkt de Nederlandse wetgever af van de richtlijn in de berekening van de gecorrigeerde winst. De richtlijn telt bij de berekening van de gecorrigeerde winst namelijk alle afschrijvingen en afwaarderingen op bij de winst.¹⁹³ De Nederlandse wetgever is hier echter strenger in en neemt alleen afwaarderingen en afschrijvingen met betrekking tot bedrijfsmiddelen mee in het corrigeren van de winst.¹⁹⁴ De correctie van de winst strekt zich daarom in de Nederlandse wet niet uit tot afwaarderingen van niet-bedrijfsmiddelen zoals vorderingen of voorraden.¹⁹⁵ Hierdoor komt de gecorrigeerde winst -en daarmee de relatieve drempel- lager uit.

¹⁸⁸ Artikel 2 lid 5 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁸⁹ Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

¹⁹⁰ Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

¹⁹¹ Artikel IIa Wet implementatie eerste EU-richtlijn antibelastingontwijking.

¹⁹² Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

¹⁹³ Artikel 4 lid 2 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁹⁴ Artikel 15b lid 3 Wet Vpb 1969.

¹⁹⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. C, p. 13.

Hoofdvraag: in hoeverre is de earningsstrippingmaatregel conform de ATAD 1 richtlijn?

Zoals besproken is er een aantal componenten van de earningsstrippingmaatregel waarmee de Nederlandse wetgever van de richtlijn is afgeweken. Veel van deze afwijkingen zijn echter niet in strijd met de richtlijn omdat de richtlijn uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om af te wijken van zijn normen. Hierbij kan gedacht worden aan de drempels die de Nederlandse wetgever heeft geïmplementeerd en de keuze om geen gebruik te maken van de mogelijke uitzonderingen in de richtlijn. In de richtlijn wordt echter niet expliciet vermeld dat de lidstaten mogen afwijken van de definitie van de gecorrigeerde winst in de richtlijn. Zoals eerder besproken heeft de Nederlandse wetgever dit wel gedaan door een strengere correctie op de winst toe te staan. Mijns inziens geeft de richtlijn hier echter wederom een maximale norm aan die het toestaat dat lidstaten een strengere definitie implementeren.¹⁹⁶ In artikel 3 van de ATAD 1 richtlijn staat namelijk dat de bepalingen in de richtlijn geen beletsel vormen voor nationale bepalingen die tot een hoger beschermingsniveau van de binnenlandse belastinggrondslagen leiden.¹⁹⁷ Derhalve is een strengere definitie van de gecorrigeerde winst in mijn optiek toegestaan. De vraag rest of de earningsstrippingmaatregel, ondanks deze afwijkingen, conform de ATAD 1 richtlijn is? Om deze vraag te beantwoorden haken we aan bij de eerder genoemde definitie van een richtlijn: 'Een rechtshandeling die een bepaald doel vastlegt dat alle lidstaten moeten bereiken. De lidstaten mogen dan zelf de wetgeving vaststellen om dat doel te bereiken'.¹⁹⁸ De lidstaten mogen dus zelf de wetgeving vaststellen om het doel van de richtlijn te bereiken.¹⁹⁹ De Nederlandse wetgever heeft weliswaar een strengere earningsstrippingmaatregel geïmplementeerd dan de richtlijn vereist, maar het doel van de richtlijn wordt niettemin bereikt. Dit gezegd hebbende is de earningsstrippingmaatregel in mijn optiek conform de ATAD 1 richtlijn.

5.2 Aanbeveling

In de vorige paragraaf is besproken dat de earningsstrippingmaatregel conform de richtlijn is. Daarbij is verder geen aandacht besteed aan het (gebrek aan) respect dat de Nederlandse wetgever heeft gehad voor de belangen van de belastingplichtigen bij het invoeren van deze maatregel. Zo zijn er componenten in de earningsstrippingmaatregel die strenger zijn geïmplementeerd dan de richtlijn vereist en daar is niet altijd een juiste motivering voor gegeven. Dit gaat weliswaar niet ten koste van de richtlijn conformiteit van de maatregel, maar wel van de zorgvuldigheid van de wetgever. Mijns inziens zou de wetgever voor de componenten waar de earningsstrippingmaatregel afwijkt van de richtlijn, een motivering moeten geven. De afwijkingen waar geen motivering voor gegeven wordt zouden aangepast moeten worden naar de norm in de richtlijn. Op deze wijze wordt de earningsstrippingmaatregel op een eerbiedige wijze in de Nederlandse wet geïmplementeerd.

¹⁹⁶ Stevens, 'Implementatie van de earningsstrippingmaatregel', TFO 2019/161.2.

¹⁹⁷ Artikel 3 Richtlijn (EU) 2016/1164.

¹⁹⁸ Kamerstukken II, 2020/21, 35454, nr. 6.

¹⁹⁹ Kamerstukken II, 2020/21, 35454, nr. 6.

Literatuurlijst

Europese wetgeving

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

Richtlijn 2016/0337 (CNS) van de Raad van 25 oktober 2016, betreffende een gemeenschappelijke heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (Straatsburg).

Tijdschriftartikelen

Van Gijlswijk, 'Earningsstrippingmaatregel en de gevolgen voor de vastgoedsector', VGFC 2018/6.

De Groot 2021, 'De verhuurderheffing, wat is (nog) de rechtvaardigingsgrond?', PONT.

Nolten & Goudsmit, 'De fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen: Het wiel opnieuw uitvinden? (deel 1)', WFR 2021/129.

Stevens, 'Implementatie van de earningsstrippingmaatregel', TFO 2019/161.2.

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

Vakstudie Nieuws, 'Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD1', V-N 2017/39.14.

Vakstudie Nieuws, 'Geen uitzondering earningsstripping-maatregel voor woningcorporaties', V-N 2020/17.10.

Vakstudie Nieuws, 'Belastingplan 2022. Tweede nota van wijziging', V-N 2021/47.6.

Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 7.1.3, actueel t/m 26-04-2024.

Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 8.3, actueel t/m 26-04-2024.

Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b Wet Vpb 1969, aant. 8.4.3, actueel t/m 26-04-2024.

Kamerstukken & beleid

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 27 maart 2020, nr. 2020-0000054069.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 7.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. 8.

Kamerstukken II 2018/19, 35030, nr. C.

Kamerstukken II 2021/22, 35925, nr. 13.

Kamerstukken II 2021/22, 35927, nr. 8.

Kamerstukken II, 2015/16, 25087, nr. K.

Kamerstukken II, 2018/19, 35241, nr. 3

Kamerstukken II, 2020/21, 35454, nr. 6.

Minister van Financiën, internetconsultatie implementatie ATAD1, 10 juli 2017.

Staatssecretaris Snel, Tweede Kamer, 67e vergadering Donderdag 29 maart 2018.

Rapporten

Rijksoverheid, 'Bevindingen onderzoek naar een meer gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen', bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35572, nr. 100.

OECD publicaties

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, <https://doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

Jurisprudentie

HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.

HR 7 februari 2014, nr. 12/03540.

HR 8 april 1953, BNB 1953/146.

Overige

NOS. (2016, 4 april). Wat je moet weten over de Panama Papers. NOS. <https://nos.nl/op3/artikel/2097052-wat-je-moet-weten-over-de-panama-papers>.