



De earningsstripping-maatregel in de Vpb

Naam: Marit Feyen
Studentnummer: 1261670
Studierichting: Master Fiscaal Recht
Datum: 10 september 2018
Begeleidster: L.S Rijff LL.M
Tweede beoordelaar: Prof. dr. A.J.A. Stevens

Voorwoord

Voor u ligt mijn Masterscriptie Fiscaal Recht. Ik heb dit onderzoek verricht ter afronding van mijn masteropleiding Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg. Met deze scriptie heb ik mij verdiept in de recente ontwikkelingen omtrent de renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting.

Allereerst wil ik graag Lianne Rijff bedanken. Als mijn begeleidster heeft zij mij geholpen bij het schrijven en afronden van mijn scriptie. Tijdens het schrijfproces heb ik veel aan haar motiverende feedback gehad, in het bijzonder tijdens de opstartperiode en bij de beoordeling van de afzonderlijke hoofdstukken.

Daarnaast wil ik mijn moeder bedanken voor het doorlezen van mijn scriptie en het geven van bruikbare suggesties. Tevens heeft zij mij, gedurende mijn studie, geholpen door haar relativerende houding en haar adviezen.

Marit Feyen

10 september 2018

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen.....	4
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	5
1.1 Aanleiding tot het onderzoek	5
1.2 Probleemstelling	6
1.3 Verantwoording van de opzet	7
Hoofdstuk 2 Toetsingskader.....	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Het toetsingskader.....	9
2.3 Samenvatting en tussenconclusie.....	12
Hoofdstuk 3 De huidige renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb	13
3.1 Inleiding	13
3.2 Eigen en vreemd vermogen	13
3.2.1 De financiering met eigen vermogen.....	13
3.2.2 De financiering met en voorkeur voor vreemd vermogen	14
3.2.3 De vermomming van eigen vermogen als vreemd vermogen	15
3.3 De huidige renteaftrekbeperkingen.....	17
3.3.2 Art. 10a Wet Vpb, anti-winstdrainage	18
3.3.3 Art. 10b Wet Vpb, laagrentende geldleningen	19
3.3.4 Art. 131 Wet Vpb, deelnemingsrente	20
3.3.5 Art. 15ad Wet Vpb, overnameholdings	22
3.4 Samenvatting en tussenconclusie.....	23
Hoofdstuk 4 De earningsstripping-maatregel.....	24
4.1 Inleiding	24
4.2 Het verloop van de earningsstripping-maatregel.....	24
4.2.1 Het consultatiedocument	24
4.2.2 De sinterklaasbrief	25
4.2.3 Europese invloeden.....	26
4.3 De implementatie van de earningsstripping-maatregel in Nederland per 2019.....	27
4.3.1 Vormgeving	27
4.3.2 Beoordeling van de earningsstripping-maatregel	32
4.4 Samenvatting en tussenconclusie	43
Hoofdstuk 5 Het alternatief voor de earningsstripping-maatregel.....	46
5.1 Inleiding	46
5.2 Art. 10d Wet Vpb (oud), de thincapregeling	46
5.2.1 Parlementaire geschiedenis.....	46
5.2.2 Vormgeving	47
5.2.3 Knelpunten.....	49
5.3 De thincapregeling 2.0	50
5.3.1 Vormgeving	50
5.3.2 Beoordeling van de thincapregeling 2.0	52
5.4 Samenvatting en tussenconclusie.....	59
Hoofdstuk 6 Samenvatting en conclusie.....	62
Literatuurlijst	66
Jurisprudentieregister.....	69

Lijst met afkortingen

AG	Advocaat Generaal
Art.	Artikel
ATAD1	Anti Tax Avoidance Directive 1
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BW	Burgerlijk Wetboek
BV	Besloten Vennootschap
EBITDA	Earnings before interest taxes depreciations and amortizations
EU	Europese Unie
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
MKB	Midden- en kleinbedrijf
NOB	Nederlandse Orde voor Belastingadviseurs
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet IB	Wet op de Inkomstenbelasting
Wet Vpb	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Het belastingstelsel in Nederland gaat enkele grote veranderingen doormaken. Eén van deze grote veranderingen is de invoering van een generieke renteaftrekbeperking in de Wet Vpb; de earningsstripping-maatregel. Per 2019 wordt deze maatregel ingevoerd om de renteaftrek in de vennootschapsbelasting te beperken en belastingontwijking tegen te gaan.

Belastingontwijking blijft op zowel Europees als internationaal niveau een 'hot topic'. Op internationaal niveau speelt het BEPS-project van de OESO een grote rol in het tegengaan van belastingontwijking.¹ Het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving zijn de belangrijkste doelen van dit project. Om dit doel te bereiken beveelt de OESO² onder meer aan om een earningsstripping-maatregel in te voeren.

Binnen Europees verband wordt de earningsstripping-maatregel verplicht. De ATAD1 is de Europese variant van de anti BEPS-richtlijn van de OESO.³ ATAD1 bevat enkele minimum maatregelen; een van deze maatregelen is de invoering van een renteaftrekbeperking in de vorm van een earningsstripping-maatregel. De earningsstripping-maatregel in het BEPS-project en de ATAD1 zijn in grote lijnen gelijk aan elkaar. Door middel van een algemene renteaftrekbeperking wordt grondslaguitholling en winstverschuiving voorkomen. De earningsstripping-maatregel in ATAD1 bevat enkele minimumnormen die in ieder geval in de wetgeving opgenomen dienen te worden. Per 1 januari 2019 dient deze richtlijn geïmplementeerd te zijn in elke lidstaat van de Europese Unie.

De earningsstripping-maatregel is geen vreemd begrip voor Nederland. In 2009 werd er al door staatssecretaris de Jager in het consultatiedocument bepleit dat een mogelijke aanpassing van de Wet Vpb de invoering van een earningsstripping-maatregel zou kunnen zijn.⁴ Op 5 december 2009 volgde een Sinterklaasbrief.⁵ In de Sinterklaasbrief maakte de Jager duidelijk dat, gezien alle commotie om het consultatiedocument, de earningsstripping-maatregel niet werd ingevoerd. Begin juli 2017 volgde opnieuw een consultatiedocument waarin de earningsstripping-maatregel werd gepresenteerd; dit keer ter implementatie van de ATAD1.⁶ In het consultatiedocument werd aangegeven dat enkel de absolute minimumnormen in de Nederlandse wetgeving worden geïmplementeerd. De exacte invulling van de

¹ Rapport OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting: OECD Publishing 2013.

² Final Report OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payment, Action 4: OECD Publishing 2015.

³ Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 11-07-2016, V-N 2016/37.3.

⁴ Kamerstukken II, 2008/09, 31 369, nr. 6.

⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB/2009/674 M.

⁶ Ministerie van Financiën, 10 juli 2017, Consultatiedocument implementatie ATAD1.

earningsstripping-maatregel wordt overgelaten aan het nieuwe kabinet, dat op 10 oktober 2017 het regeerakkoord 2017-2021 heeft gepresenteerd.⁷ Tijdens het schrijven van mijn scriptie zijn we in afwachting van het definitieve wetsvoorstel ter implementatie van ATAD1.

Nederland kent op dit moment nog een systeem van specifieke renteaftrekbeperkingen. Deze beperkingen zijn neergelegd in art. 8b, 10a, 10b, 13l en 15ad Wet Vpb. Er is al jaren veel discussie omtrent al deze verschillende renteaftrekbeperkingen. De huidige wetgeving zou onder andere financiering met vreemd vermogen aantrekkelijker maken en veel te ingewikkeld zijn. De invoering van de earningsstripping-maatregel zou hier een einde aan kunnen maken. Tegelijkertijd houdt dit een grote verandering in; we gaan van meerdere renteaftrekbeperkingen naar een generieke aftrekbeperking. Kijkend naar landen zoals Duitsland, waar de earningsstripping-maatregel al in 2008 is ingevoerd, zien we dat deze maatregel ook problemen met zich mee kan brengen.⁸ De uitwerking van de earningsstripping-maatregel in Nederland is nog onzeker.

De thincapregeling is een renteaftrekbeperking die 1 januari 2004 in Nederland werd ingevoerd. De regeling kreeg een plaats in art. 10d Wet Vpb (oud). Per 1 januari 2013 is de thincapregeling afgeschaft. De thincapregeling zou onder andere haar doel missen, doordat het MKB door de regeling onevenredig zwaar getroffen werd. Een verbeterde versie van de thincapregeling zou een adequate vervanger kunnen zijn van het huidige systeem. Met enkele aanpassingen heeft de thincapregeling grote voordelen. Een thincapregeling laat de renteaftrek immers afhangen van het eigen vermogen, wat de regeling minder conjunctuurgevoelig maakt dan de earningsstripping-maatregel.⁹

Ik vind gezien de huidige ontwikkelingen het interessant om te onderzoeken of de earningsstripping-maatregel een goede vervanger is voor de huidige renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb. Daarnaast wil ik onderzoeken of de herinvoering van een aangepaste thincapregeling een geschikter alternatief is ter vervanging van de huidige renteaftrekbeperkingen.

1.2 Probleemstelling

In 2019 wordt binnen Nederland de earningsstripping-maatregel ingevoerd als algemene renteaftrekbeperking. Het huidige stelsel van specifieke renteaftrekbeperkingen wordt hiermee vervangen. De hoofdvraag van mijn scriptie luidt:

⁸ Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2025, I R 20/15.

⁹ Prof. Dr. J.A.G van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, afscheidsrede 30 september 2016.

'In hoeverre is de earningsstripping-maatregel een geschikt alternatief ter vervanging van de huidige renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, en/of is een thincapregeling 2.0 een geschikter alternatief?'

Om meer inzicht te verschaffen in de probleemstelling heb ik enkele deelvragen geformuleerd. Deze deelvragen zullen worden beantwoord in de volgende hoofdstukken.

1. Wat zijn de huidige renteaftrekbeperkingen?
2. Welke problematiek doet zich voor bij de huidige renteaftrekbeperkingen?
3. Wat houdt de earningsstripping-maatregel in?
4. Is de earningsstripping-maatregel het meest geschikt ter vervanging van het huidige systeem?
5. Is de thincapregeling 2.0 een geschikt alternatief ter vervanging van de renteaftrekbeperkingen?

1.3 Verantwoording van de opzet

In kader van het onderzoek zal in hoofdstuk 2 een toetsingskader gevormd worden aan de hand van de Nota Zicht op Wetgeving 1991. Het toetsingskader is noodzakelijk om de earningsstripping-maatregel en de thincapregeling 2.0 te toetsen aan criteria waaraan idealiter renteaftrekbeperkingen aan zouden moeten voldoen.

In hoofdstuk 3 zal ik de huidige situatie schetsen. De huidige renteaftrekbeperkingen zullen besproken worden. Ik laat daarbij de specifieke gevolgen die de per-elementbenadering (en de reparatiewetgeving) kan hebben op enkele renteaftrekbeperkingen buiten beschouwing. Verder zal ook de problematiek omtrent de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen aan bod komen.

In hoofdstuk 4 wordt de earningsstripping-maatregel besproken. De totstandkoming en de vormgeving van de maatregel komen aan bod. Tijdens het schrijven van mijn scriptie waren enkel het consultatiedocument en het regeerakkoord beschikbaar. De implementatie van de earningsstripping-maatregel in de Nederlandse wetgeving heb ik daarom op deze documenten gebaseerd. Het feit dat art. 10a Wet Vpb naar alle waarschijnlijkheid blijft bestaan naast de earningsstripping-maatregel wordt buiten beschouwing gelaten. Ten slotte wordt de maatregel getoetst aan de criteria gevormd in hoofdstuk 2.

In hoofdstuk 5 zal de thincapregeling 2.0 als alternatief worden besproken. De oude thincapregeling en de knelpunten hiervan zullen eerst worden besproken. Vervolgens komt de vormgeving van de thincapregeling 2.0 aan bod. Ten slotte wordt de maatregel getoetst aan de criteria gevormd in hoofdstuk 2.

Ten slotte zal ik in hoofdstuk 6 het onderzoek afsluiten met een definitieve conclusie.

Hoofdstuk 2 Toetsingskader

2.1 Inleiding

Om te kunnen beoordelen of de earningsstripping-maatregel een goede vervanger is voor het huidige systeem van renteaftrekbeperingen heb ik een toetsingskader opgesteld. De earningsstripping-maatregel en de thincapregeling 2.0 zullen aan dit toetsingskader getoetst worden. Voor het opstellen van het toetsingskader heb ik onder andere gebruik gemaakt van de nota 'Zicht op wetgeving'.¹⁰ In de nota zijn verschillende kwaliteitseisen gevormd waaraan wetgeving zou moeten voldoen. De centrale doelstelling van het wetgevingsbeleid in Nederland is het verbeteren van de kwaliteit van wetgeving. Bij de invoering van nieuwe wetgeving is de belangrijkste vraag of de wetgeving noodzakelijk is. Om deze vraag te beantwoorden wordt de wetgeving aan alle kwaliteitseisen getoetst.¹¹ Voor het verdere verloop van mijn scriptie vind ik het van belang dat de nieuwe renteaftrekbepering voldoet aan deze kwaliteitseisen. Naast deze kwaliteitseisen zijn naar mijn mening nog andere elementen van belang.

2.2 Het toetsingskader

In de nota worden verschillende eisen genoemd. Er bestaat geen rangorde tussen deze eisen. Wetgeving dient vanuit verschillende dimensies te benaderd worden: maatschappelijk, rechtsstatelijk, bestuurlijk en technisch.¹²

Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Een renteaftrekbepering dient in overeenstemming met het recht te zijn. Daarnaast dient het gericht te zijn op de verwerkelijking van rechtsbeginselen. Een fundamenteel rechtsbeginsel is rechtsgelijkheid. Een (vaak problematisch) aandachtspunt bij renteaftrekbeperingen is dat grote en kleinere bedrijven niet op een gelijke manier worden behandeld. Daarnaast speelt rechtszekerheid naar mijn mening een belangrijke rol bij renteaftrekbeperingen. Het moet voor bedrijven immers duidelijk zijn met welk bedrag aan belasting zij rekening moeten houden; zij kunnen enkel op die manier hun fiscale positie bepalen. Ten slotte dient een renteaftrekbepering mijn inziens in overeenstemming te zijn met het draagkrachtsbeginsel.

Indien een renteaftrekbepering niet in overeenstemming is met rechtsbeginselen, is deze ook niet rechtmatig. Rechtmatigheid is zeer fundamenteel, gezien onrechtmatigheid van wetgeving in een rechtsstaat wezenlijk onjuist is. Het leidt bovendien tot minder vertrouwen in de overheid en minder

¹⁰ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 23.

¹¹ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 22.

¹² Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 23.

efficiëntie.¹³

Doeltreffendheid en doelmatigheid

Een renteaftrekbeperking dient tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen te leiden. Voorafgaand aan het vormen van wetgeving dient de daaraan ten grondslag liggende doelstelling helder en volledig te worden geformuleerd.¹⁴ Belastingontwijking tegen gaan is het doel van de earningsstripping-maatregel. Met het invoeren van de earningsstripping-maatregel wordt grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van rentebetalingen voorkomen. Er zal worden nagegaan of dit doel wordt bereikt en of dit doel ook effectief wordt verwezenlijkt.

Naast effectief dient een renteaftrekbeperking ook doelmatig, ofwel proportioneel, te zijn. Een renteaftrekbeperking mag niet leiden tot teveel lasten en mag ook geen groepen raken die eigenlijk niet onder de renteaftrekbeperking horen te vallen. Een regeling die leidt tot overkill is immers niet proportioneel.

Eenvoud en uitvoerbaarheid

Wetten dienen eenvoudig, duidelijk en toegankelijk te zijn. Het moet duidelijk zijn wat de wetgever wil met de earningsstripping-maatregel en het moet duidelijk zijn wat moet worden gedaan of nagelaten door degene voor wie de wetgeving is bedoeld. Het helder formuleren van de earningsstripping maatregel is noodzakelijk om de earningsstripping-maatregel duidelijk en helder te houden.¹⁵ Hetzelfde geldt voor de thincapregeling 2.0.

Met name op het vlak eenvoud valt er winst te behalen. Het huidige systeem van specifieke renteaftrekbeperkingen is namelijk zeer complex en dus verre van eenvoudig. Zowel de earningsstripping-maatregel als de thincapregeling 2.0 zouden dus een grote vooruitgang op het gebied van eenvoud kunnen betekenen.

Daarnaast dient een renteaftrekbeperking uitvoerbaar te zijn; dit houdt in dat bij het maken van renteaftrekbeperkingen rekening dient te worden gehouden met de uitvoerbaarheid voor zowel het bedrijfsleven als de overheid. Voor de belastingdienst is het van belang dat effectieve controle mogelijk is. De uitvoeringskosten dienen zo beperkt mogelijk te blijven.¹⁶

Onderlinge afstemming

Onderlinge afstemming van regels binnen een rechtstaat is fundamenteel; indien hier niet aan wordt

¹³ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 24.

¹⁴ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 25.

¹⁵ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 30.

¹⁶ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 28-29.

voldaan ontstaan inconsistenties en fricties bij lagere regelgevers.¹⁷ Onderlinge afstemming is in tenminste twee categorieën noodzakelijk.

De eerste categorie omvat regelingen die een verschillend onderwerpen betreffen, maar sterk op elkaar inwerken door hun effecten. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als beide regelingen een bepaalde gedraging van de burger als eis stellen, maar dit beiden vanuit een andere invalshoek doen. Wat er dan verwacht wordt vanuit beide regelingen kan haaks op elkaar staan. In beginsel kan dit worden opgelost door coördinatie of door integratie van regelgeving of bestuurlijk optreden.¹⁸

De tweede categorie omvat onnodige en ongewenste verscheidenheid ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties. Dit kan bijvoorbeeld ontstaan doordat beleid in verschillende landen afzonderlijk ontwikkelt. Door deze verscheidenheid van het recht neemt de rechtszekerheid af. Door harmonisatie kan deze verscheidenheid worden beperkt.¹⁹

De earningsstripping-maatregel en de thincapregeling 2.0 mogen dus geen onderlinge strijdigheden bevatten. Daarnaast dient een renteaftrekbeperking afgestemd te zijn op de Wet Vpb, zodat niet op een handeling meerdere renteaftrekbeperkingen van toepassing zijn.

Economische realiteit

Deze eis wordt niet genoemd in de nota. De economische realiteit is mijn inziens een fundamenteel criterium voor de toepassing van renteaftrekbeperkingen en het gemeenschappelijk stelsel van belasting in het algemeen. Een renteaftrekbeperking dient aan te sluiten bij wat er in de praktijk gebeurt. Zowel de earningsstripping-maatregel als de thincapregeling 2.0 dienen de economische realiteit te benaderen.

Overeenstemming met Europees recht

Ook deze eis wordt niet genoemd in de nota, maar is naar mijn mening wel van fundamenteel belang. Renteaftrekbeperkingen dienen in overeenstemming te zijn met Europees recht. Er zal getoetst worden aan de verkeersvrijheden zoals deze zijn vastgelegd in het VWEU. De wetgeving van Europese landen wordt regelmatig getoetst aan deze vrijheden door het HvJ EU. De vrijheid van vestiging is een voorbeeld van een van de fundamentele vrijheden. Er zal worden nagegaan of de earningsstripping-maatregel en de thincapregeling 2.0 niet in strijd zijn met Europese uitspraken en of er eventuele problemen in de toekomst kunnen ontstaan.

¹⁷ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 29.

¹⁸ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 29.

¹⁹ Nota 'Zicht op wetgeving 1991', Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1 en 2, p. 29.

2.3 Samenvatting en tussenconclusie

De earningsstripping-maatregel en de thincapregeling 2.0 dienen naar mijn mening aan zes kwaliteitseisen getoetst te worden:

1. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen
2. Doeltreffendheid en doelmatigheid
3. Eenvoud en uitvoerbaarheid
4. Onderlinge afstemming
5. Economische realiteit
6. Overeenstemming met Europees Recht

In de hoofdstukken 4 en 5 zal ik de twee alternatieven voor de huidige renteaftrekbepkeringen gaan toetsen aan bovenstaande kwaliteitseisen.

Hoofdstuk 3 De huidige renteaftrekbeperingen in de Wet Vpb

3.1 Inleiding

In de eerste helft van dit hoofdstuk wordt het onderscheid tussen financiering met eigen en vreemd vermogen besproken. Een van de fundamentele problemen in de vennootschapsbelasting is de verschillende fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen. In paragraaf 3.2 zal de verschillende behandeling tussen eigen en vreemd vermogen uiteen worden gezet. Daarnaast zal de voorkeur voor de financiering met vreemd vermogen worden toegelicht, evenals de jurisprudentie inzake de vermoming van het eigen vermogen als vreemd vermogen.

In het tweede deel zullen de huidige renteaftrekbeperingen besproken worden. Het bespreken van de huidige wetgeving is noodzakelijk om te kunnen beoordelen of een generieke renteaftrekbepering een goed alternatief is. In paragraaf 3.3 zal het huidige stelsel in het kort besproken worden.

Ten slotte zal ik in paragraaf 3.4 het hoofdstuk afsluiten met een tussenconclusie.

3.2 Eigen en vreemd vermogen

3.2.1 De financiering met eigen vermogen

Het onderscheid tussen financiering met eigen of vreemd vermogen is van essentieel belang. De fiscale behandeling van beide varianten van geldverstrekkingen verschilt namelijk sterk. Met name voor de bepaling van het totaalwinstbegrip uit art. 3.8 Wet IB en de deelnemersvrijstelling van art. 131 Wet Vpb is dit onderscheid van belang.

Uit art. 3.8 Wet IB volgt: *‘Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit onderneming.’* Uit art. 8 lid 1 Wet Vpb volgt dat deze bepaling ook geldt voor de vennootschapsbelasting. De betaalde vergoeding voor eigen vermogen, dividend, vormt geen voordeel uit de onderneming. Een dividenduitkering is dus niet aftrekbaar.²⁰

De deelnemingsvrijstelling uit art. 131 Wet Vpb is van toepassing op dividend. Nu het dividend niet aftrekbaar is van de winst, wordt het belast bij de betalende partij. Het zou niet rechtmatig zijn om het dividend vervolgens ook te belasten bij de ontvangende partij. Hoewel art. 7 Wet Vpb stelt dat in beginsel rentebaten en vergoedingen voor kapitaal dienen te worden belast, zou dit leiden tot dubbele heffing. De deelnemingsvrijstelling stelt het dividend vrij van de winst bij de ontvangende partij.

²⁰ Mr. Dr. P.G.H. Albert, ‘Fiscale aspecten van eigen en vreemd vermogen’, *Fiscale Geschriften* 03.

De Hoge Raad heeft in het arrest van 19 oktober 1950 bepaald wat als eigen vermogen beschouwd dient te worden.²¹ In dit arrest betrof het een coöperatie, maar het arrest heeft een breder bereik. In het arrest overweegt de Hoge Raad dat *'onder kapitaalverstrekking alleen kan worden verstaan hetgeen door leden aan de vereniging aldus wordt afgestaan, dat het gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijke en in het risico van het bedrijf der vereniging delende vermogen, zonder dat daartegenover voor het lid aanspraken ontstaan, die het karakter hebben van vorderingen, welke met die van andere schuldeisers op één lijn kunnen worden gesteld en waarvan het bedrag ook door eventuele door het lichaam te lijden verliezen niet wordt aangetast.'* Voor een onderneming houdt dit dus in dat eigen vermogen het kapitaal is dat de aandeelhouders aan een vennootschap verschaffen, waarbij het kapitaal als risicodragend beschouwd dient te worden. De aandeelhouders zijn dus aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap.²²

3.2.2 De financiering met en voorkeur voor vreemd vermogen

In de vorige paragraaf werd besproken dat indien een onderneming kiest voor financiering met eigen vermogen, het dividend niet aftrekbaar is. Indien een onderneming kiest voor de financiering met vreemd vermogen is de vergoeding over dit vermogen wel aftrekbaar.

Op basis van art. 3.8 Wet IB kunnen negatieve voordelen in aftrek genomen worden van de winst. Rente vormt een negatief voordeel uit de onderneming en is daarom op basis van art. 3.8 Wet IB aftrekbaar van de winst.

Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen kan voor belastingplichtigen een prikkel zijn om te financieren met vreemd vermogen.²³ Een belastingplichtige staat vrij om de voorwaarden van een geldstrekking vorm te geven en kan dus bewust kiezen voor de financiering met vreemd vermogen.²⁴

Doordat financiering met vreemd vermogen aantrekkelijker is, wordt een belastingplichtige geprikkeld om keuzes te maken puur vanuit fiscale overwegingen en niet op basis van een kosten-batenanalyse. Dit heeft als gevolg dat zowel de Nederlandse als Europese interne markt wordt verstoord.²⁵

De financiering met vreemd vermogen brengt meer problemen met zich mee. Ondernemingen die veel financieren met vreemd vermogen zullen kwetsbaarder zijn ingeval de onderneming een financiële tegenvaller krijgt te voorduren. In slechtere tijden kan het dan voorkomen dat een onderneming de

²¹ HR 18 oktober 1950, B 8843.

²² Prof. J.N Bouwman, 'Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2015/1733.

²³ Prof. Dr. R.A. de Mooij, 'Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions', *Fiscal Studies*, vol. 33 no. 44, 2012.

²⁴ Prof. Dr. J.A.G van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, afscheidsrede 30 september 2016.

²⁵ K.S.T Tan, 'Kan Nederland het fiscale onderscheid tussen EV en VV opheffen?', *Forfaitair* 2007/176-04.

verplichting om rente te betalen niet meer kan nakomen. Daarnaast neemt door de financiering met vreemd vermogen het faillissementsrisico toe. Dit zal een hogere rente als gevolg hebben.²⁶

Over het algemeen wordt iets als vreemd vermogen beschouwd indien wat geleend is weer terug gegeven dient te worden. De Hoge Raad formuleerde dit als ‘*de terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening*’.²⁷

De fiscale consequenties van financieren met vreemd- of eigen vermogen zijn zeer verschillend. Een belastingplichtige zal al deze consequenties in overweging dienen te nemen.²⁸ Indien de belastingplichtige kiest voor de financiering met vreemd vermogen, dient er rekening gehouden te worden met enkele uitzonderingen. In BNB 1899/217²⁹ is geoordeeld dat er bij een geldverstrekking in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie ook voor fiscale doeleinden wordt gevolgd. Dit houdt in dat de civielrechtelijke vorm van een lening dus bepalend is voor de fiscaalrechtelijke vorm. Voor een belastingplichtige is het dus van belang dat een lening civielrechtelijk als vreemd vermogen wordt aangemerkt. Fiscaalrechtelijk worden echter drie uitzonderingen gemaakt op de civielrechtelijke kwalificatie als vreemd vermogen. Deze uitzonderingen zijn een schijnlening, een deelnemerschapslening of een bodemloze put lening. In deze drie gevallen vindt er een fiscaalrechtelijke herkwalificatie plaats naar eigen vermogen, waardoor de vergoeding op dit soort geldverstrekkingen niet aftrekbaar is. In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in.

3.2.3 De vermoming van eigen vermogen als vreemd vermogen

3.2.3.1 Bodemloze put lening

Indien er sprake is van een bodemloze put lening, mag de rente op deze lening niet in aftrek van de winst worden gebracht. Of er sprake is van een bodemloze put lening, blijkt uit de omstandigheid waaronder de lening is afgesloten. Deze omstandigheid houdt in dat bij het afsluiten van de lening al duidelijk is dat deze niet zal worden terugbetaald.³⁰ De Hoge Raad formuleerde de bodemloze put lening als een lening die het vermogen van de crediteur blijvend heeft verlaten.³¹

Een van de voorwaarden van een bodemloze put lening is dat de crediteur de lening verstrekt aan een vennootschap waarin hij een deelneming houdt. Dit brengt dus met zich mee dat een bodemloze put lening enkel voorkomt in concernverhoudingen. Indien een onafhankelijke derde een lening verstrekt, waarbij van te voren duidelijk is dat deze niet terug betaald gaat worden, wordt dit niet als een

²⁶ Prof. Dr. S.A Stevens, De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting, *TFO* 2017/150.4.

²⁷ HR 8 september 2006, nr 42 016, BNB 2007/104.

²⁸ Prof. Dr. J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2009.

²⁹ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

³⁰ Prof. J.N Bouwman, ‘Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting’, *NTFR* 2015/1733.

³¹ HR 27 januari 1988, 23 919, BNB 1988/217.

bodemloze put lening beschouwd.³²

Belangrijk is om een onderscheid te maken tussen een lening waarbij al duidelijk is dat de lening niet terugbetaald gaat worden en een 'risico-lening'. Een lening mag namelijk risicovol zijn, zolang er maar wel een reële kans bestaat dat de lening wordt terugbetaald.

3.2.3.2 Schijnlening

Een schijnlening is een lening waarbij de lening slechts in schijn bestaat; beide partijen willen in werkelijkheid geen overeenkomst van een geldlening tot stand brengen.³³ De Hoge Raad heeft geen duidelijke voorwaarden geformuleerd waaraan een lening moet voldoen wil deze als schijnlening gekwalificeerd worden. De vraag of een lening een schijnlening is hangt af van de wil van beide partijen. Of de wil van de partijen daadwerkelijk het tot stand brengen van een geldlening is, zal moeten worden beoordeeld op grond van de concrete feiten en omstandigheden.³⁴ Een omstandigheid die kan laten vermoeden dat er sprake is van een schijnlening is bijvoorbeeld het niet bedingen van rente of het niet bedingen van aflossingen.³⁵

3.2.3.3 Deelnemerschapslening

Een lening wordt als deelnemerschapslening gekwalificeerd indien het voldoet aan drie cumulatieve voorwaarden. Deze voorwaarden zijn door de Hoge Raad geformuleerd.³⁶ Ten eerste dient de vergoeding die wordt betaald voor het ontvangen van de geldlening winstafhankelijk te zijn. Bij een 'gewone' lening wordt meestal een vast percentage afgesproken. Bij een deelnemerschapslening wordt afgesproken dat er een percentage van de winst als vergoeding wordt betaald. Indien er geen duidelijke afspraken zijn gemaakt over de vergoeding, maar in de praktijk blijkt dat deze afhankelijk is van winst is er sprake van een winstafhankelijke vergoeding.³⁷ Ook indien de rente gedeeltelijk afhankelijk is van de winst kan een lening tot een deelnemerschapslening gekwalificeerd worden.³⁸

Daarnaast dient een vaste looptijd te ontbreken. Dit houdt in dat een lening enkel opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.³⁹ Indien de looptijd meer dan 50 jaar bedraagt, kan er ook gesproken worden van een lening zonder vaste looptijd.⁴⁰

³² Prof. Dr. J. van Strien, *Eigen vermogen versus vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2007.

³³ HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.

³⁴ Cursus Belastingrecht, Vpb.2.0.5.E.e2.

³⁵ Cursus Belastingrecht, Vpb.2.0.5.E.e2.

³⁶ HR 11 maart 1998, nr.32 240, BNB 1998/208 en 25 november 2005, nr. 40 989. BNB 2006/82.

³⁷ Dr. A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Kluwer Deventer 1993.

³⁸ Prof. Dr. J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2006.

³⁹ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

⁴⁰ HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.

Ten slotte dient de schuld achtergesteld te zijn ten opzichte van alle concurrente schuldeisers. Pas nadat alle andere schuldeisers hun schuld hebben opgeëist bij de debiteur, kan de schuldeiser in kwestie zijn schuld opeisen.⁴¹

3.3 De huidige renteaftrekbepeningen

3.3.1 Art. 8b Wet Vpb, het arms length beginsel

In de jaren voor 2002 kwam er vanuit internationale hoek kritiek op het feit dat in Nederland het arms length beginsel niet gecodificeerd was en dus onvoldoende gewaarborgd zou zijn.⁴² Het arms length beginsel is in 2002 gecodificeerd in art. 8b Wet Vpb. Art. 8b Wet Vpb maakt onderdeel uit van het totaalwinstbegrip uit art. 3.8 Wet IB. Art. 8b Wet Vpb richt zich tegen winstverschuivingen binnen concerns. Van winstverschuiving is sprake indien ondernemingen een poging doen winst neer te laten slaan in een laagbelaste buitenlandse jurisdictie, een van vennootschapsbelasting vrijgesteld lichaam of een lichaam dat compensabele verliezen heeft.⁴³

Het arms length beginsel houdt in dat de winst van ondernemingen wordt bepaald aan de hand van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke ondernemingen zouden zijn overeengekomen. Op deze manier wordt voorkomen dat ondernemingen onderling onzakelijk handelen waardoor de winst uit de verschillende concernonderdelen afwijkt van de werkelijkheid. De winst wordt gecorrigeerd indien de overeengekomen verrekenprijs tussen gelieerde lichamen niet overeenkomt met hetgeen onafhankelijke partijen overeen zouden zijn gekomen.⁴⁴ Op deze manier worden onzakelijke voorwaarden alsnog in de winst betrokken. De correctie op basis van het arms length beginsel kan op twee manieren geschieden; de verkapte kapitaalstorting en de verkapte winstuitdeling.⁴⁵

Het arms length beginsel is enkel van belang indien er een transactie plaatsvindt tussen gelieerde partijen. Art. 8b lid 1 Wet Vpb ziet op verticale gelieerdheid. Lichamen zijn gelieerd indien een van de lichamen voldoende zeggenschap heeft in het andere lichaam. Deze zeggenschap houdt in dat het lichaam deelneemt aan de leiding of in het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het andere lichaam. Niet enkel aandelenbezit is dus een vereiste om als gelieerd aangemerkt te worden. Wel is onduidelijk wat er nu precies wordt verstaan onder het deelnemen aan de leiding of in het toezicht van een ander lichaam. Dit zal telkens per individueel geval bekeken worden.⁴⁶

⁴¹ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.2.D.b.

⁴² Kamerstukken II 2010/10, 28 034 nr. 3.

⁴³ Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.B.a.

⁴⁴ Art. 8b Wet Vpb.

⁴⁵ Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.B.a.

⁴⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 33-34.

Art. 8b lid 2 Wet Vpb verklaart lid 1 van overeenkomstige toepassing op horizontaal gelieerde lichamen, zoals zustermaatschappijen. De toepassing van art. 8b Wet Vpb is dus beperkt tot lichamen.⁴⁷

3.3.2 Art. 10a Wet Vpb, anti-winstdrainage

Art. 10a Wet Vpb werd in 1997 ingevoerd.⁴⁸ Het belangrijkste arrest dat hier aanleiding toe gaf is het Plc-arrest.⁴⁹ In dit arrest ging het om de in England gevestigde vennootschap Plc. Zij wilde rente aftrekken die was ontstaan na de verkoop van aandelen tussen twee dochtervennootschappen.

Dochtervennootschap A werd gekocht door dochtervennootschap B, waarbij deze aankoop werd gefinancierd met een vanuit Plc verstrekte lening tegen een rente van 10%. De belastingadviseur wilde deze renteaftrek weigeren, omdat de transactie enkel gedaan zou zijn om belasting te besparen. De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van compenserende heffing en er dus geen sprake was van strijd met het doel en strekking van de wet. De Hoge Raad stelde vast dat indien er in feite geen belasting over rente wordt geheven, dit niet direct betekent dat de rente niet betrokken zou zijn in de heffing.

De winstdrainage jurisprudentie is gecodificeerd in art. 10a Wet Vpb. Art. 10a Wet Vpb richt zich tegen kunstmatige constructies waarbij rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag.⁵⁰

Art. 10a Wet Vpb richt zich op onzakelijke constructies in concernverband. Renteaftrek wordt geweigerd indien de schuld waarover de rente wordt betaald is aangegaan in verband met een besmette rechtshandeling:

- a) Een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met de belastingplichtige verbonden lichaam dat aan de Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;
- b) een kapitaalstorting door de belastingplichtige in een verbonden lichaam, door een met de belastingplichtige verbonden lichaam dat aan de Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen of door een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon die een inwoner is van Nederland;
- c) de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met de belastingplichtige verbonden lichaam dat aan de Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen of door een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon die een

⁴⁷ Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.B.b.

⁴⁸ Kamerstukken II, 1995-1996, 24696 nr.3.

⁴⁹ HR 27 september 1995, nr. 29 737, BNB 1996/5.

⁵⁰ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.3.A.a.

inwoner is van Nederland, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige een verbonden lichaam is⁵¹

De belastingplichtige kan altijd een beroep proberen te doen op de tegenbewijsregeling uit art. 10a lid 3 Wet Vpb. Als het tegenbewijs slaagt, is de aftrekbeperking niet van toepassing. Wil het tegenbewijs slagen dan moeten zowel aan de schuld als aan de rechtshandeling overwegend zakelijke motieven ten grondslag liggen. In de literatuur wordt dit ook wel de dubbele zakelijkheidstoets genoemd. Een andere tegenbewijsmogelijkheid is opgenomen in art. 10a lid 3 onderdeel b Wet Vpb. De winstdrainage kan niet als misbruik worden bestempeld indien de crediteur over de ontvangen rente een naar Nederlandse maatstaven redelijke winstbelasting betaalt (ten minste 10%).⁵²

Zoals aangegeven richt art. 10a Wet Vpb zich op onzakelijke constructies in concernverband. De aftrekbeperking is enkel van toepassing tussen verbonden lichamen. De definitie hiervan is vastgelegd in lid 4 en 5 van art. 10a Wet Vpb. Een verbonden lichaam is een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft (dochtermaatschappij) dan wel een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige (moedermaatschappij). Daarnaast wordt ook een lichaam dat met de belastingplichtig deel uitmaakt van de fiscale eenheid als verbonden lichaam aangemerkt.⁵³ Van een verbonden lichaam kan tot slot ook nog sprake zijn indien de belastingplichtige behoort tot een zogenoemde samenwerkende groep.⁵⁴ Ik laat dit verder voor mijn scriptie onbesproken.

Art. 10a Wet Vpb is de enige renteaftrekbeperking die met de invoering van de earningsstripping-maatregel (naar alle waarschijnlijkheid) niet zal worden afgeschaft.⁵⁵

3.3.3 Art. 10b Wet Vpb, laagrentende geldleningen

Art. 10b Wet Vpb werd op 1 januari 2007 van kracht. Art. 10b Wet Vpb dient ter voorkoming van een internationale mismatch. Er dient voorkomen te worden dat een buitenlandse crediteur geen rente-inkomsten in aanmerking hoeft te nemen, terwijl in Nederland de debiteur de rente op basis van de totaalwinstgedachte wel in aftrek brengt. Deze situatie doet zich voor bij renteloze leningen zonder vaste aflosdatum tussen gelieerde vennootschappen. Indien beide vennootschappen zich in Nederland bevinden vindt er een correctie plaats op basis van het arms length beginsel uit art. 8b Wet Vpb.⁵⁶ De wetgever heeft middels art. 10b Wet Vpb getracht deze situatie in internationale verhoudingen ook te reguleren.

⁵¹ Art. 10a, lid 1 letters a tot en met c Wet Vpb.

⁵² Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.3.A.a.

⁵³ Art. 10a, lid 5 Wet Vpb.

⁵⁴ Art. 10a lid 6 Wet Vpb.

⁵⁵ Dit voornemen is kenbaar gemaakt door het nieuwe kabinet in het Regeerakkoord 2017-2021.

⁵⁶ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.4.B.

Art. 10b Wet Vpb bepaalt dat rente niet in aftrek wordt genomen indien de lening afkomstig is van een verbonden crediteur en de lening een looptijd heeft van tien jaar of langer. Ook leningen die voor onbepaalde tijd gelden vallen hieronder. Daarnaast dient er geen vergoeding op de lening overeen te zijn gekomen, dan wel een vergoeding die in belangrijke mate lager is dan wat onafhankelijke partijen overeen zouden zijn gekomen.⁵⁷

Art. 10b Wet Vpb is net als art. 10a Wet Vpb een renteaftrekbeperking in gelieerde verhoudingen. Het verbondenheids criterium uit art. 10b Wet Vpb heeft echter een ruimer bereik dan dat van art. 10a Wet Vpb. Art. 10b Wet Vpb sluit aan bij de definitie van gelieerdheid uit art. 8b Wet Vpb.

In tegenstelling tot art. 10a Wet Vpb ontbreekt er een tegenbewijsregeling. Daarnaast kan werkelijk verschuldigde rente niet worden afgetrokken, terwijl er geen reden is waarom deze rente niet belast zou worden bij de ontvanger. De regeling heeft dus een groot overkill-gehalte.

Art. 10b wet Vpb is niet van toepassing op leningen die worden aangemerkt als schijnlening, bodemloze put lening of deelnemerschapslening en leningen waarop art. 10a Wet Vpb al betrekking heeft.⁵⁸

3.3.4 Art. 13l Wet Vpb, deelnemingsrente

De voorloper van art. 13 Wet Vpb was art. 10d Wet Vpb, de thincapregeling. De invoering van art. 10d Wet Vpb is een reactie op het Bosal-arrest.⁵⁹ Dit arrest betrof een in Nederland gevestigde houdster- en financieringsmaatschappij die kosten had gemaakt die verband hielden met het financieren van haar deelnemingen die waren gevestigd in andere lidstaten binnen de Europese Unie. Op dat moment gold art. 13 Wet Vpb (oud) in Nederland, waarin werd bepaald dat deze kosten niet aftrekbaar waren omdat deze kosten niet ‘middelijk dienstbaar waren aan het behalen van winst die belastbaar was in Nederland’.⁶⁰ Het HvJ EU volgde deze redenering niet en oordeelde dat Nederland niet alleen de aftrek van kosten voor buitenlandse deelnemingen mag beperken. Alle deelnemingsrente, dus zowel voor binnen- als buitenlandse deelnemingen, dient aftrekbaar te zijn.

Om misbruik te voorkomen werd de thincapregeling in 2004 ingevoerd. Uitgangspunt van de thincapregeling is de ratio van 3:1 tussen vreemd en eigen vermogen. Er is dus sprake van een teveel aan vreemd vermogen indien dit meer bedraagt dan driemaal het eigen vermogen en dit meerdere het bedrag van € 500.000 overschrijdt. Als deze grens wordt overschreden, kan het bovenmatige gedeelte

⁵⁷ Art. 10b Wet Vpb.

⁵⁸ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.4.B.

⁵⁹ HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, (Bosal).

⁶⁰ HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, (Bosal), r.o 8.

niet worden afgetrokken.

Een (aangepaste) thincapregeling zou een adequaat alternatief kunnen zijn voor het huidige systeem van renteaftrekbeperkingen. Deze mogelijkheid wordt in hoofdstuk 5 verder besproken.

Met de afschaffing van de thincapregeling van art. 10d Wet Vpb (oud) in 2013 werd art. 131 Wet Vpb ingevoerd. Art. 131 Wet Vpb verbiedt de aftrek van rente en kosten van geldleningen die verband houden met de financiering van deelnemingen. Het is namelijk niet gewenst renteaftrek toe te staan indien deze renteaftrek samenhangt met onbelaste voordelen uit de deelneming. Enkel indien het bedrag aan rente en kosten ter zake van de geldlening de € 750.000 te boven gaat wordt renteaftrek beperkt. Er is gekozen voor een drempelbedrag van € 750.000 om het MKB te ontzien. Art. 131 Wet Vpb geldt voor zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen. Er wordt gebruik gemaakt van de volgende formule: Niet aftrekbare rente = (deelnemingsschuld/totale schuld) × totale rentekosten. Er is sprake van een deelnemingsschuld indien de verkrijgingsprijs van de ‘slechte’ deelnemingen het eigen vermogen van de belastingplichtige overstijgt.⁶¹ Alleen deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is tellen mee voor de berekening.⁶²

Uit art. 131 lid 5 Wet Vpb blijkt dat sommige deelnemingen niet meetellen in de formule waarmee de deelnemingsschuld wordt bepaald. Dit zijn de uitbreidingsinvesteringen, ofwel ‘goede’ deelnemingen: deelnemingen die in verband met de uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep waar de belastingplichtige deel van uit maakt zijn aangeschaft.⁶³ Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze regel is ingevoerd om te voorkomen dat het ondernemings- en vestigingsklimaat nadelig wordt beïnvloed. Er gelden wel twee uitzonderingen. Indien er sprake is van een foute uitbreiding van operationele activiteiten zijn de kosten niet aftrekbaar. Dit wordt bepaald in art. 13 lid 6 Wet Vpb. Van een foute uitbreiding is sprake als de rente ook elders in het concern in aftrek kan worden gebracht (lid 6 sub a), of indien de uitbreidingsinvestering bijvoorbeeld is verricht in de vorm van een lening met de kenmerken van een hybride lening en de rente op die lening bij de debiteur aftrekbaar is en bij de crediteur geen belasting wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is (lid 6 sub b). Er zal telkens aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld of er sprake van een uitbreiding van operationele activiteiten. In art. 131 lid 10 Wet Vpb wordt de tweede uitzondering gegeven; de belastingplichtige kan in plaats van het vijfde lid toe te passen er ook voor kiezen op ‘oude’ deelnemingen het tiende lid van toepassing te verklaren. Dit houdt in dat voor de berekening van de deelnemingsschuld 90% van de verkrijgingsprijs van een deelneming buiten aanmerking wordt gelaten voor zover het lichaam waarin de deelneming wordt

⁶¹ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.15.B.

⁶² Art. 131 lid 8 sub b Wet Vpb.

⁶³ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.15.B.

gehouden is verworven of uitgebreid of in dat lichaam eigen vermogen is ingebracht in een boekjaar dat is aangevangen voor of op 1 januari 2006.

In art. 131 lid 7 Wet Vpb wordt bepaald dat 131 geen toepassing vindt op bestanddelen van de winst die vallen onder de objectvrijstelling voor buitenlandse winst van art. 15e Wet Vpb.

In lid 9 van art. 131 Wet Vpb wordt bepaald dat de rente op geldleningen die verband houden met actieve financieringswerkzaamheden wel aftrekbaar blijven.

Ten slotte wordt in art. 131 lid 11 Wet Vpb de mogelijkheid geboden om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels vast te stellen ingeval de belastingplichtige betrokken is bij een reorganisatie of deel uit gaat maken van een fiscale eenheid. Dit is opgenomen in het Besluit aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente.⁶⁴

3.3.5 Art. 15ad Wet Vpb, overnameholdings

In 2012 werd art. 15ad Wet Vpb (her)ingevoerd. Art. 15ad Wet Vpb gaat de excessieve renteaftrek tegen bij overnames. Belangrijke reden voor het herinvoeren zijn de excessief met vreemd vermogen gefinancierde bedrijfsovernames waarbij het overgenomen bedrijf met grote schulden werd opgezadeld.⁶⁵ Voor de invoering maakten veel verschillende Nederlandse ondernemingen gebruik van overnameholdings. Dit leidde tot grote publieke ophef; door de politieke druk is besloten art. 15ad Wet Vpb te herintroduceren.

Art. 15ad Wet Vpb ziet op zowel interne als externe geldleningen. Art. 15ad lid 1 Wet Vpb bepaalt dat renteaftrek van overnamerente wordt beperkt tot een bedrag gelijk aan de winst van de fiscale eenheid verminderd met de winsten van de overgenomen maatschappijen. Met de overnamerente wordt bedoeld de rente over de schulden die verband houden met de verwerving of uitbreiding van een belang in een of meerdere maatschappijen die vervolgens deel uit gaan maken van de fiscale eenheid.⁶⁶ Zonder deze regeling is het mogelijk een deelneming met winst op te kopen, om vervolgens de overnamerente ten laste te kunnen brengen van deze winst.

Ingevolge art. 15ad lid 2 Wet Vpb is de beperking enkel van toepassing indien de uitgesloten rente meer bedraagt dan € 1.000.000. Daarnaast dient er bij de fiscale eenheid een teveel aan overnamerente te zijn. In lid 3 wordt bepaald dat de aftrekbeperking enkel van toepassing is tot de laagste van de volgende twee bedragen:

⁶⁴ Besluit van 16 januari 2013, zoals laatstelijk gewijzigd op 21 december 2016, Stb. 2016, 549.

⁶⁵ Prof. Mr. Dr. Q.W.J.C.H. Kok en R.C. de Smit MSc, 'Wijzigingen in vennootschapsbelasting', *MBB* 2012/01.

⁶⁶ Cursus Belastingrecht Vpb.2.9.5.E.b.

- het bedrag aan rente dat op grond van lid 1 niet in aftrek zou komen verminderd met € 1.000.000 (de franchise); en
- het teveel aan overnamerente.

Art. 15ad lid 4 Wet Vpb stelt vast dat het teveel aan overnamerenten gelijk is aan de rente over het bovenmatige deel van overnameschulden met betrekking tot de in het jaar gevoegde maatschappijen. In lid 5 wordt vervolgens bepaald wat bovenmatig is: het bedrag waarmee deze overnameschulden 60% van de verkrijgingsprijs van de gevoegde maatschappijen overtreffen.⁶⁷ Lid 6 stelt dat dit percentage elk jaar met 5% afneemt tot 25%.

3.4 Samenvatting en tussenconclusie

Het belang van onderscheid tussen financiering met eigen en vreemd vermogen is in grote lijnen besproken. De voordelen van de financiering met vreemd vermogen hebben ertoe geleid dat belastingplichtigen geprikkeld worden te financieren met vreemd vermogen.

Ter voorkoming van het uithollen van de belastinggrondslag heeft de wetgever verschillende renteaftrekbeperingen ingevoerd. De huidige renteaftrekbeperingen zijn in dit hoofdstuk in het kort uiteen gezet. De huidige wetgeving op het gebied van renteaftrekbeperingen kent specifieke renteaftrekbeperingen, welke leiden tot een complex systeem. Daarnaast moedigen de huidige renteaftrekbeperingen de financiering met vreemd vermogen aan.

In het volgende hoofdstuk zal de invoering van een generieke renteaftrekbepering, de earningsstripping-maatregel, worden besproken. Deze maatregel dient ter vervanging van de huidige regelgeving.

⁶⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr 30, p.6.

Hoofdstuk 4 De earningsstripping-maatregel

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de bespreking en toetsing van de earningsstripping-maatregel centraal.

In het eerste deel zal de earningsstripping-maatregel worden besproken. Voor het beantwoorden van de hoofdvraag is het immers van belang om na te gaan wat de earningsstripping-maatregel inhoudt en hoe deze wordt vormgegeven. In het tweede deel vindt de toetsing van de earningsstripping-maatregel plaats.

In paragraaf 2 bespreek ik de ontwikkeling van earningsstripping-maatregel binnen Nederland en Europa. De earningsstripping-maatregel is immers geen nieuw begrip voor Nederland; in 2009 kwam het begrip al ter sprake. Vervolgens zullen de BEPS Actie 4 en de ATAD1 kort besproken worden. De earningsstripping-maatregel in Nederland is hierop gebaseerd.

De vormgeving van de earningsstripping-maatregel wordt vervolgens in paragraaf 3 uitgebreid uiteengezet bij de bespreking van de earningsstripping-maatregel in Nederland. Daarnaast zullen de verschillen tussen de earningsstripping-maatregel in de ATAD1 en Nederland worden aangeduid.

In het tweede deel van paragraaf 3 zal ik de earningsstripping-maatregel beoordelen aan het in hoofdstuk 2 opgestelde toetsingskader. Voor de beoordeling van de earningsstripping-maatregel zal ik aansluiten bij de maatregel zoals deze is voorgesteld in het consultatiedocument en het regeerakkoord. Naast de toetsing aan het toetsingskader zal ik ook aangeven hoe naar mijn inzicht de earningsstripping-maatregel aangepast dient te worden.

Ik sluit het hoofdstuk af met een samenvatting en tussenconclusie in paragraaf 4.4.

4.2 Het verloop van de earningsstripping-maatregel

4.2.1 Het consultatiedocument

Op 14 juni 2009 werd door staatssecretaris de Jager een consultatiedocument gepubliceerd.⁶⁸ In dit document werden door de Jager verschillende aanpassingen voor de vennootschapsbelasting aangedragen. Een van deze voorstellen was het invoeren van de earningsstripping-maatregel.

Voorafgaand aan het consultatiedocument werden verschillende consultaties gehouden. Verschillende hoogleraren, VNO-NCW, MKB-Nederland, diverse vertegenwoordigers van buitenlandse

⁶⁸ Kamerstukken II, 2008/09, 31 369, nr. 6.

ondernemingen, de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen en belastingadviseurs zijn hierbij geraadpleegd. Uiteindelijk is het consultatiedocument het resultaat geworden van de gedachtewisselingen tussen deze partijen.

In het consultatiedocument wordt gepleit voor de invoering van een verplichte groeiprentebox en een afzonderlijke renteaftrekbeperking. Voor de renteaftrekbeperkingen zijn twee varianten opgenomen. De eerste variant is een aftrekbeperking voor deelnemingsrente in combinatie met een maatregel die er voor zorgt dat bovenmatige rentelasten die samenhangen met een bedrijfsovername in beginsel niet in aftrek komen op de winst van de overgenomen vennootschap. De tweede variant is een algemeen werkende earningsstripping-maatregel.

In het document wordt voorgesteld de thincapregeling uit art. 10d Wet Vpb (oud) te schrappen. Het gat dat hierdoor ontstaat dient opgevuld te worden door de invoering van de earningsstripping-maatregel.

Op 30 juli 2009 volgde een reactie vanuit de NOB.⁶⁹ Hoewel zij de relatieve eenvoud van de earningsstripping-maatregel waardeerde, hadden zij ook kritiek. De maatregel zou onder andere een procyclisch karakter hebben en te onvoorspelbaar zijn. Er volgde meer kritiek vanuit andere hoeken. De earningsstripping-maatregel zou een negatieve invloed op het vestigingsklimaat in Nederland hebben. Daarnaast zouden de aanpassingen uit het document in haar geheel mogelijk in strijd met Europese wetgeving zijn.⁷⁰

4.2.2 De sinterklaasbrief

Als reactie op alle commotie volgde er op 5 december 2009 een Sinterklaasbrief.⁷¹ In de Sinterklaasbrief maakte de Jager duidelijk dat earningsstripping-maatregel niet werd ingevoerd.

In de brief gaf de Jager aan dat alle commotie heeft geleid tot een aantal afwegingen. Wat betreft de earningsstripping-maatregel werd vooral toegespitst op de verenigbaarheid met Europees recht. Een beperking van de renteaftrek kan in binnenlandse situaties worden tegengegaan door het aangaan van een fiscale eenheid. Een fiscale eenheid is echter niet mogelijk in grensoverschrijdende situaties. De vraag was of dit wel verenigbaar zou zijn met Europees recht. Daarnaast waren er vragen over de risico's voor de schatkist, mocht de earningsstripping-maatregel wel ingevoerd worden. Deze risico's konden, ten tijde van het schrijven de brief, nog onvoldoende weggenomen worden.

⁶⁹ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Reactie aan de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het consultatiedocument 'Mogelijke aanpassingen in de vennootschapsbelasting', 30 juli 2009.

⁷⁰ Allen&Overy, De sinterklaasbrief van de Jager, 7 december 2009.

⁷¹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB/2009/674 M.

4.2.3 Europese invloeden

BEPS Actie 4

De OESO publiceerde op 19 juli 2013 een actieplan tegen de afbrokkeling van de belastinggrondslag en de winstoverdracht tussen landen door internationaal ondernemende ondernemingen. Vervolgens werd op 5 oktober 2015 het 'final raport' in het kader van actie 4 gepubliceerd.⁷² Hierin wordt aangegeven dat BEPS kan worden voorkomen doormiddel van renteaftrek. De OESO raadt lidstaten aan om een earningsstripping-maatregel in te voeren.

De OESO beveelt de invoering van een generieke renteaftrekbeperking aan waarbij rente aftrekbaar is voor zover de belastingplichtige een netto-rentelast heeft die niet een bepaald percentage van diens EBITDA overschrijdt. De OESO beveelt een percentage aan van tussen de 10% en 30% van de EBITDA. Daarnaast beveelt de OESO een groepsescape (groepsratio) aan ter aanvulling van de hoofdregel. Deze regel houdt in dat indien de verhouding tussen de rente en de EBITDA van de belastingplichtige kleiner is dan deze verhouding van de groep waar de belastingplichtige toe behoort, de rente in beginsel volledig mag worden afgetrokken.

Verder biedt de OESO de mogelijkheid tot het invoeren van een drempel en een alternatieve groepsescape (equity escape). Ten slotte kunnen lidstaten er ook voor kiezen om te opteren voor een verrekenings- of voorwentelingsmogelijkheid. De earningsstripping-maatregel gaat niet gelden voor banken en verzekeraars.

ATAD1

Ook binnen de Europese Unie is er, in het kader van de strijd tegen belastinguitholling en agressieve taxplanning, een earningsstripping-maatregel geïntroduceerd. Deze regel is opgenomen in art. 4 van ATAD1⁷³; de anti-BEPS richtlijn die op 12 juli 2016 door de Raad is aangenomen.

In grote lijnen is de earningsstripping-maatregel in de ATAD1 gelijk aan de regel zoals die door OESO wordt voorgesteld. De generieke renteaftrekbeperking in de ATAD1 betreft een renteaftrekbeperking waarbij de netto rente aftrekbaar is tot maximaal een bedrag ten hoogste van 30% van de fiscale EBITDA met een drempelbedrag van maximaal € 3.000.000. Het is vrij aan lidstaten om de renteaftrekbeperking niet van toepassing te verklaren op op zichzelf staande entiteiten.

Art. 4 lid 2 van ATAD1 laat zien hoe de EBITDA berekend dient te worden. De voor de belasting gecorrigeerde bedragen van het financieringskostensurplus en de voor de belasting gecorrigeerde

⁷² Final Rapport OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payment, Action 4: OECD Publishing 2015.

⁷³ Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 11-07-2016, V-N 2016/37.3

bedragen van afschrijvingen en amortisatie dienen opgeteld te worden bij de inkomsten die in de lidstaat van de belastingplichtige aan vennootschapsbelasting onderworpen zijn. Het financieringskostensurplus is het deel van rentelasten dat hoger is dan de rentebaten.

Lidstaten krijgen in art. 4 lid 4 van de ATAD1 de mogelijkheid de earningsstripping-maatregel niet van toepassing te verklaren op leningen die voor 17 juni 2016 zijn gesloten en leningen die voor de financiering van openbare infrastructuur-projecten gebruikt zijn.

In het vijfde lid wordt aan lidstaten de mogelijkheid geboden tot het implementeren van een groepescape; de equity escape en de groepsratio escape. De inhoud van deze begrippen komt bij de behandeling van de earningsstripping-maatregel binnen Nederland aan bod.

Lid 6 biedt drie mogelijkheden tot het invoeren van verschillende voorwaartse en achterwaartse verrekening mogelijkheden: 1) het niet-aftekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voortwentelen; 2) het niet-aftekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voortwentelen in combinatie met achterwaartse verrekening van hoogstens drie jaar; of 3) het niet-aftekbare overschot aan rentelasten onbeperkt voortwentelen in combinatie met het voortwentelen van de onbenutte rentecapaciteit van vijf jaar.

Ten slotte biedt lid 7 de mogelijkheid de renteaftrekbepanking niet van toepassing te verklaren op financiële ondernemingen.

Begin juli 2017 is in Nederland een conceptwetsvoorstel gepresenteerd dat onder andere de earningsstripping-maatregel omvat.⁷⁴ Met dit wetsvoorstel is beoogd ATAD1 te implementeren in nationale wetgeving. In dit wetsvoorstel is de earningsstripping-maatregel vormgegeven. De regering heeft zich grotendeels aangesloten bij de manier waarop de maatregel in het voorstel wordt vormgegeven. In de volgende paragraaf zal de vormgeving van de earningsstripping-maatregel worden besproken.

4.3 De implementatie van de earningsstripping-maatregel in Nederland per 2019

4.3.1 Vormgeving

Per 1 januari 2019 zal de earningsstripping-maatregel gaan gelden binnen Nederland. Het kabinet hoopt hiermee financiering met eigen vermogen aantrekkelijker te maken. Bovenstaand werd al duidelijk dat lidstaten de vrijheid hebben om in nationale wetgeving een striktere earningsstripping-maatregel op te nemen. Daarnaast worden lidstaten niet verplicht de uitzonderingen over te nemen.⁷⁵

⁷⁴ Ministerie van Financiën, 10 juli 2017, Consultatiedocument implementatie ATAD1.

⁷⁵ Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 11-07-2016, V-N 2016/37.3.

De earningsstripping-maatregel zal een plaats krijgen in art. 15b Wet Vpb. De regering kiest ervoor art. 10a Wet Vpb, winstdrainage, naast de earningsstripping-maatregel te handhaven. Alle andere renteaftrekbeperkingen zullen (naar alle waarschijnlijkheid) worden geschrapt.⁷⁶ Zoals in de inleiding is aangegeven was ten tijde van het schrijven van mijn scriptie enkel het consultatiedocument van 10 juli 2017 beschikbaar ter implementatie van ATAD1 en het regeerakkoord. Het wetsvoorstel laat nog op zich wachten. Ik ga dan ook voor het vervolg uit van het consultatiedocument en het regeerakkoord.

Hoofdregel

In art. 15b lid 1 Wet Vpb (nieuw) wordt vastgelegd dat het ‘overschot aan rentelasten’ (financieringskostensurplus) niet kan worden afgetrokken voor zover dit overschot meer bedraagt dan 30% van de ‘gecorrigeerde winst’ (EBITDA) van de belastingplichtige. ATAD1 laat lidstaten vrij om een lager percentage dan 30% te kiezen. In het regeerakkoord wordt dus gekozen voor een percentage van 30%.

Het overschot aan rentelasten houdt ingevolge art. 15b lid 1 tweede volzin Wet Vpb het volgende in: *het verschil tussen rentelasten ter zake van schulden en rentebaten ter zake van vorderingen, voor zover die rentelasten of rentebaten in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de winst.* Het begrip rente wordt in lid 9 ruim gedefinieerd; ook kosten en valutaresultaten behoren daartoe.

Het begrip gecorrigeerde winst wordt ingevuld door art. 15b lid 4 Wet Vpb en houdt in de belastbare winst zoals die zonder toepassing van het eerste lid wordt berekend, vermeerderd met het overschot aan rentelasten en het bedrag van de in aanmerking genomen afschrijvingen. In feite is dit de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA). Het betreft de fiscale EBITDA, waarbij vrijgestelde inkomsten dus niet worden meegerekend. De NOB merkt terecht in haar commentaar⁷⁷ op dat op basis van het in het consultatiedocument voorgestelde art. 15b lid 4 Wet Vpb de belastbare winst enkel wordt gecorrigeerd met het overschot aan rentelasten en de afschrijvingen. In ATAD1 wordt in art. 4 lid 2 uitgegaan van EBITDA (waardeverminderingen worden dus in aanmerking genomen).

Ik zal de werking van de hoofdregel van de earningsstripping-maatregel illustreren aan de hand van een cijfervoorbeeld. Ik zal in mijn voorbeeld uitgaan van de ATAD1 en dus de belastbare winst corrigeren met afwaarderingen.

⁷⁶ Regeerakkoord VVD-CDA-D66-ChristenUnie van 10 oktober 2017, ‘Vertrouwen in de toekomst’.

⁷⁷ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetvoorstellen, Reactie van de Commissie Wetvoorstellen van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs op internetconsultatie implementatie ATAD1, 21 augustus 2017.

Gegevens jaar 1

Saldo fiscale winstbepaling	480.000.000
Niet aftrekbare kosten	15.000.000
Investeringsaftrek	20.000.000
Deelnemingsvrijstelling	145.000.000
Objectvrijstelling	120.000.000
Bedrag van afschrijvingen en amortisatie	65.000.000
Belastbare rentebaten	55.000.000
Aftrekbare rentelasten	200.000.000

Uitwerking

Saldo fiscale winstbepaling	480.000.000
+ Niet aftrekbare kosten	+15.000.000
-/- Investeringsaftrek	-/-20.000.000
-/- Deelnemingsvrijstelling	-/-145.000.000
-/- Objectvrijstelling	-/-120.000.000
Saldo fiscale winstbepaling	210.000.000
+ Financieringskostensurplus	+145.000.000
+ Afschrijvingen en amortisatie	+65.000.000
	<hr/>
Gecorrigeerde belastbare winst	420.000.000

De maximale aftrekbare rente bedraagt 30% van € 420.000.000. Dit is € 126.000.000. Het financieringskostensurplus bedraagt € 145.000.000. Dit is meer dan de 30% van de gecorrigeerde belastbare winst. Er geldt een aftrekbepanking van € 19.000.000.

Opzichzelfstaande entiteiten

Het doel van de earningsstripping-maatregel is het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving binnen een concern door middel van renteaftrek. De ATAD1 staat het toe om te kiezen voor een uitzondering indien er een groepsrelatie ontbreekt.⁷⁸ De regering heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Een belastingplichtige die geen deel uitmaakt van een groep in de zin van het Burgerlijk Wetboek, geen gelieerd lichaam heeft en geen vaste inrichting heeft valt niet onder het toepassingsbereik van de earningsstripping-maatregel.

⁷⁸ Richtlijn van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, Brussel, 19.7.2016, PB EU L 193/1.

Art. 15b lid 11 geeft invulling aan de term gelieerd lichaam. Een gelieerd lichaam is een lichaam waarin de belastingplichtige een belang heeft van ten minste 25% van het nominale kapitaal, ten minste 25% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt of recht heeft op ten minste 25% van de winst.

Drempel

In de ATAD1 is een tegemoetkoming opgenomen voor belastingplichtigen met een overschot aan rentelasten onder een bepaald bedrag. In eerste instantie werd in het consultatiedocument gekozen voor de maximale drempel van € 3.000.000. In het regeerakkoord is echter gekozen voor een drempel van € 1.000.000.⁷⁹ De drempel geldt per belastingplichtige.

Eigen vermogen-uitzondering

ATAD1 biedt twee mogelijkheden voor het opnemen van een groepsuitzondering. Voorwaarde voor de toepassing van de groepsuitzonderingen is dat de financiële gegevens van de belastingplichtige zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening van een groep.⁸⁰

De eerste uitzondering is de eigen vermogen-uitzondering. Dit houdt in dat de rente aftrekbaar blijft als de verhouding tussen het eigen vermogen en de totale activa niet meer dan 2% lager is dan de verhouding van de gehele groep waar de belastingplichtige onderdeel van uitmaakt. Als bijvoorbeeld de ratio van de belastingplichtige 35% is en de ratio van de groep 20%, mag de belastingplichtige het volledige overschot aan rentelasten in aftrek nemen. De ratio van de belastingplichtige mag in dit geval niet lager zijn dan 18% om het overschot aan rentelasten in aftrek te kunnen nemen.⁸¹ Het gemiddelde eigen vermogen en de totale activa worden aan de hand van de stand aan het begin en einde van het jaar bepaald.

EBITDA-uitzondering

Bij de EBITDA-uitzondering is het overschot aan rentelasten van de groep waar de belastingplichtige onderdeel van uit maakt als geheel van belang. De rente die de groep is verschuldigd aan derden wordt afgezet tegen de EBITDA van de groep die blijkt uit de geconsolideerde jaarrekening. Dit leidt tot een percentage die de groepsverhouding uitdrukt. De rente die de belastingplichtige mag aftrekken wordt berekend aan de hand van de meest gunstige ratio (30% van de EBITDA of de groepsverhouding).⁸²

De regering heeft ervoor gekozen beide groepsuitzonderingen niet op te nemen in art. 15b Wet Vpb.

⁷⁹ Regeerakkoord VVD-CDA-D66-ChristenUnie van 10 oktober 2017, 'Vertrouwen in de toekomst'.

⁸⁰ Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 11-07-2016, V-N 2016/37.3.

⁸¹ Ministerie van Financiën, 10 juli 2017, Consultatiedocument implementatie ATAD1.

⁸² Ministerie van Financiën, 10 juli 2017, Consultatiedocument implementatie ATAD1.

Niet-aftrekbaar overschot rentelasten en onbenutte rentecapaciteit

De ATAD1 biedt drie keuzemogelijkheden voor het doorschuiven of terugwentelen van het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten of onbenutte renteaftrekcapaciteit. In het conceptwetsvoorstel is in art. 15b lid 8 Wet Vpb de optie opgenomen waarbij het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt kan worden voortgewenteld. In het regeerakkoord is hier niet van afgeweken. Ik zal de werking van art. 15b lid 8 Wet Vpb illustreren aan de hand van een cijfervoorbeeld.

Gegevens jaar 1

Ik gebruik de gegevens van mijn eerder gegeven cijfervoorbeeld. Het niet aftrekbare deel aan rentelasten in jaar 1 was € 19.000.000.

Gegevens jaar 2

Gecorrigeerde belastbare winst (gegeven)	320.000.000
Financieringskostensurplus	90.000.000

In dit jaar kan er € 96.000.000 worden afgetrokken (30% van 320.000.000). In het voorbeeld van het consultatiedocument wordt uitgegaan van een bepaalde volgorde van verrekening, waarbij het overschot uit jaar 2 als eerst in aanmerking genomen dient te worden. Dit volgt echter niet uit het voorgestelde artikel 15b Wet Vpb.⁸³ Het is gewenster om, in overeenstemming met de verliesverrekeningsregels, eerst het nog niet in aanmerking genomen overschot aan rentelasten aan bod te laten komen.⁸⁴ Het overschot uit jaar 1 zal dus eerst in aanmerking genomen worden. Het volledige overschot aan rentelasten uit jaar 1 van € 19.000.000 kan worden afgetrokken. Er resteert dan nog € 77.000.000 aan ruimte voor aftrek. Het overschot aan rentelasten uit jaar 2 is € 90.000.000. Van dit bedrag kan € 77.000.000 worden afgetrokken en de resterende € 13.000.000 wordt voortgewenteld naar jaar 3.

Openbare infrastructurele werken

De optie voor een tegemoetkoming voor openbare infrastructurele werken is -vooralsnog- niet opgenomen in art. 15b wet Vpb.

Overgangsrecht bestaande leningen

De earningsstripping-maatregel is van toepassing vanaf 1 januari 2019 op zowel bestaande als nieuwe leningen. ATAD1 biedt de mogelijkheid om te voorzien in een eerbiedigende werking voor leningen

⁸³ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs op internetconsultatie implementatie ATAD1, 21 augustus 2017, p.

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

die zijn aangegaan voor 17 juni 2016 en na die tijd niet meer zijn gewijzigd. Deze regeling is niet opgenomen in art. 15b wet Vpb. Eerbiedigende werking is immers complex, aangezien de ene lening toepassing vindt onder het oude regime en de andere lening weer valt onder het nieuwe regime. Dit kan leiden tot een ingewikkelde samenloop.⁸⁵

4.3.2 Beoordeling van de earningsstripping-maatregel

Wetten dienen aan verschillende eisen te voldoen om als volwaardige wetgeving gekwalificeerd te kunnen worden. In hoofdstuk 2 heb ik een toetsingskader opgesteld. In deze paragraaf zal ik de earningsstripping-maatregel aan dit kader toetsen.

Rechtmatigheid en verwerking van rechtsbeginselen

Wetten dienen in overeenstemming met het recht te zijn. De drie rechtsbeginselen waar ik de earningsstripping-maatregel aan ga toetsen zijn rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en het draagkrachtsbeginsel. Dit zijn naar mijn mening drie fundamentele en relevante rechtsbeginselen.

Gelijkheidsbeginsel

Een belangrijk beginsel binnen het belastingrecht is het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Dit betekent dus ook dat ongelijke gevallen evenredig ongelijk behandeld dienen te worden. Een ongelijke behandeling is ongeoorloofd indien er voor deze behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat.⁸⁶ In het belastingrecht bestaat een ongelijke behandeling vaak uit de benadeling van een groep belastingbelastingplichtigen in verhouding tot een andere groep, doordat een bepaald belastingvoordeel enkel aan de andere groep wordt toegekend.⁸⁷

Het algehele probleem waarvoor de earningsstripping-maatregel is ingevoerd is belastingontwijking. De belastinggrondslag wordt uitgehold door multinationals die de regelgeving tot op het bot kunnen villen. Grote bedrijven doen aan agressieve taxplanning om de belasting die zij betalen op deze manier te minimaliseren. Dit houdt in dat er strijd bestaat met het gelijkheidsbeginsel gezien kleinere bedrijven over het algemeen niet beschikken over ontwijkingmogelijkheden en wel hun fair share betalen.⁸⁸

⁸⁵ Ministerie van Financiën, 10 juli 2017, Consultatiedocument implementatie ATAD1.

⁸⁶ Prof. Dr. Mr. R.E.C.M Niessen, 'De belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel', *TFB* 2009/01.

⁸⁷ Mr. R. van der Hulle en R. van der Hulle, 'Toetsing van belastingwetgeving aan het gelijkheidsbeginsel in Nederland en Duitsland', *Ars Aequi* december 2015.

⁸⁸ Mr. Drs. J.L.M Gribnau, 'Fair share en taxplanning: een moeilijk maar noodzakelijk debat', in: Prof. Dr. P. Kavelaars (red.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*, Issuu 2013.

Vraag is of onder de earningsstripping-maatregel grote en kleinere bedrijven gelijk(er) worden behandeld. Met een drempel van € 3.000.000 zullen vooral grote bedrijven geraakt worden.⁸⁹ Het Duitse Hof oordeelde al eerder dat een drempel van € 3.000.000 het MKB uitzondert. Dit zou in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, aangezien het ook voor kleine bedrijven van belang is hun kapitaalpositie te verbeteren.⁹⁰ De regering heeft echter voor een drempel van € 1.000.000 gekozen. Hierdoor worden ook minder grote bedrijven geraakt door de earningsstripping-maatregel. Om deze reden voorzie ik met betrekking tot de drempel geen schending van het gelijkheidsbeginsel.

De earningsstripping-maatregel is niet van toepassing op bedrijven die geen deel uitmaken van een groep. Echter, ook voor deze bedrijven zou het van belang kunnen zijn op hun kapitaalpositie te verbeteren.⁹¹ Om deze reden zou het in strijd kunnen zijn met het gelijkheidsbeginsel om op deze bedrijven de earningsstripping-regel niet van toepassing te verklaren.

Er wordt niet gekozen voor een groepsuitzondering. Dit zal vooral grote bedrijven beïnvloeden, naar schatting van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei komt 95% van de lastenverzwaring bij grootbedrijf terecht. Per saldo zullen op deze manier grote bedrijven er op achteruit gaan en kleine bedrijven gaan erop vooruit.⁹² Indien dit kleine bedrijven in grote mate zou bevoordelen, zou dit in strijd kunnen zijn met het gelijkheidsbeginsel. De uitkomst is nu nog onzeker.

Indien de earningsstripping-maatregel in zijn geheel doeltreffend is, zal naar mijn mening worden voldaan aan het gelijkheidsbeginsel. De earningsstripping-maatregel is doeltreffend als het ook daadwerkelijk belastingontwijking tegen gaat. Bij minder mogelijkheden tot het ontwijken van belasting, zullen grotere bedrijven er niet aan ontkomen hun fair share te betalen. Zowel kleinere als grotere bedrijven zullen op deze manier belasting betalen en hun fair share bijdragen.

Rechtszekerheidsbeginsel

Rechtszekerheid is een belangrijk rechtsbeginsel binnen het belastingrecht. Een van de belangrijkste functies van wetgeving is het verschaffen van rechtszekerheid. Belastingplichtigen hebben rechtszekerheid nodig om hun fiscale positie te kunnen bepalen.⁹³ Ondernemingen kunnen zich geen fiscale verassingen veroorloven naar hun aandeelhouders.⁹⁴

⁸⁹ Rapport van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei van 6 juli 2016.

⁹⁰ Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2015, I R 20/15.

⁹¹ Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2015, I R 20/15.

⁹² Rapport van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei van 6 juli 2016.

⁹³ Prof. Dr. G.J van Norden, 'Beleidsregels, rechtszekerheid en kenbaarheid', *NTFR* 2014/2566.

⁹⁴ Prof. Dr. G.J van Norden, 'Beleidsregels, rechtszekerheid en kenbaarheid', *NTFR* 2014/2566.

De earningsstripping-maatregel is niet voorspelbaar en biedt dus niet de zekerheid die het zou moeten bieden. De rente die afgetrokken mag worden hangt af van de winst. Voor ondernemingen is het dus pas na afloop van een boekjaar duidelijk tot op welke hoogte zij hun rente kunnen aftrekken. Indien de rente niet aftrekbaar is, kan het bedrag aan vennootschapsbelasting dat betaald dient te worden aanzienlijk stijgen. Dit leidt tot een hogere VPB-druk. Voor zowel ondernemers als aandeelhouders is dit een grote onzekerheid.⁹⁵

Aan de andere kant is een generieke renteaftrekbepanking relatief eenvoudig en biedt dus meer (formele) rechtszekerheid in vergelijking tot het woud aan specifieke renteaftrekbepankingen die we nu kennen. In hoeverre de earningsstripping-maatregel een eenvoudig (en dus makkelijk uitvoerbaar) systeem is, wordt verderop in dit hoofdstuk besproken.

Draagkrachtsbeginsel

Het draagkrachtsbeginsel staat voor gelijkmatige belasting in overeenstemming met de financiële draagkracht. De zwaarte schouders dienen de zwaarste lasten te dragen.⁹⁶

Een van de opvattingen van het Duitse Hof is dat de earningsstripping-maatregel een inbreuk maakt op het draagkrachtsbeginsel.⁹⁷ De earningsstripping-maatregel geldt immers voor alle belastingplichtigen die deel uitmaken van een groep. De maatregel raakt dus ook niet-misbruikgevallen. Rentekosten die normaal gesproken afgetrokken kunnen worden omdat deze de draagkracht verminderen, komen niet voor aftrek in aanmerking.

Aan de andere kant, indien de niet afgetrokken rente kan worden verrekend of voortgewenteld zou de earningsstripping-maatregel niet in strijd met het draagkrachtsbeginsel zijn.⁹⁸ Pas bij een definitief verlies zou het in strijd met het draagkrachtsbeginsel zijn.

De regering heeft gekozen voor de optie waarbij het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt kan worden voortgewenteld. Mijn voorkeur gaat uit naar een ruimere verrekenmogelijkheid. De richtlijn biedt bijvoorbeeld ook de mogelijkheid tot terugwentelen tot drie jaar. Indien een onderneming zich in een verliessituatie bevindt en de komende jaren ook nog geen winst verwacht, is het niet gewenst dat er geen verrekenmogelijkheid bestaat. Indien voor een ruimere

⁹⁵ Prof. dr. H.T.P.M van den Hurk en mr. S.J.P Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO en EU-verband: een verstandige keus? (deel II)', *WFR* 2016/238 en Drs. F.J. Elsweier en dr. J. van Strien, *The German Earnings Stripping Measure: is it an Attractive Option for the Netherlands?*, Institut für Finanz- und Steuerrecht 2015, en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Reactie aan de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het consultatiedocument 'Mogelijke aanpassingen in de vennootschapsbelasting', 30 juli 2009.

⁹⁶ Prof. Dr. L.G.M. Stevens, *Belasting naar draagkracht*, Kluwer Deventer 1980.

⁹⁷ Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2015, I R 20/15.

⁹⁸ Drs. F.J. Elsweier en dr. J. van Strien, *The German Earnings Stripping Measure: is it an Attractive Option for the Netherlands?*, Institut für Finanz- und Steuerrecht 2015.

verrekenmogelijkheid wordt gekozen, acht ik de earningsstripping-maatregel in overeenstemming met het draagkrachtsbeginsel.

Doeltreffendheid en doelmatigheid

Vraag is hoe doeltreffend (effectief) en doelmatig (proportioneel) de earningsstripping-maatregel is. Het tegengaan van belastingontwijking is het doel van de maatregel. De maatregel is effectief indien bedrijven in zullen zien dat de enige mogelijkheid om de rente aftrekbaar te laten zijn, het voldoende behalen van belastbare winst in Nederland is.⁹⁹ Daarnaast dient de maatregel te leiden tot minder financiering met vreemd vermogen.¹⁰⁰

De earningsstripping-maatregel mist deels haar doel, doordat renteaftrek wordt beperkt voor zover de rente meer dan 30% bedraagt van de winst. De uitholling van de Nederlandse grondslag blijft dus nog mogelijk voor 30% van de winst. Belastingplichtigen kunnen dit 'lek' uitbaten door het opzetten van geldstromen van maximaal 30% van de winst richting landen met een lage VPB heffing.¹⁰¹

Een van de doelen van de maatregel is de financiering met vreemd vermogen te ontmoedigen. In Duitsland is gebleken dat na het ophogen van de drempel € 1.000.000 vrije aftrek naar € 3.000.000 vrije aftrek, ondernemingen die met minder dan € 3.000.000 vreemd vermogen gefinancierd werden deze grens gingen opzoeken. De earningsstripping-maatregel dient de financiering met vreemd vermogen niet aan te moedigen, maar dit gebeurde door de ophoging van de drempel wel.¹⁰² In Nederland wordt de vrije renteaftrek op € 1.000.000 gesteld. Toch blijft het mogelijk dat bedrijven die onder deze grens zitten, deze grens gaan opzoeken. Daarnaast ben ik voorstander van het ophogen van de drempel naar € 3.000.000. Verder in deze paragraaf wordt dit toegelicht. Net als in Duitsland is het mogelijk dat bij het ophogen van de drempel ook in Nederland bedrijven deze grens zullen opzoeken.

De earningsstripping-maatregel werkt effectief tegen het Bosal-gat. Het Bosal-gat is ontstaan na de uitspraak van het HvJ EU in het Bosal-arrest in 2003.¹⁰³ Na dit arrest werd het mogelijk voor ondernemingen om al hun deelnemingskosten af te trekken. Dit leidde tot het ontstaan van het Bosal-gat.

⁹⁹ Mr. drs. M.G.H. van der Kroon en dr. J. van Strien, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?' *NTFR* 2011/614

¹⁰⁰ Drs. F.J. Elswelier en dr. J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel; een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

¹⁰¹ Mr. Drs. R.C.C. de Wit, 'De renteaftrekbeperkingen in het consultatiedocument', *NTFR* 2009/1646.

¹⁰² Drs. F.J. Elswelier en dr. J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel; een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

¹⁰³ HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, (Bosal).

Een groot voordeel van de earningsstripping-maatregel is dus dat deze effectief werkt tegen het Bosal-gat.¹⁰⁴ Rente is immers enkel aftrekbaar indien er in Nederland winst wordt gerealiseerd. Resultaten vanuit de deelneming leiden niet tot een hogere aftrekmogelijkheid, aangezien deze resultaten bij het bepalen van de EBITDA buiten beschouwing blijven.¹⁰⁵ In hoeverre het dichten van het Bosal-gat wenselijk is, is echter nog maar de vraag. Slechts misbruik van de aftrek van deelnemingsrente dient te worden bestreden.¹⁰⁶

De earningsstripping-maatregel dient ook doelmatig, ofwel proportioneel te zijn. Één van de kritiekpunten van de maatregel is dat deze zou leiden tot overkill.

Ik sluit me aan bij de opvatting van de NOB¹⁰⁷ inzake de disproportionaliteit van de maatregel. De earningsstripping-maatregel raakt immers alle bedrijven, ongeacht of deze bedrijven internationaal of lokaal opereren. Ik ben van mening dat de drempel van € 1.000.000 niet voldoende is om deze ondoelmatigheid te ondervangen. De drempel is ontstaan om onderscheid te maken tussen het MKB en multinationale ondernemingen. De drempel is echter te laag om het MKB te ontzien.

Ook wordt er geen onderscheid gemaakt in het soort lening. Externe rente wordt ook geraakt door de regeling. Er wordt niet gekeken of de externe rente reëel is, waarbij er dus geen sprake is van een misbruik situatie. Niet alle bedrijven die gebruik maken van externe financiering zullen dit doen in het kader van agressieve taxplanning. De earningsstripping-maatregel draagt zo wel bij aan de eenvoud, maar niet aan de rechtvaardigheid. Om deze reden is ook door Henk Nijboer een motie¹⁰⁸ ingediend met het voorstel woningcorporaties uit te zonderen van de earningsstripping-maatregel.

Woningcorporaties zijn een voorbeeld van ondernemingen die geen belastingontwijkers zijn maar wel geraakt worden door earningsstripping-maatregel. Zij lopen min of meer onvrijwillig tegen de renteaftrekbeperking aan.¹⁰⁹ Het kabinet raadt de motie-Nijboer af.¹¹⁰

¹⁰⁴ Drs. F.J. Elswelier en dr. J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel: een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

¹⁰⁵ Drs. F.J. Elswelier en dr. J. van Strien, *The German Earnings Stripping Measure: is it an Attractive Option for the Netherlands?*, Institut für Finanz- und Steuerrecht 2015.

¹⁰⁶ S. van Keulen, *Opinie met betrekking tot de fiscale behandeling van deelnemingsrente*, Brief aan Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en aan de Staatssecretaris van Financiën van 17 juni 2011.

¹⁰⁷ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commentaar van de op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwijkingsrichtlijn), 16 februari 2016.

¹⁰⁸ Kamerstukken II, 2017/18, 25 087, nr. 197.

¹⁰⁹ Redactie NTFR, 'Kabinet raadt motie af om woningcorporaties te ontzien bij earningsstrippingsmaatregel', *NTFR* 2018/930.

¹¹⁰ Brief van het Ministerie van Financiën van 9 april 2018, nr. 2018-0000053962.

Ook in de brief van de Eerste Kamer werden er vragen gesteld over het feit dat de earningsstripping-maatregel geen onderscheid maakt tussen rente die betaald wordt aan groepsmaatschappijen en rente die is betaald aan derden.¹¹¹ Zij stellen voor om bijvoorbeeld een overgangsmaatregel voor derdenleningen in te voeren door een groepsuitzondering (tegenbewijsregeling) toe te passen voor zover het derdenleningen betreffen. Daarnaast stellen zij voor bij deze vorm van financiering een hogere drempel van € 3.000.000 toe te passen. De staatssecretaris geeft aan dat er bewust is gekozen voor het weglaten van een groepsuitzondering; het kabinet wil niet alleen optreden tegen grondslagutholling maar ook streven naar een gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen.¹¹² Wat betreft de keuze voor een drempel van € 1.000.000 wordt hetzelfde argument aangedragen; een drempel van € 1.000.000 beperkt de belastingvoordelen voor vreemd vermogen en bevordert het ondernemen met eigen vermogen.¹¹³

Mijn inziens dient er wel een tegenbewijsregeling opgenomen te worden. Ondernemingen die niet het oogmerk hebben belasting te ontwijken zouden niet door de earningsstripping-maatregel geraakt moeten worden. Het invoeren van de twee voorgestelde groep escapes zou een stap in de goede richting zijn. Echter zijn deze tegenbewijsregelingen mijn ogen niet voldoende, omdat ook onder deze regelingen reële rente wordt getroffen. In art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB is ook een tegenbewijsregeling opgenomen. Een soortgelijke regeling zou opgenomen kunnen worden in art. 15b Wet VPB, zodat belastingplichtigen kunnen aantonen dat zowel aan de lening als de rechtshandeling zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Mocht deze tegenbewijsregeling praktisch niet uitvoerbaar zijn, kan er ook gekozen worden voor de tegenbewijsregeling uit art. 10a lid 3 onderdeel b Wet Vpb. Het is dan aan de belastingplichtige om aan te tonen dat er compenserende heffing heeft plaats gevonden.

Eenvoud en uitvoerbaarheid

De huidige specifieke renteaftrekbepalingen zijn erg complex en hierdoor voor zowel belastingplichtigen als de overheid lastig uit te voeren. Ik zal nagaan of de earningsstripping-maatregel leidt tot een eenvoudig(er) systeem en goede uitvoerbaarheid.

De earningsstripping-maatregel is relatief eenvoudig. De maatregel sluit aan bij de EBITDA en het saldo van de te betalen en te ontvangen rente. Deze gegevens zijn meestal uit de (fiscale) jaarrekening af te leiden.¹¹⁴

¹¹¹ Kamerstukken I, 2017/18, 34 785, J.

¹¹² Brief van het Ministerie van Financiën van 9 mei 2018, nr. 2018-0000068704.

¹¹³ Brief van het Ministerie van Financiën van 9 mei 2018, nr. 2018-0000068704.

¹¹⁴ Mr. drs. M.G.H. van der Kroon en dr. J. van Strien, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?' *NTFR* 2011/61.

De tegenbewijsregelingen, de eigen vermogen-uitzondering en de EBITDA-uitzondering, zijn in de praktijk echter erg complex.¹¹⁵ In Nederland zullen deze regelingen niet worden ingevoerd. Dit komt de eenvoud en ook met name de uitvoerbaarheid van de regeling ten goede.¹¹⁶ Echter, ter bevordering van de doelmatigheid van de regeling acht ik het noodzakelijk dat er een tegenbewijsregeling ingevoerd zal worden. Hoewel ik een andere tegenbewijsregeling bepleit dan de tegenbewijsregelingen in de ATAD1, zal de earningsstripping-maatregel complexer worden.

De regering lijkt vooralsnog niet te kiezen voor een overgangsregeling voor de rente op oude leningen. Mochten zij hier in het definitieve voorstel wel voorkiezen, dan zou dit de uitvoerbaarheid van de regeling niet bevorderen. De overgangsregeling voegt enkel complexiteit toe.¹¹⁷ Mocht er alsnog gekozen worden voor de overgangsregeling, dan bepleit de NOB voor een facultatieve regeling. Een facultatieve regeling verdient de voorkeur omdat er geen verplichting bestaat om het oude systeem nog toe te passen op oude leningen. Ik sluit me aan bij hun opvatting.

In Nederland wordt vooralsnog gekozen voor een drempel van € 1.000.000. Een lagere drempel houdt in dat meer ondernemingen geraakt zullen worden door de maatregel. Indien meer ondernemingen worden geraakt, leidt dit tot hogere uitvoerlasten voor de overheid en het bedrijfsleven.¹¹⁸ In deze paragraaf bepleit ik dat een drempel van € 3.000.000 gekozen zou moeten worden. Mocht hiervoor gekozen worden, zouden ook de uitvoeringslasten voor de overheid en bedrijfsleven afnemen.

Onderlinge afstemming

Onderlinge afstemming van wetten is ontzettend belangrijk ter voorkoming van inconsistenties en fricties bij lagere regelgevers. Het is daarom van belang dat de earningsstripping-maatregel is afgestemd op ons rechtstelsel en het internationale stelsel.

Bij het oude stelsel was onderlinge afstemming zeer belangrijk gezien er veel specifieke renteaftrekbeperkingen naast elkaar bestonden. De earningsstripping-maatregel is een generieke aftrekbeperking en dit houdt dus in dat de maatregel in beginsel niet afgestemd hoeft te worden op andere renteaftrekbeperkingen. In Nederland wordt er, vooralsnog, voor gekozen om art. 10a Wet Vpb naast de earningsstripping-maatregel te laten bestaan. Er dienen hiervoor geen complexe

¹¹⁵ Prof. Dr. S.A Stevens, 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2017/150.4.

¹¹⁶ Rapport van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei van 6 juli 2016.

¹¹⁷ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetvoorstellen, Reactie van de Commissie Wetvoorstellen van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs op internetconsultatie implementatie ATAD1, 21 augustus 2017.

¹¹⁸ Rapport van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei van 6 juli 2016.

anticumulatiebepalingen opgenomen te worden¹¹⁹; 10a Wet Vpb kan probleemloos naast de earningsstripping-maatregel blijven bestaan.

Mocht er in het uiteindelijke wetsvoorstel voor worden gekozen om andere renteaftrekbeperkingen naast de earningsstripping-maatregel te laten bestaan, dan verdient de samenloop van de earningsstripping-maatregel en art. 15ad Wet Vpb aandacht. In dit geval zouden er eventueel wel anticumulatiebepalingen opgenomen dienen te worden. Indien een bedrag op basis van art. 15ad Wet Vpb wordt voortgewenteld, dient het een jaar later aan zowel 15ad als 15b Wet Vpb getoetst worden. De ATAD1 staat immers niet toe om het in een later jaar in aanmerking te nemen zonder de toepassing van art. 15b Wet Vpb. Het voortwentelen zonder toepassing van art. 15b Wet Vpb verdient echter wel de voorkeur.¹²⁰

Op internationaal gebied is de keuze voor een earningsstripping-maatregel een goede keuze. Binnen de Europese Unie dient elk land de maatregel te implementeren. Dit betekent dat de winstbelasting wordt geharmoniseerd en verscheidenheid wordt beperkt.

Economische realiteit

Een belangrijke reden voor het ontmoedigen van financiering met vreemd vermogen is het weerbaarder maken van bedrijven. Daarnaast zou het gezondere economische verhoudingen opleveren.¹²¹ Dit doel wordt niet volledig bereikt met het invoeren van de earningsstripping-maatregel. De earningsstripping-maatregel leidt op korte termijn tot minder liquiditeit, aangezien bedrijven bijvoorbeeld zullen afzien van beschikbare leningen.¹²²

Het grootste nadeel van de earningsstripping-maatregel is het procyclische effect van de maatregel. De earningsstripping-maatregel sluit aan bij de winst. Hoe meer winst er wordt gemaakt, hoe meer ruimte er bestaat voor renteaftrek. In jaren waar het economisch slechter gaat met een onderneming, zal er minder winst worden gemaakt. Dit houdt in dat er ook minder aftrekbare renteruimte is en een onderneming eerder getroffen zal worden door de earningsstripping-maatregel. Als een onderneming commercieel verlies draait kan het dus voorkomen dat er fiscaal winst wordt gemaakt - en er dus

¹¹⁹ Prof. Dr. J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19.

¹²⁰ De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetvoorstellen, Reactie van de Commissie Wetvoorstellen van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs op internetconsultatie implementatie ATAD1, 21 augustus 2017.

¹²¹ Bijlage bij brief van het Ministerie van Financiën van 28 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

¹²² Archipel Tax Advice, Kabinet wil verplichte nieuwe renteaftrekbeperking strenger invullen dan de EU-norm. Waarom? Is dit wel een goed idee?, 7 maart 2018.

vennootschapsbelasting verschuldigd is.¹²³ Dit tast de stabiliteit en weerbaarheid van een onderneming enkel aan.

Om het procyclische effect enigszins te verzachten kan er gebruik worden gemaakt van de voorwentelingsmogelijkheid. Echter kan rente ook voor een deel definitief verloren gaan, bijvoorbeeld na aandeelhouderswijziging. Daarnaast wordt er vooralsnog niet voorzien in een verrekenmogelijkheid met voorgaande jaren. Gezien de procyclische uitwerking van de maatregel zou een ruimere verreken- en vooruitwentelingsmogelijkheid geschikter zijn.¹²⁴

Er wordt door de regering gekozen voor een drempel van €1.000.000. Indien veel andere EU lidstaten wel kiezen voor de drempel van €3.000.000, zal dit leiden tot een verslechtering van het investeringsklimaat.¹²⁵ Kleinschalige bedrijven die onder de drempel van €3.000.000 zitten, maar boven de drempel van €1.000.000, zullen zich eerder vestigen in een land met de drempel van €3.000.000. Daarnaast is een drempel van €3.000.000 gepaster gezien de procyclische uitwerking van de earningsstripping-maatregel. Om deze reden is destijds ook in Duitsland gekozen voor het ophogen van de drempel van €1.000.000 naar €3.000.000.¹²⁶ Er werden meer ondernemingen getroffen door de maatregel dan was voorzien. Uiteindelijk is de drempel opgehoogd en werden getroffen ondernemingen alsnog ontzien.

Een ander belangrijk nadeel ten aanzien van de aansluiting bij de economische realiteit is de economische dubbele heffing die de earningsstripping-maatregel met zich meebrengt. Deze dubbele heffing kan zowel in nationaal als internationaal verband ontstaan.¹²⁷ De renteaftrek wordt immers beperkt indien het saldo van de rentelasten meer bedraagt dan 30% van de EBITDA. Bij de ontvanger wordt de rente echter wel volledig belast. Er wordt nu niet gekozen voor een tegenbewijsmogelijkheid, met als gevolg dat er niet aangesloten wordt bij de economische realiteit. Met name bij derdenverhoudingen zal de invoering van een tegenbewijsmogelijkheid mogelijk leiden tot uitvoeringsproblematiek.¹²⁸ Desondanks ben ik van mening dat een evenwichtig belastingsysteem zwaarder weegt dan het voorkomen van uitvoeringsproblematiek.

¹²³ Drs. F.J. Elswier en dr. J. van Strien, 'De Duitse earningsstrippingmaatregel; een (goede) optie voor Nederland?', *WFR* 2012/182.

¹²⁴ Prof. Dr. J. van Strien, 'Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1', *WFR* 2018/19.

¹²⁵ Archipel Tax Advice, Kabinet wil verplichte nieuwe renteaftrekbeperking strenger invullen dan de EU-norm. Waarom? Is dit wel een goed idee?, 7 maart 2018.

¹²⁶ K. Blaufus en D. Lorenz, 'Wem droht die Zinsschranke? Eine empirische Untersuchung zur Identifikation der Einflussfaktoren', *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 2009/79.

¹²⁷ Mr. drs. M.G.H. van der Kroon en dr. J. van Strien, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?' *NtFR* 2011/614.

¹²⁸ Mr. drs. M.G.H. van der Kroon en dr. J. van Strien, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?' *NtFR* 2011/614.

De earningsstripping-maatregel heeft ook positieve effecten. De maatregel zou de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen verkleinen; de schuldscheefheid zal afnemen. Dit zal leiden tot lagere faillissementskansen en meer investeringen waarvoor financiering met eigen vermogen de aangewezen financieringsvorm is.¹²⁹

Een ander voordeel van de earningsstripping-maatregel is de opvulling van het goodwillgat. De earningsstripping-maatregel sluit aan bij de winst; door het loslaten van de verhouding eigen en vreemd vermogen wordt het goodwillgat opgevuld.¹³⁰

Vanuit het oogpunt van economische efficiëntie speelt neutraliteit een belangrijke rol.¹³¹ Neutraliteit leidt immers tot minder economische verstoringen. Een belangrijke vorm van neutraliteit is de neutraliteit tussen eigen en vreemd vermogen. De keuze omtrent de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen zou zo min mogelijk beïnvloed moeten worden door fiscale verschillen. Een algemene renteaftrekbepaling zou ertoe kunnen leiden dat deze neutraliteit wordt bereikt.¹³² De earningsstripping-maatregel is dus op het gebied van neutraliteit een zeer geschikte maatregel.

Overeenstemming met Europees recht

De earningsstripping-maatregel dient in overeenstemming te zijn met Europees recht. Het Europese recht omvat verschillende vrijheden die niet geschonden dienen te worden. Enkel in uitzonderlijke gevallen bestaat er een rechtvaardigingsgrond voor het schenden van een vrijheid. Daarnaast mag de earningsstripping-maatregel niet in strijd zijn met uitspraken die op Europees niveau zijn gedaan.

De earningsstripping-maatregel is enkel van toepassing op groepen. Voor het begrip wordt aangesloten bij art. 2:24b BW. Een fiscale eenheid is geen groep onder de toepassing van art. 15b Wet VPB juncto art. 2:24b BW. Dit houdt in dat de earningsstripping-maatregel niet van toepassing is op vennootschappen die zich in Nederland hebben gevestigd en gezamenlijk een fiscale eenheid vormen. Zoals de Jager al aangaf in de Sinterklaasbrief¹³³, valt het te betwijfelen of dit in overeenstemming is met Europees recht.

In 2010 werd in het arrest X-Holding¹³⁴ geoordeeld dat het fiscale-eenheidsregime in Nederland in overeenstemming is met het EU-recht. Het ging in dit arrest om een in Nederland gevestigde

¹²⁹ Rapport van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei van juli 2016.

¹³⁰ Het fiscale eigen vermogen van een moedermaatschappij wordt door voeging met het fiscale eigen vermogen van de dochtermaatschappij in een fiscale eenheid opgeteld. De goodwill wordt echter niet onder eigen vermogen geschaard, omdat de goodwill niet op de balans van de moeder komt te staan.

¹³¹ Prof. Dr. Q.W.J.C.H Kok, 'Ondernemingsfinanciering in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/07/-8-02.

¹³² Prof. Dr. Q.W.J.C.H Kok, 'Ondernemingsfinanciering in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/07/-8-02.

¹³³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB/2009/674 M.

¹³⁴ HvJ EG 25 februari 2010, C-337/08, (X Holding).

moedervernootschap met een dochtervernootschap in België. De vraag was of een grensoverschrijdende fiscale eenheid geweigerd mag worden, als ingezetenen wel toegang hebben tot de fiscale eenheid. Volgens de HvJ EU vormde dit geen belemmering voor de vrijheid van vestiging. Op basis van dit arrest zouden er dus geen bezwaren moeten zijn voor het feit dat de earningsstripping-maatregel niet geldt voor de fiscale eenheid.

In de zaak Group Steria¹³⁵ werd geoordeeld dat het Franse fiscale eenheidsregime een inbreuk vormt op de vrijheid van vestiging. In de zaak waren verschillende deelnemingen van een Franse dochtermaatschappij gevestigd in een andere EU-lidstaat. Het was om deze reden voor de Franse moedermaatschappij niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen. Hierdoor kon de moeder geen gebruik maken van de volledige vrijstelling op uitkering van dividend vanuit deze deelnemingen. Bij een volledige binnenlandse situatie had zij wel gebruik kunnen maken van de 100% vrijstelling. Het Hof schrijft een per elementbenadering voor: er dient per voordeel bekeken te worden of het in strijd is met het EU-recht om dit voordeel enkel toe te kennen aan de fiscale eenheid en grensoverschrijdende situaties hierbij uit te sluiten. Met de uitspraken in dit arrest werd ook het fiscale-eenheidsregime in Nederland op scherp gezet.

Het HvJ EU heeft zich op 22 februari uitgelaten over de per elementbenadering in Nederland.¹³⁶ Na aanleiding van het arrest op 8 juli 2016¹³⁷ werd door de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag aan het Hof gesteld¹³⁸: ‘Moeten de artikelen 43 en 48 EG (thans 49 en 54 VWEU), aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedervernootschap met betrekking tot een geldlening die verband houdt met een kapitaalstorting in een dochtervernootschap in een andere lidstaat, geen aftrek van rente is toegestaan, terwijl die aftrek wel zou kunnen worden genoten als die dochtervernootschap zou zijn opgenomen in een fiscale eenheid – met de kenmerken als die van de Nederlandse fiscale eenheid – met die moedervernootschap omdat alsdan door de consolidatie geen verband met een zodanige kapitaalstorting is waar te nemen?’. Op 25 oktober 2017 heeft de AG Campos Sánchez-Bordona van het HvJ EU uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van het fiscale eenheid begrip in Nederland met de Europese vrijheden.¹³⁹ Het fiscale eenheid-regime werd niet in overeenstemming geacht met de vrijheid van vestiging.

¹³⁵ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, (Groupe Steria).

¹³⁶ HvJ EU 22 februari 2018, C-396/16.

¹³⁷ HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, BNB 2016/233.

¹³⁸ Publicatieblad van de Europese Unie 2016/C 371/05, Zaak C-398/16: Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden (Nederland) op 18 juli 2016 — X BV tegen Staatssecretaris van Financiën.

¹³⁹ HvJ EU 25 oktober 2017, C-398/16 C-399/16 (Concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona).

In afwachting van het oordeel van het HvJ EU kondigde Nederlandse wetgever spoedmaatregelen aan.¹⁴⁰ De maatregelen houden in dat bepaalde dividend- en vennootschapsregelingen toegepast dienen te worden alsof er geen fiscale eenheid is. Op 22 februari 2018 volgde de uitspraak van het HvJ EU waarin zij de conclusie van de AG volgde. Zij acht het Nederlandse fiscale eenheidsregime niet in overeenstemming met de Europese vrijheden.¹⁴¹ De Staatssecretaris van Financiën heeft als reactie hierop de reeds eerder aangekondigde spoedreparatiemaatregelen als wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden. Op 6 juni 2018 is het ‘Wet spoedreparatie fiscale eenheid’ gepubliceerd.¹⁴² Het wetsvoorstel houdt, evenals de spoedmaatregelen, in dat enkele regelingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting toegepast dienen te worden alsof er geen fiscale eenheid is. De earningsstripping-maatregel wordt in het voorstel niet vermeld. Het is echter zeer waarschijnlijk dat de maatregelen ook voor art. 15b Wet Vpb gaat gelden.¹⁴³ Aannemende dat de spoedmaatregelen ook voor art. 15b Vpb gaat gelden, zie ik geen EU-rechtelijke bezwaren op dit punt.

Verder biedt de ATAD1 een escape wat betreft het toepassingsbereik van de earningsstripping-maatregel.¹⁴⁴ Er wordt een mogelijkheid geboden om de earningsstripping-maatregel van toepassing te verklaren op het niveau van de fiscale eenheid. Voor op de lange termijn is het aan de wetgever om het begrip de fiscale eenheid in art. 15 Wet Vpb zodanig aan te passen dat het in overeenstemming met Europees recht is. Er bestaan verschillende alternatieven voor het huidige fiscale eenheid-regime. Omwille van de omvang van de discussie omtrent het toekomstige fiscale eenheid-regime zal dit onderwerp in deze scriptie buiten beschouwing blijven.

4.4 Samenvatting en tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de earningsstripping-maatregel beschreven op zowel Europees als nationaal niveau. Het kabinet wijkt op bepaalde onderdelen af van de ATAD1. Er wordt gekozen voor een drempel van € 1.000.000 in plaats van een drempel van € 3.000.000. Daarnaast wordt er geen tegenbewijsregeling in art. 15b Wet Vpb opgenomen. Ten slotte kiest het kabinet voor de optie om het niet-aftekbare overschot aan rentelasten onbeperkt te laten voortwentelen.

Toetsend aan het gelijkheidsbeginsel scoort de earningsstripping-maatregel twijfelachtig. Door de keuze voor een drempel van € 1.000.000 worden zowel kleine als grotere bedrijven geraakt door de maatregel. Dit zou geen strijd op moeten leveren met het gelijkheidsbeginsel. Echter, door het achterwege laten van de groepsuitzonderingen zullen met name grote bedrijven geraakt worden. Ook

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34 323, nr. 20.

¹⁴¹ HvJ EU 22 februari 2018, C-396/16.

¹⁴² Brief van het Ministerie van Financiën van 6 juni 2018, nr. 2018-0000082348.

¹⁴³ Prof. Dr. J. van Strien, ‘Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1’, *WFR* 2018/19.

¹⁴⁴ Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 11-07-2016, V-N 2016/37.3.

is de earningsstripping-maatregel niet van toepassing op ondernemingen die geen deel uitmaken van een groep. In hoeverre dit in strijd zal zijn met het gelijkheidsbeginsel is nog onzeker.

Op het gebied van rechtszekerheid scoort de earningsstripping-maatregel matig. De renteaftrek hangt af van de winst en is dus pas na afloop van een boekjaar duidelijk. Dit biedt erg veel onzekerheid. Daartegenover zou de maatregel meer formele rechtszekerheid kunnen bieden door de relatieve eenvoud van de maatregel.

Toetsend aan het draagkrachtsbeginsel scoort de earningsstripping-maatregel erg matig. De maatregel raakt immers ook ondernemingen die niet het oogmerk hebben belasting te ontgaan. Deze ondernemingen kunnen vervolgens de rente die hun draagkracht vermindert niet aftrekken.

De earningsstripping-maatregel scoort matig op het gebied van doeltreffendheid en doelmatigheid. Voor 30% van de winst blijft het nog mogelijk om de Nederlandse grondslag uit te hollen. Daarnaast bestaat de kans dat bedrijven die onder de drempel van € 1.000.000 zitten, deze drempel gaan opzoeken. De maatregel werkt echter wel effectief tegen het Bosal-gat. De earningsstripping-maatregel acht ik niet proportioneel. Door de lage drempel van € 1.000.000 zal het MKB niet worden ontzien. Daarnaast worden ook externe leningen waarbij geen misbruik situatie bestaat geraakt door de earningsstripping-maatregel.

Gelet op de eenvoud en uitvoerbaarheid van de earningsstripping-maatregel acht ik deze geslaagd. De earningsstripping-maatregel is relatief eenvoudig vergeleken met het huidige systeem van renteaftrekbeperkingen. Het kabinet kiest daarnaast niet voor een aparte regeling voor banken of de overgangsregeling, wat de eenvoud ten goede komt. Het opnemen van een tegenbewijsregeling kan de regeling complexer maken. Ten slotte valt op te merken dat bij een drempel van € 3.000.000 de uitvoeringslasten van de maatregel zullen afnemen.

De earningsstripping-maatregel is goed afgestemd op ons rechtstelsel en het internationale stelsel. Ik voorzie geen problemen bij het voortbestaan van art. 10a Wet Vpb naast de earningsstripping-maatregel. Daarnaast betekent de invoering van de earningsstripping-maatregel dat de winstbelasting op internationaal vlak wordt geharmoniseerd en verscheidenheid wordt beperkt.

De earningsstripping-maatregel acht ik grotendeels niet in overeenstemming met de economische realiteit. De maatregel heeft een groot procyclisch effect vanwege de aansluiting bij de winst. De keuze voor een drempel van € 1.000.000 zal leiden tot een verslechtering van het investeringsklimaat. Kleinschalige bedrijven zullen zich vestigen in landen met een drempel van € 3.000.000. Daarnaast leidt de earningsstripping-maatregel tot economisch dubbele belasting. De positieve effecten van de

earningsstripping-maatregel voor de economie zijn de verkleining van de schuldscheefheid, het dichten van het goodwillgat en het bereiken van neutraliteit. De positieve effecten van de maatregel wegen niet op tegen de negatieve effecten ten aanzien van de economische realiteit.

Ik acht de earningsstripping-maatregel in overeenstemming met het Europese recht. Het wetsvoorstel betreffende de spoedreparatie van de fiscale eenheid leidt tot de toepassing van renteaftrekbeperkingen alsof er geen fiscale eenheid is. Ik voorzie dat deze maatregelen ook van toepassing verklaard worden op de earningsstripping-maatregel. Daarnaast biedt de ATAD1 een escape wat betreft het toepassingsbereik van de maatregel.

In dit hoofdstuk heb ik verschillende aanpassingen van de earningsstripping-maatregel aanbevolen. Ik pleit voor een grotere verrekenmogelijkheid, zodat de maatregel overeenstemt met het draagkrachtsbeginsel en verliesverdamping wordt voorkomen. Ook zal een ruimere verrekenmogelijkheid het procyclische effect van de earningsstripping-maatregel enigszins verzachten. Daarnaast dient de drempel naar € 3.000.000 opgehoogd te worden; het MKB wordt zo meer ontzien en het bevordert ons investeringsklimaat. Ten slotte dienen er tegenbewijsregeling(en) opgenomen te worden. Bedrijven die extern financieren zonder dat er sprake is van een misbruiksituatie, dienen dit aan te kunnen tonen. Een tegenbewijsmogelijkheid dient ter voorkoming van dubbele economische belasting.

Hoofdstuk 5 Het alternatief voor de earningsstripping-maatregel

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de bespreking en toetsing van de thincapregeling 2.0 centraal. Ik heb gekozen voor een thincapregeling 2.0 als alternatief voor de earningsstripping-maatregel. In de literatuur wordt de thincapregeling 2.0 vaker als alternatief voor de huidige wetgeving voorgesteld. Daarnaast zijn er auteurs die van mening zijn dat regeling nooit afgeschaft had moeten worden. De thincapregeling uit art. 10d Wet Vpb (oud) heeft tot 2013 deel uitgemaakt van de Nederlandse wetgeving. Een thincapregeling 2.0 zal dus geen onbekend terrein vormen voor zowel de regering als het bedrijfsleven. Dit vereenvoudigt mijns inziens een (eventuele) herinvoering.

In het eerste deel wordt de thincapregeling uit art. 10d Wet Vpb (oud) besproken. In paragraaf 5.2 wordt totstandkoming van deze regeling geschetst en vervolgens worden de knelpunten besproken.

In het tweede deel bespreek ik de thincapregeling 2.0. In paragraaf 5.3 zal ik eerst de vormgeving van de regeling uiteenzetten. Vervolgens toets ik de thincapregeling 2.0 aan het toetsingskader dat ik in hoofdstuk 2 heb opgesteld.

Ik sluit het hoofdstuk af met een samenvatting en tussenconclusie in paragraaf 5.4.

5.2 Art. 10d Wet Vpb (oud), de thincapregeling

5.2.1 Parlementaire geschiedenis

De thincapregeling kreeg met ingang van 2004 een plek in art. 10d Wet Vpb (oud). De thincapregeling werd om twee redenen ingevoerd. Ten eerste diende de regeling de aftrekbaarheid van deelnemingskosten te beperken. Zonder invoering van art. 10d Wet Vpb (oud) zou het anders mogelijk zijn kosten van buitenlandse deelnemingen massaal ten laste te brengen van de Nederlandse grondslag. Daarnaast werd de regeling vanuit budgettaire overwegingen ingevoerd na de aanpassing van art. 13 lid 1 Wet Vpb (oud).¹⁴⁵

Het HvJ EU sprak zich in 2003 uit over de aftrekbaarheid van deelnemingsrente die samenhangt met een deelneming in het buitenland.¹⁴⁶ In de zaak was de belanghebbende de Nederlandse holding Bosal Holding BV. Bosal verrichtte houdster-, financierings- en licentie/royaltyactiviteiten en was belastingplichtig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Bosal maakte verschillende kosten

¹⁴⁵ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.6.A.a.

¹⁴⁶ HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, (Bosal).

voor haar deelnemingen in vennootschappen. Deze vennootschappen waren gevestigd in negen andere lidstaten. Bosal trok deze kosten af van haar eigen winst. De inspecteur weigerde deze aftrek toe te staan. In Nederland gold toen nog de regel waarin vennootschappen het recht verkregen kosten die verband houden met een deelneming van hun winst af te trekken, enkel indien deze kosten middellijk dienstbaar waren aan in Nederland belaste winst. Het HvJ EU oordeelde dat dit een belemmering vormde en dus in strijd was met het gemeenschapsrecht. Een moedervernootschap zou er op deze manier van worden weerhouden om haar activiteiten uit te oefenen via een dochtervennootschap gevestigd in een andere lidstaat. Dochterondernemingen in een andere lidstaat behalen immers, over het algemeen, geen winst die in Nederland belast is. Het ministerie van Financiën voerde aan dat aftrek geweigerd moest worden omdat het noodzakelijk zou zijn de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. Dit werd door het HvJ EU verworpen; er bestond geen rechtstreeks verband tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing.

Als gevolg van dit arrest diende de deelnemersvrijstelling aangepast te worden. Buitenlandse kosten van deelnemingen mochten nu immers ook aftrokken worden van de Nederlandse winst. De budgettaire gevolgen van deze uitspraak zouden erg groot zijn volgens de wetgever.¹⁴⁷ Immers, concerns zouden nu een groot deel van het vreemd vermogen in Nederland alloceren zodat deze rente in aftrek gebracht kan worden van de Nederlandse winst. Om deze reden besloot de wetgever per 1 januari 2004 een thincapregeling in te voeren; art. 10d Wet Vpb (oud) moest excessieve renteaftrek als gevolg van onderkapitalisatie van groepsvennootschappen voorkomen.

5.2.2 Vormgeving

De thincapregeling kreeg in 2004 in plek in art. 10d Wet Vpb (oud). De regel diende, zoals reeds vermeld, ter voorkoming van bovenmatige financiering met vreemd vermogen. Indien een deelneming met te veel vreemd vermogen wordt gefinancierd, is het deel van de rente dat boven de ratio uitkomt niet aftrekbaar. Het gedeelte van de rente dat niet in aftrek komt is dat gedeelte dat evenredig is aan de verhouding tussen het teveel aan vreemd vermogen en het gemiddeld vreemd vermogen.

In lid 2 van art. 10d Wet Vpb (oud) wordt het toepassingsbereik van het artikel bepaald. De thincapregeling is enkel van toepassing op belastingplichtigen die met andere lichamen in een groep zijn verbonden in de zin van art. 2:24b BW. De wetgever week hier dus af van het begrip ‘verbonden persoon’, wat onder andere in art. 10a Wet Vpb wordt gebruikt. Art. 10d Wet Vpb (oud) is ook van toepassing op Nederlandse belastingplichtigen die deel uitmaken van een buitenlandse groep.

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8.

Vervolgens wordt in lid 3 van art. 10d Wet Vpb (oud) een maximum gegeven aan de niet aftrekbaarheid van de rente. Het doel van art. 10d Wet Vpb (oud) is het treffen van de belastingplichtige die deel uitmaakt van een concern en daarnaast zijn belastinggrondslag tracht uit te hollen. Deelnemingen die onderling geld uitlenen, en waarbij er dus geen uitholling plaats vindt, dienen niet of in mindere mate getroffen te worden door de thincapregeling. Het bedrag van de rente dat niet in aftrek genomen kan worden is derhalve ten hoogste het bedrag aan rente van geldleningen verschuldigd aan de met het belastingplichtige verbonden lichamen, verminderd met het bedrag aan rente terzake van geldleningen verstrekt aan zodanige lichamen.

Om vast te stellen of er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen zijn er twee toetsen beschikbaar: de vaste toets en de concerntoets. De vaste toets is opgenomen in lid 4 van art. 10d Wet Vpb (oud). Bij de vaste toets wordt het teveel aan vreemd vermogen vastgesteld aan de hand van een ratio. De maximale verhouding tussen vreemd en eigen vermogen is 3:1; alles wat hierboven zit komt niet in aanmerking voor aftrek. Daarnaast geldt er franchise van € 500.000. Deze franchise is ingevoerd om met name het MKB te ontzien voor toepassing van de thincapregeling.¹⁴⁸

Onder vreemd vermogen wordt verstaan het saldo van uitstaande en verschuldigde leningen. Zowel geldleningen van derden als van groepsmaatschappijen worden in aanmerking genomen. In lid 7 van art. 10d Wet Vpb (oud) wordt de definitie van een geldlening vastgesteld. Er is sprake van een lening indien de rente van deze lening op de fiscale winst in aftrek genomen kan worden. Dit houdt dus in dat leningen die worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen niet worden gerekend tot het vreemd vermogen.

Er is bij overschrijding van de vaste ratio geen tegenbewijsmogelijkheid. In bepaalde gevallen verkrijgt een belastingplichtige een lening binnen de groep die onder dezelfde omstandigheden ook door een derde verstrekt had kunnen worden. Bij derdenleningen vindt art. 10d Wet Vpb (oud) geen toepassing. De tegenbewijsregeling ontbrak omwille van de moeilijke uitvoerbaarheid en vanwege de onzekerheid die het veroorzaakt voor belastingplichtigen.¹⁴⁹

In lid 5 en 6 art. 10d Wet Vpb (oud) krijgt de concerntoets vorm. In principe is de vaste toets de standaardtoets, maar een belastingplichtige mag opteren voor de concerntoets. Deze toets houdt in dat het teveel aan vreemd vermogen wordt beoordeeld door het maken van een vergelijking van de ratio vreemd en eigen vermogen van zowel de belastingplichtige als het concern waar de belastingplichtige deel van uitmaakt. Een belastingplichtige kan elk jaar opnieuw kiezen voor de concerntoets. De

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr.8.

¹⁴⁹ Kamerstukken 2003/04, 29 210, nr.25.

concerntoets is in de wet opgenomen omdat deze in bepaalde gevallen beter aansluit bij de economische realiteit.¹⁵⁰

De concerntoets sluit, in tegenstelling tot de vaste toets, aan bij de commerciële balans.¹⁵¹ Dit houdt in dat voor de berekening van het vreemd en eigen vermogen een optelsom gemaakt dient te worden waarbij alle posten aan de passiva kant bij elkaar worden opgeteld. De ratio wordt vervolgens berekend door het gemiddelde vreemd vermogen te delen door het gemiddelde eigen vermogen van het groepsconcern.

5.2.3 Knelpunten

De thincapregeling werd met ingang van 2013 weer afgeschaft. De afschaffing werd in het belastingplan 2013¹⁵² toegelicht. De regeling zou niet goed passen bij andere aftrekbeperkingen in de Wet Vpb. Ook was gebleken dat de regeling het MKB raakt. Voor deze belastingplichtigen was de thincapregeling niet bedoeld.

Een groot nadeel van de thincapregeling is het goodwillgat. Goodwill is de prijs die wordt betaald bovenop de waarde van het vermogen van een vennootschap. Het is hiermee een indicatie van de winstgevendheid van de overgenomen vennootschap.¹⁵³ Het bedrijf dat overneemt kan echter aanlopen tegen het goodwillgat.¹⁵⁴ De kostprijs van de aandelen van het overgenomen bedrijf kan een stuk hoger liggen dan het fiscaal eigen vermogen van dit bedrijf omdat de goodwill niet onder eigen vermogen wordt geschaard. De goodwill die besloten ligt in de aankoopprijs van de overgenomen vennootschap verdwijnt als het ware en wordt afgeboekt van het eigen vermogen van overnemende vennootschap. De fiscale verhouding van het vreemd en eigen vermogen komt dan dus heel anders te liggen dan de commerciële werkelijkheid. Dit kan als gevolg hebben dat de ratio vreemd en eigen vermogen wordt overschreden. Destijds is door de staatssecretaris besloten om geen tegemoetkoming op te nemen in de wet voor deze gevallen.¹⁵⁵

Een ander nadeel is het feit dat de thincapregeling tot dubbele belasting leidt.¹⁵⁶ De renteaftrek wordt immers beperkt indien de ratio wordt overschreden, maar de rentebaten worden wel belast. Er geldt ook geen tegenbewijsregeling om de dubbele belasting te voorkomen. Met een tegenbewijsregeling

¹⁵⁰ Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.6.A.b.

¹⁵¹ Kamerstukken 2003/04 II, 29 210, nr.8.

¹⁵² Kamerstukken 2012/2013 II, 33 402.

¹⁵³ Prof. Dr. P.H.J Essers en prof. Dr. J. Gooijer, *Vennootschapsbelasting, Fiscaal commentaar*, Kluwer Deventer 2008.

¹⁵⁴ Prof. Dr. P.H.J Essers en prof. Dr. J. Gooijer, *Vennootschapsbelasting, Fiscaal commentaar*, Kluwer Deventer 2008.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 210.

¹⁵⁶ Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

kan de belastingplichtige aantonen dat er zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de lening.

Ten slotte is er veel kritiek geleverd op de franchise van € 500.000. Deze is te laag, waardoor het MKB niet wordt ontzien. Daarnaast leidt een hogere drempel tot lastenvermindering.¹⁵⁷

5.3 De thincapregeling 2.0

5.3.1 Vormgeving

De thincapregeling 2.0 is een verbeterde versie van de thincapregeling uit art. 10d Wet Vpb (oud). De voormalige thincapregeling en haar gebreken zijn door verschillende auteurs in besproken. Ik heb de thincapregeling 2.0 op zowel de oude regeling als de literatuur van deze auteurs gebaseerd. De thincapregeling 2.0 is evenals de oude thincapregeling een regeling die dient ter voorkoming van bovenmatige financiering met vreemd vermogen. Indien een deelneming te veel financiert met vreemd vermogen, is het deel van de rente dat boven de ratio uitkomt niet aftrekbaar. Om vast te stellen of er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen zijn er twee toetsen beschikbaar; de vaste toets en de concerntoets.

Er zullen echter enkele aanpassingen gemaakt moeten worden om een goede functionerende maatregel te kunnen vormen. Wat betreft de aanpassingen sluit ik mij grotendeels aan bij de visie van prof.dr. J.A.G van der Geld¹⁵⁸, die van mening is dat er vier aanpassingen aan de oude thincapregeling gemaakt dienen te worden.

Ten eerste dient de franchise volgens van der Geld opgehoogd te worden van € 500.000 naar € 1.000.000 aan rente. De thincapregeling is immers enkel bedoeld om excessieve renteaftrek aan te pakken; een grotere franchise is om deze reden gerechtvaardigd. Ik ben zelf van mening dat de franchise, net zoals de drempel bij de earningsstripping-maatregel, opgehoogd dient te worden naar € 3.000.000. Een drempel van € 1.000.000 is te laag om het MKB te ontzien. Het ophogen van de franchise tot € 3.000.000 of hoger wordt ook in de literatuur aanbevolen.¹⁵⁹

Daarnaast dient de beperking tot groepsschulden (ofwel groepsrente) te komen vervallen. De thincapregeling 2.0 dient zowel voor groepsrente als derderente te gelden. Doordat de thincapregeling 2.0 ook geldt voor externe schulden, is van der Geld van mening dat de voor extern geldende

¹⁵⁷ Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

¹⁵⁸ Prof. Dr. J.A.G van der Geld, 'Waarom de afgeschafte thincapregeling had moeten worden gehandhaafd (en aangepast)', in: mr. J.W van den Berge, *Met oog voor detail*, SDU 2013.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

overnamebeperking uit art. 15ad Wet Vpb en de deelnemingsaftrekbeperking uit art. 131 Wet Vpb kunnen komen te vervallen.

Vervolgens dient het goodwillgat te worden gerepareerd. Bij het consolideren van de balansen bij overnames vindt een verlaging plaats van het eigen vermogen. Het fiscaal eigen vermogen dient te worden gecorrigeerd bij consolidatie. Een dergelijke reparatie was ook bij het oorspronkelijke voorstel van art. 15ad Wet Vpb opgenomen¹⁶⁰; dit zou dus bij de thincapregeling 2.0 ook mogelijk moeten zijn. Het voorgestelde art. 15ad Wet Vpb bevatte deze correctie in lid 6:

‘Voor de toepassing van het vijfde lid wordt: a. het eigen vermogen verminderd met de boekwaarde van de deelnemingen waarvoor de deelnemingsvrijstelling van toepassing is; b. een fiscale reserve niet als eigen vermogen beschouwd; c. ingeval op het voegingstijdstip het eigen vermogen is afgenomen dan wel toegenomen als gevolg van voeging van een in het eerste lid bedoelde andere maatschappij, in het jaar van voeging en in elk van de negen volgende jaren zolang die maatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid het eigen vermogen verhoogd respectievelijk verlaagd met het bedrag van die afname respectievelijk toename, waarbij die verhoging dan wel die verlaging elk jaar afneemt met 10 percent van dat bedrag; d. het gemiddeld eigen vermogen na toepassing van de onderdelen a, b en c ten minste op nihil gesteld.’

De thincapregeling 2.0 zou eenzelfde soort lid kunnen toevoegen.

Ten slotte zouden schulden waarvan de renteopbrengst voldoende wordt belast niet mee moeten tellen als vreemd vermogen. Dit dient ter voorkoming van dubbele belasting. Het zou niet rechtvaardig zijn een belastingplichtige te belasten over rente waarover al compenserende heffing heeft plaats gevonden. Mijn eigen input aan deze aanpassing van van der Geld is dat het aan de belastingplichtige zelf is om aan te tonen dat er compenserende heffing plaats heeft gevonden. Deze aanpassing krijgt dus vorm aan de hand van een tegenbewijsregeling. Eenzelfde soort regeling kennen we van art. 10a Wet Vpb. In lid 3 onderdeel b is in dit artikel een tegenbewijsregeling opgenomen waarbij het aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat er sprake is van compenserende heffing.

Het MKB wordt met deze aanpassingen ontzien. De thincapregeling 2.0 is immers niet voor hen bedoeld.

Ik ben van mening dat de thincapregeling op nog een onderdeel verbeterd dient te worden. Er dient een aparte verrekenmogelijkheid opgenomen te worden. Dit zou vorm moeten krijgen in een onbeperkte

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 2.

voortwentelingsregeling en een terugwentelingsregeling van drie jaar. In het regeerakkoord wordt besloten dat de termijn voor het voortwentelen van verliezen van negen naar zes jaar gaat.¹⁶¹ Ik vind echter zes jaar verliesverrekening bij de thincapregeling 2.0 niet proportioneel.

Ter illustratie van de werking van de hoofdregel van de thincapregeling 2.0 geef ik een cijfervoorbeeld. In dit cijfervoorbeeld ga ik uit van franchise van € 3.000.000 .

In jaar 1 heeft BV A een lening van € 6.400.000 tegen 5% rente. BV A betaalt dus € 320.000 aan rente. Het gemiddeld fiscaal eigen vermogen bedraagt €400.000. De verhouding is 16:1 (6.400.000/400.000). Het teveel aan vreemd vermogen bij BV A bedraagt 6.400.000 – (3×400.000) – 3.000.000 (franchise) = € 2.200.000. De niet aftrekbare rente bedraagt $2.200.000/6.400.000 \times 320.000$ (rente) = € 110.000.

5.3.2 Beoordeling van de thincapregeling 2.0

Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Ik ga de thincapregeling 2.0 toetsen aan rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en het draagkrachtsbeginsel.

Gelijkheidsbeginsel

De thincapregeling 2.0 werkt voor zowel binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen en ongeacht de binnen- of buitenlandse samenstelling van de groep.¹⁶² Daarnaast geldt de thincapregeling 2.0 zowel voor interne als externe leningen. Ik voorzie tot zover geen strijd met het gelijkheidsbeginsel. In het verleden is er door de Hoge Raad meerdere keren uitspraak gedaan over art. 10d Wet Vpb (oud) en de strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel.

De Hoge Raad oordeelde in 2012 dat de thincapregeling niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁶³ In dit arrest was de belanghebbende een BV die van mening was dat de thincapregeling ertoe leidt dat een houdstervennootschap (die dus alleen gelden inleent) voordeliger wordt behandeld dan een vennootschap die zowel in- als uitleent. In de parlementaire geschiedenis¹⁶⁴ wordt een voorbeeld gegeven waaruit inderdaad blijkt dat een houdstermaatschappij voordeliger wordt behandeld dan een vennootschap die zowel leent als uitleent met een even groot teveel aan vreemd vermogen en een per saldo even groot rentebedrag schuldig is aan verbonden lichamen. Het onderscheid wordt veroorzaakt doordat de breuk moet worden vermenigvuldigd met de bruto verschuldigde rente. Hieruit volgt dan uiteindelijk de niet-aftrekbare rente. De wetgever heeft deze omstandigheid destijds gerechtvaardigd

¹⁶¹ Regeerakkoord VVD-CDA-D66-ChristenUnie van 10 oktober 2017, 'Vertrouwen in de toekomst'.

¹⁶² Rechtbank Haarlem, 22 oktober 2010, nr. 09/00611.

¹⁶³ HR 29 juni 2012, nr. 11/00482, BNB 2012/00482.

¹⁶⁴ Kamerstukken I, 2003/04, 29 210, nr. C.

door te wijzen naar het alternatief; de breuk zou dan met netto verschuldigde rente vermenigvuldigd kunnen worden. Dit alternatief zou echter afbreuk doen aan de werking van thincapregeling.¹⁶⁵

De Hoge Raad ging niet mee in het middel van de belanghebbende. Het begrip ‘rente terzake van geldleningen’ betreft de bruto verschuldigde rente. Art. 10d Wet Vpb is ingevoerd om de renteaftrek te beperken voor gevallen waarbij er bovenmatig gefinancierd wordt met vreemd vermogen. Om deze reden is er een ratio in de wet opgenomen. Houdstermaatschappijen en houdster- en financieringsmaatschappijen anderzijds zijn, gelet op de bedoeling van de wetgever, geen gelijke gevallen. Immers bij bedrijven, die zowel in- als uitlenen, vloeit het hogere bedrag aan vreemd vermogen voort uit de aard van de bedrijfsactiviteit.

De thincapregeling 2.0 bevat een tegenbewijsregeling. Mocht ervoor worden gekozen een thincapregeling in te voeren zonder tegenbewijsregeling, is deze alsnog niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In 2011 kwam de Hoge Raad tot deze conclusie.¹⁶⁶ De belanghebbende in deze zaak was van mening dat de thincapregeling in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Het feit dat art. 10a Wet Vpb, in tegenstelling tot art. 10d Wet Vpb, een tegenbewijsregeling bevatte zou verboden discriminatie zijn.

De Rechtbank oordeelde in eerste instantie dat zowel art. 10d als 10a Wet Vpb beogen winstdrainage en uitholling van de belastinggrondslag tegen te gaan. Beide artikelen bevatten om deze reden regelingen die de aftrek van rentekosten beperkt. De omstandigheden waaronder beide artikelen van toepassing zijn verschillen echter; er is dus geen sprake van gelijke gevallen die ongelijk behandeld worden.

De Hoge Raad oordeelde dat *‘de omstandigheid dat de situatie waarin een bepaalde belastingplichtige verkeert, zowel onder artikel 10a, lid 1 of lid 2, als onder artikel 10d van de Wet valt, doch onder de ene bepaling is geregeld met een andere uitkomst voor die belastingplichtige dan de uitkomst voor diezelfde belastingplichtige onder de andere bepaling, levert niet een ongelijke behandeling in vorenvermelde zin op’*.

AG Wattel voegt in zijn conclusie toe dat het de belastingplichtige niet zozeer te doen was om het verschil in behandeling, maar met name om het überhaupt ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid. AG Wattel vindt dit weinig getuigen van sympathieke wetgeving; een tegenbewijsregeling binnen de thincapregeling is op zijn plaats.

¹⁶⁵ Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 25.

¹⁶⁶ HR 7 januari 2011, nr. 09/04375, BNB 2011/163.

Rechtszekerheid

Bij de thincapregeling 2.0 kan de belastingplichtige vrij goed voorspellen welk deel van de rente in aanmerking komt voor aftrek.¹⁶⁷ De thincapregeling 2.0 sluit immers aan bij de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen. Bedrijven hebben zelf in de hand hoeveel vreemd vermogen zij aantrekken en kunnen dus ook zelf voorspellen hoe veel rente er (ongeveer) afgetrokken kan worden. Daarnaast is, net zoals bij de earningsstripping-maatregel, een generieke renteaftrekbeperking relatief eenvoudig. Dit leidt tot meer formele rechtszekerheid in vergelijking tot specifiekere renteaftrekbeperkingen.

Draagkrachtbeginsel

De thincapregeling 2.0 is in overeenstemming met het draagkrachtsbeginsel. Rente vermindert de draagkracht van een vennootschap. Net zoals bij de earningsstripping-maatregel zou het in strijd zijn met het draagkrachtsbeginsel als rente definitief niet afgetrokken kan worden. Ik ben om deze reden van mening dat het mogelijk moet worden gemaakt om de niet-aftrekbare rente voort- en terug te wentelen. Er moet onbeperkt voortgewenteld kunnen worden en terugwentelen moet tot drie jaar terug kunnen.

Daarnaast zou het in strijd zijn met het draagkrachtsbeginsel als een belastingplichtige twee keer belasting betaalt over hetzelfde bedrag. Ook dit wordt in de thincapregeling 2.0 voorkomen door het invoeren van de tegenbewijsregeling. Rente mag alsnog worden afgetrokken als er compenserende heffing over deze rente heeft plaatsgevonden.

Doeltreffendheid en doelmatigheid

De thincapregeling 2.0 is doelmatig (proportioneel) en voor zover ik kan inschatten ook doeltreffend (effectief).

De thincapregeling 2.0 is naar mijn inzicht proportioneel. Een van de kritiekpunten bij de oude thincapregeling was dat deze zou leiden tot overkill. De thincapregeling 2.0 leidt niet tot overkill. In de praktijk is gebleken dat de drempel van € 500.000 niet toereikend was om het MKB te ontzien.¹⁶⁸ Door de drempel op te hogen naar € 3.000.000 wordt dit probleem ondervangen.

Daarnaast wordt er in de thincapregeling 2.0 de mogelijkheid geboden om tegenbewijs te leveren. Indien er over de rentelasten al een compenserende heffing heeft plaats gevonden wordt deze rente niet meegeteld als vreemd vermogen. Hiermee wordt dubbele belasting, en dus overkill, zowel bij het

¹⁶⁷ Prof. Dr. S.A Stevens, 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2017/150.4.

¹⁶⁸ Prof. J.N. Bouwman & Mr. A.M.A. de Beer, 'Thincapregeling en knelpunten in het MKB', *Tribuut* 2008/06.

MKB als internationaal opererende bedrijven voorkomen. Het komt voor dat er bewust voor wordt gekozen een Nederlandse groepsvennootschap met meer vreemd vermogen te financieren dan de groep als geheel. In gevallen waar er sprake is van compenserende heffing, mag men er vanuit gaan dat aan de financiering met vreemd vermogen bedrijfseconomische motieven ten gronde liggen.¹⁶⁹ Het teveel aan vreemd vermogen in de zin van de thincapregeling is soms terug te voeren op niet-fiscale motieven.¹⁷⁰ Een onderneming moet de mogelijkheid hebben om dit aan te kunnen tonen.¹⁷¹ De thincapregeling gaat ook gelden voor leningen met derden. Externe rente wordt dan dus ook geraakt door de regeling. Door het invoeren van de tegenbewijsregeling kan deze rente alsnog worden afgetrokken indien de rente bij de crediteur voldoende wordt belast. De thincapregeling 2.0 biedt echter nog geen mogelijkheid tot het aantonen van de zakelijkheid van een lening met derden. Een dergelijke regeling zou een uitkomst kunnen zijn in situaties waarbij er geen compenserende heffing plaats vindt, maar er geen sprake is van een misbruiksituatie. Ik raad echter, voor nu, nog geen tegenbewijsregeling aan waarbij de zakelijkheid van de lening aangetoond kan worden (zoals in art. 10a lid 3 onderdeel a Wet Vpb) vanwege de praktische uitvoerbaarheid.

Verder wordt het goodwillgat gerepareerd door het corrigeren van het fiscaal eigen vermogen bij consolidatie. Hiermee wordt voorkomen dat de fiscale verhouding van het vreemd en eigen vermogen anders komt te liggen dan de commerciële werkelijkheid.

Of de thincapregeling 2.0 effectief is, is moeilijk te zeggen. De regeling is immers nog niet toegepast in de praktijk. De maatregel gaat het uithollen van de grondslag tegen door enkel rente aftrekbaar te laten zijn indien er voldoende met eigen vermogen wordt gefinancierd. Bedrijven zullen dus moeten inzien dat zij voldoende moeten financieren met het eigen vermogen – wat ook leidt tot minder financiering met vreemd vermogen.

Naar mijn inschatting zal de regeling effectief zijn. Er wordt voor het vaststellen van het vreemd vermogen uitgegaan van het saldo uitstaande en verschuldigde leningen. Om dit saldo zo laag mogelijk te houden, wordt een belastingplichtige gestimuleerd om naast geld te lenen ook geld uit te lenen. De Nederlandse grondslag zal niet worden uitgehold indien er tegenover schulden vorderingen staan waarover rente wordt genoten. De rentebaten worden immers in de heffing van de Nederlandse

¹⁶⁹ Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

¹⁷⁰ Drs. C. Overduin, 'MKB betaalt gelag voor succes Bosal. Invoering thin capitalisation nadelig voor nationaal opererende bedrijven', *Belastingmagazine* 2008/6-7.

¹⁷¹ Prof. Mr. Dr. E.J.W. Heithuis, 'De immer intrigerende fiscale positie van de dga', *Tribuut* 2008/05, Drs. C. Overduin, 'MKB betaalt gelag voor succes Bosal. Invoering thin capitalisation nadelig voor nationaal opererende bedrijven', *Belastingmagazine* 2008/6-7, Dr. W. Bruins Slot, 'Thincap: de kluts en het kluitje', *NTFR-B* 2010/2 en R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Kluwer Deventer 2004.

vennootschapsbelasting betrokken.¹⁷² Dit staat nog geheel los van het feit of een belastingplichtige veel financiert met vreemd vermogen.

Net zoals bij de earningsstripping-maatregel, bestaat ook bij de thincapregeling 2.0 de kans dat ondernemingen de grens van € 3.000.000 gaan opzoeken. Het is nu nog niet te voorspellen of bedrijven dit ook daadwerkelijk zullen gaan doen. In het verleden zijn er geen gevallen bekend van bedrijven die de grens van € 500.000 opzochten.

Eenvoud en uitvoerbaarheid

De thincapregeling was een vrij eenvoudige regeling. De verhouding dus vreemd en eigen vermogen is af te leiden uit de geconsolideerde jaarrekening. Kritiekpunt was echter dat er teveel prioriteit werd toegekend aan de praktische uitvoerbaarheid van de regeling, terwijl dit ten koste ging van het rechtvaardigingsgehalte voor belastingplichtige.¹⁷³ De thincapregeling 2.0 is minder eenvoudig door de toevoeging van een tegenbewijsregeling en de correctie van het fiscaal eigen vermogen bij consolidatie.

Het opnemen van een tegenbewijsregeling zal de thincapregeling 2.0 complexer maken. In mijn optiek is dit echter noodzakelijk ter bevordering van de doelmatigheid en rechtvaardigheid van de regeling. Een dubbele zakelijkheidstoets zoals opgenomen in art. 10a lid 3 onderdeel a Wet Vpb is praktisch onuitvoerbaar.¹⁷⁴ Een regeling waarbij er wordt getoetst of er sprake is van compenserende heffing bij de crediteur is praktisch wel uitvoerbaar.¹⁷⁵

De correctie van het fiscaal eigen vermogen die plaats dient te vinden bij consolidatie maakt de regeling ook complexer. Deze correctie is echter van groot belang ter voorkoming van het goodwillgat. Een dergelijke correctie was ook opgenomen in art. 15ad lid 6 Wet Vpb in het belastingplan 2012.¹⁷⁶ Een dergelijke correctie zou dus ook mogelijk moeten zijn binnen de thincapregeling 2.0.

Ten slotte zal een hogere drempel leiden tot lastenvermindering.¹⁷⁷ Minder ondernemingen zullen geraakt worden door de thincapregeling 2.0 bij verhoging van de drempel. De uitvoerlasten van de regeling zullen dus afnemen.

¹⁷² Mr. Dr. M.J Boer, 'Renteaftrek onder de thincapregeling', *NTFR* 2012/41.

¹⁷³ Prof. J.N. Bouwman & Mr. A.M.A. de Beer, 'Thincapregeling en knelpunten in het MKB', *Tribuut* 2008/06.

¹⁷⁴ Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

¹⁷⁵ Prof. Dr. J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2006.

¹⁷⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 2.

¹⁷⁷ Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

Onderlinge afstemming

De thincapregeling 2.0 is afgestemd op ons rechtsstelsel en het internationale stelsel. De thincapregeling kan in elk land apart worden vastgesteld. Er zullen dus tussen landen wel dispariteiten ontstaan, maar per land bestaat er gelijkheid.¹⁷⁸ Er kunnen eventueel op Europees niveau regels worden vastgesteld waar de thincapregeling 2.0 minstens aan zou moeten voldoen. Dit zou betekenen dat de winstbelasting wordt geharmoniseerd en onderlinge verschillen worden beperkt. Dit bevordert de onderlinge afstemming op Europees niveau.

Mocht ervoor worden gekozen om, net zoals bij de earningsstripping-maatregel, art. 10a Wet Vpb te laten bestaan dan voorziet ik geen onderlinge strijdigheden. Tot aan 2013 waren art. 10a Wet Vpb en de thincapregeling uit art. 10d Wet Vpb (oud) ook naast elkaar van toepassing. Er waren toen geen onderlinge strijdigheden die problemen met zich mee brachten.

Economische realiteit

Zoals reeds vermeld was een van de grootste nadelen van de thincapregeling het goodwillgat. Bij de invoering van de thincapregeling 2.0 dient dus het goodwillgat gerepareerd te worden. Dit is noodzakelijk voor de aansluiting van de thincapregeling 2.0 bij de economische realiteit.

Daarentegen is de thincapregeling 2.0 een stuk minder conjunctuurgevoelig dan de earningsstripping-maatregel, doordat de regeling aansluit bij het fiscaal eigen vermogen.¹⁷⁹ Een regeling die aansluit bij winst is wel conjunctuurgevoelig; als het slecht gaat met een onderneming zal immers eerst de winst verdwijnen en pas daarna het eigen vermogen.¹⁸⁰ De thincapregeling 2.0 werkt niet procyclisch uit omdat er niet wordt aangesloten bij de winst.

De oude thincapregeling was te eenvoudig om aan te sluiten bij de economische realiteit. De regeling bevatte geen tegenbewijsregeling. De thincapregeling 2.0 bevat wel een tegenbewijsregeling. Als een belastingplichtige kan aantonen dat er compenserende heffing heeft plaats gevonden over de rente is aftrek toegestaan. Een andere oplossing om dubbele heffing tegen te gaan is het toestaan van aftrek tegen het effectieve tarief waartegen de rente ook wordt belast.¹⁸¹

Ten slotte leidt de thincapregeling 2.0 tot meer neutraliteit. Neutraliteit zorgt voor minder verstoringen

¹⁷⁸ Prof. Dr. H.T.P.M van den Hurk en Mr. S.J.P Ubachs, 'De EBITDA-regel binnen OESO en EU-verband: een verstandige keus?' (deel II), *WFR* 2016/238.

¹⁷⁹ Prof. Dr. J.A.G van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, afscheidsrede 30 september 2016.

¹⁸⁰ Prof. Dr. J.A.G van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, afscheidsrede 30 september 2016.

¹⁸¹ Prof. Dr. S.A Stevens, 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2017/150.4.

in de economie.¹⁸² De thincapregeling 2.0 is een algemene renteaftrek die voor meer neutraliteit zorgt tussen vreemd en eigen vermogen.

Overeenstemming met Europees recht

Er zijn meerdere zaken geweest over de verenigbaarheid van de thincapregeling met de Europese vrijheden.

In 2010 besloot de rechtbank¹⁸³ dat de thincapregeling niet in strijd is met Europees recht. Volgens belanghebbende in deze zaak zou de thincapregeling in strijd zijn met de vrijheid van vestiging, vrij verkeer van kapitaal en het discriminatieverbod. De belanghebbende beweerde dit, doordat door het aangaan van een fiscale eenheid het effect van de thincapregeling kan worden beperkt. Onderlinge vorderingen en schulden vallen immers weg bij het aangaan van de fiscale eenheid. Enkel in een binnenlandse situatie kan de fiscale eenheid worden aangegaan. Art. 10d Wet Vpb vormde dus ‘een nationale maatregel die indirect onderscheid maakt naar nationaliteit of vestigingsland van de crediteur, of ten minste is zij een maatregel met een gelijke (belemmerende) werking als een maatregel met onderscheid’.¹⁸⁴

De rechtbank haalde om deze reden de parlementaire behandeling van het belastingplan 2004¹⁸⁵ aan; hier werd deze mogelijke strijdigheid tegengeworpen. De VVD beargumenteerde als volgt:

‘Het enkele feit dat het aangaan van een fiscale eenheid de effecten van de thincapregeling beperkt, leidt er niet toe dat de thincapregeling is (te lezen: in) strijd is met het Europese recht. In zijn algemeenheid geldt dat door het aangaan van een fiscale eenheid bepaalde fiscale voordelen ontstaan. Deze voordelen vloeien voort uit de mogelijkheid tot het vormen van de fiscale eenheid en niet uit de regeling – zoals de thincapregeling – als zodanig.’¹⁸⁶ Daarnaast beargumenteerde de rechtbank dat in beide gevallen er sprake is van economische dubbele heffing voor zover de niet aftrekbare rente wel als rentebaten worden belast bij de ontvanger.

De aangekondigde reparatiewetgeving omtrent de fiscale eenheid zou ook van toepassing op de thincapregeling 2.0 kunnen worden verklaard.

In 2013 besloot de Hoge Raad dat de thincapregeling niet in strijd is met het recht op vrije rechtsvormkeuze.¹⁸⁷ Belanghebbende, een BV, had als enig aandeelhouder een vennootschap

¹⁸² Prof. Dr. Q.W.J.C.H Kok, ‘Ondernemingsfinanciering in de vennootschapsbelasting’, *MBB* 2010/07/-8-02.

¹⁸³ Rechtbank Haarlem, 22 oktober 2010, nr. 09/00611.

¹⁸⁴ Rechtbank Haarlem, 22 oktober 2010, nr. 09/00611.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25.

¹⁸⁷ HR 29 november 2013, nr. 12/05489, BNB 2013/1364.

opgericht naar Deens recht. Deze vennootschap was gevestigd in Denemarken. Belanghebbende kocht in Nederland verschillende vennootschappen en leende hiervoor geld van haar Deense aandeelhouder. De Deense aandeelhouder leende op haar beurt het geld weer van Deense banken. Een deel van de rente die belanghebbende verschuldigd was aan de Deense vennootschap werd niet in aftrek toegestaan vanwege de thincapregeling. Belanghebbende meende dat art. 10d Wet Vpb het beginsel van rechtsvormneutraliteit schond en hiermee in strijd is met de vrijheid van vestiging. Zij nam deze stelling in, omdat de thincapregeling niet van toepassing zou zijn indien de Deense vennootschap een vaste inrichting in Nederland zou hebben.

De Hoge Raad achtte het middel niet gegrond. Een vaste inrichting bevindt zich op het punt van toerekening van schulden niet in een objectief vergelijkbare situatie als een dochtermaatschappij die een interne financiering aangaat. De situatie is wel objectief vergelijkbaar met de situatie waarin een dochtervennootschap een externe financiering aangaat. In dit geval is de thincapregeling niet van toepassing. In deze zaak betrof het echter geen externe financiering.

Ik beveel bij de thincapregeling 2.0 aan om de regeling ook te laten gelden voor externe financieringen. Het is in dat geval niet meer van belang of een lening wordt verkregen van een verbonden lichaam. Dit zal dus ook niet in strijd zijn met het recht op vrije rechtsvormkeuze.

5.4 Samenvatting en tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de thincapregeling 2.0 besproken als alternatief voor de earningsstripping-maatregel. Al eerder in 2004 kreeg de thincapregeling een plek in art. 10d Wet Vpb (oud) naar aanleiding van het Bosal-arrest. De regeling moest excessieve renteaftrek als gevolg van onderkapitalisatie van groepsvennootschappen voorkomen. In 2013 werd deze regeling vervolgens weer afgeschaft.

Er kleefde verschillende nadelen aan de thincapregeling. Zo liep een bedrijf bij het overnemen van een andere vennootschap tegen het goodwillgat aan. De fiscale verhouding tussen vreemd en eigen vermogen komt anders te liggen wanneer de goodwill wordt afgeboekt tegen het eigen vermogen van de overnemende vennootschap. Dit heeft negatieve gevolgen voor de ratio van vreemd en eigen vermogen. Ook leidde de thincapregeling tot dubbele belasting; renteaftrek werd beperkt ongeacht of de rentebaten wel worden belast. Er bestond geen tegenbewijsmogelijkheid. Ten slotte was de franchise te laag om het MKB te ontzien.

In dit hoofdstuk heb ik de thincapregeling 2.0 aangedragen als alternatief voor de earningsstripping-maatregel. De thincapregeling 2.0 is een verbeterde versie van de oude thincapregeling. De thincapregeling 2.0 is in grote mate gelijk aan de oude thincapregeling. Enkele aanpassingen dienen

gemaakt te worden. De franchise dient opgehoogd te worden naar € 3.000.000. Ook dient de thincapregeling 2.0 voor zowel externe als groepsrente te gelden. Vervolgens dient het goodwillgat gerepareerd te worden door het fiscaal eigen vermogen te corrigeren bij consolidatie. Tevens dient er een tegenbewijsregeling opgenomen te worden waarbij de belastingplichtige kan aantonen dat er compenserende heffing over de rente heeft plaats gevonden. Ten slotte dient er een ruimere verrekenmogelijkheid opgenomen te worden; een onbeperkte voortwentelingsregeling en een terugwentelingsregeling van drie jaar.

De thincapregeling 2.0 scoort goed als we deze toetsen aan het gelijkheidsbeginsel. De regeling geldt voor zowel binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen en ongeacht de binnen- of buitenlandse samenstelling van de groep. Ook geldt de regeling voor zowel externe als interne leningen.

Toetsend aan het rechtzekerheidsbeginsel scoort de thincapregeling 2.0 goed. Bedrijven hebben zelf in de hand met hoeveel vreemd vermogen zij financieren en kunnen dus ook goed voorspellen hoeveel rente er ongeveer afgetrokken kan worden. Daarnaast is de thincapregeling 2.0 een eenvoudige maatregel die leidt tot meer formele rechtszekerheid in vergelijking tot specifieke renteaftrekbepalingen.

De thincapregeling 2.0 is in overeenstemming met het draagkrachtsbeginsel. Door het invoeren van een tegenbewijsregeling wordt dubbele belasting voorkomen en de aftrek van rente wordt niet definitief niet toegestaan door een ruime verrekenmogelijkheid.

De thincapregeling 2.0 scoort goed op het gebied van doeltreffendheid en doelmatigheid. De regeling is proportioneel. Door de drempel van € 3.000.000 wordt het MKB ontzien en overkill wordt voorkomen door het invoeren van een tegenbewijsregeling. Daarnaast wordt het goodwillgat gerepareerd. Naar mijn inschatting is de regeling effectief. Er wordt immers uitgegaan van de verhouding uitstaande en verschuldigde leningen; een belastingplichtige wordt dus gestimuleerd om geld uit te lenen. Deze rentebaten worden in de Nederlandse heffing betrokken.

Op het gebied van eenvoud en uitvoerbaarheid is de thincapregeling 2.0 niet volledig geslaagd. De verhouding tussen vreemd en eigen vermogen is af te leiden uit de geconsolideerde jaarrekening. Echter door de toevoeging van een tegenbewijsregeling en het corrigeren van het eigen vermogen bij consolidatie, wordt de regeling een stuk complexer gemaakt.

De thincapregeling 2.0 is afgestemd op ons rechtstelsel en op het internationale rechtstelsel. Er zouden eventueel regels op Europees niveau gesteld kunnen worden om dispariteiten tussen landen te minimaliseren. Verder kan art. 10a Wet Vpb naast de thincapregeling 2.0 blijven voortbestaan.

De thincapregeling 2.0 sluit aan bij de economische realiteit. Het goodwillgat wordt gerepareerd door het eigen vermogen te corrigeren bij consolidatie. Verder sluit de regeling aan bij het fiscaal eigen vermogen en is om deze reden niet conjunctuurgevoelig. De thincapregeling 2.0 zal om deze reden ook niet procyclisch uitwerken. Ten slotte wordt dubbele belasting voorkomen door de tegenbewijsmogelijk en leidt de regeling tot minder economische verstoringen door de toename van neutraliteit tussen vreemd en eigen vermogen.

Ten slotte voorzie ik geen strijdigheden tussen Europees recht en de thincapregeling 2.0. De Rechtbank en de Hoge Raad hebben zich hierover uitgesproken. Er bestaat geen strijdigheid tussen de oude thincapregeling en de Europese vrijheden. Voor de thincapregeling 2.0 zal hetzelfde gelden.

Hoofdstuk 6 Samenvatting en conclusie

In Nederland wordt al jaren discussie gevoerd omtrent de renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting. Nederland kent al lange tijd een systeem van specifieke renteaftrekbeperkingen. Deze zijn neergelegd in art. 8b, 10a, 10b, 131 en 15ad Wet Vpb. De huidige renteaftrekbeperkingen leiden echter tot een complex systeem en moedigen de financiering met vreemd vermogen aan.

Bij het aantrekken van financiering staat een vennootschap voor de keuze tussen twee soorten financieringsmiddelen: eigen en vreemd vermogen. De vergoeding op eigen vermogen is niet aftrekbaar van winst, terwijl de vergoeding op vreemd vermogen wel mag worden afgetrokken. Dit onderscheid heeft ertoe geleid dat belastingplichtigen geprikkeld worden te financieren met vreemd vermogen. Overmatige financiering met vreemd vermogen heeft grondslaguitholling als gevolg. Renteaftrekbeperkingen leggen renteaftrek aan banden en bestrijden belastingontwijking.

In het kader van de strijd tegen belastinguitholling en agressieve taxplanning, is binnen de Europese Unie de ATAD1 geïntroduceerd. Met ingang van 2019 dient de ATAD1 in elk land binnen de Europese Unie geïmplementeerd te zijn. De earningsstripping-maatregel is onderdeel van de ATAD1 en is opgenomen in art. 4 ATAD1. In 2019 zal de earningsstripping-maatregel het huidige systeem van renteaftrekbeperkingen dus vervangen.

In mijn scriptie heb ik onderzocht of de earningsstripping-maatregel een geschikt alternatief is ter vervanging van de huidige renteaftrekbeperkingen. Daarnaast heb ik onderzocht in hoeverre de thincapregeling 2.0 een geschikter alternatief is. Bij beide beoordelingen heb ik gebruik gemaakt van een toetsingskader. Voor de beoordeling van de earningsstripping-maatregel ben ik uitgegaan van de maatregel zoals deze is voorgesteld in het consultatiedocument en het regeerakkoord.

In mijn onderzoek heb ik de volgende probleemstelling opgesteld: *‘In hoeverre is de earning stripping-maatregel een geschikt alternatief ter vervanging van de huidige renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting en/of is een thincapregeling 2.0 een geschikter alternatief?’*

De earningsstripping-maatregel is een algemene renteaftrekbeperking. Deze maatregel beperkt de aftrek van rente indien het overschot aan rentelasten meer bedraagt van 30% van de EBITDA. De maatregel krijgt een plek in onze nationale wetgeving in art. 15b Wet Vpb. Het kabinet wijkt op bepaalde onderdelen af van de ATAD1. Er wordt gekozen voor een drempel van € 1.000.000 in plaats van een drempel van € 3.000.000. Daarnaast wordt er geen tegenbewijsregeling in art. 15b Wet Vpb

opgenomen. Ten slotte kiest het kabinet voor de optie om het niet-aftrekbare overschot aan rentelasten onbeperkt te laten voortwentelen.

De earningsstripping-maatregel wordt als positief ervaren vanwege de relatieve eenvoud en uitvoerbaarheid. De earningsstripping-maatregel is een stuk eenvoudiger dan het huidige systeem van renteaftrekbeperkingen. Daarnaast is de earningsstripping-maatregel goed afgestemd op ons rechtsstelsel en het internationale stelsel. Op het gebied van de economische realiteit scoort de earningsstripping-maatregel goed op enkele onderdelen. Zo dicht de maatregel zowel het Bosal- als goodwillgat. Ook wordt de schuldscheefheid verkleint. Verder is de earningsstripping-maatregel verenigbaar met Europees recht. Ik verwacht dat de reparatiewetgeving omtrent de fiscale eenheid van toepassing verklaard wordt op de earningsstripping-maatregel. Daarnaast biedt ATAD1 altijd nog de mogelijkheid het toepassingsbereik van de maatregel aan te passen.

De earningsstripping-maatregel wordt als negatief ervaren op veel andere vlakken. Een van de grootste nadelen van deze maatregel is het procyclische effect vanwege de aansluiting bij de winst. Een ander bezwaar is de economische dubbele heffing die kan optreden bij de toepassing van de earningsstripping-maatregel. In combinatie met het ontbreken van een tegenbewijsregeling is dit voor belastingplichtigen een zwaarwegend argument. Ik ben van mening dat de earningsstripping-maatregel in zijn totaliteit niet in overeenstemming is met de economische realiteit.

De disproportionaliteit van de earningsstripping-maatregel is een ander zwaarwegend argument voor belastingplichtigen tegen de maatregel. Externe leningen die onder zakelijke voorwaarden zijn afgesloten vallen ook onder de maatregel. Wederom heeft het ontbreken van een tegenbewijsregeling als gevolg dat dit argument extra zwaar weegt. Tevens wordt de keuze voor een drempel van € 1.000.000 door het MKB als disproportioneel ervaren. De drempel van € 1.000.000 is te laag om het MKB te ontzien. Daarnaast leidt deze drempel tot een verslechtering van het investeringsklimaat ten opzichte van landen die een drempel van € 3.000.000 implementeren.

Ook de effectiviteit van de earningsstripping-maatregel is beperkt: belastingontwijking blijft mogelijk voor 30% van de EBITDA. Verder scoort de maatregel op het gebied van het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel twijfelachtig. De earningsstripping-maatregel wordt op basis van draagkrachtsbeginsel als negatief ervaren; de maatregel raakt ook niet-misbruikgevallen en rente kan definitief verloren gaan. Het is om daarom spijtig dat Nederland enkel kiest voor een voortwentelingsregeling, terwijl de richtlijn een mogelijkheid tot terugwentelen biedt.

In het tweede deel van mijn onderzoek heb ik onderzocht of de thincapregeling 2.0 een geschikter alternatief is ter vervanging van de renteaftrekbeperkingen. Ik heb gekozen voor een thincapregeling

2.0 als alternatief voor de earningsstripping-maatregel, omdat in de literatuur deze regeling vaker als alternatief voor de huidige wetgeving wordt benoemd. Daarnaast heeft de regeling tot 2013 een plek gehad in onze wetgeving in art. 10d Wet Vpb (oud); de thincapregeling 2.0 vormt dus geen onbekend terrein voor zowel de regering als het bedrijfsleven.

De thincapregeling 2.0 is een verbeterde versie van de thincapregeling uit art. 10d Wet Vpb (oud). De thinregeling 2.0 is gebaseerd op zowel de oude regeling als de literatuur waarin de regeling wordt besproken. De regeling houdt in dat belastingplichtigen worden beperkt in het aftrekken van rente indien deze rente boven de ratio uitkomt. De maximale verhouding tussen vreemd en eigen vermogen is 3:1; alles wat hierboven zit komt niet in aanmerking voor aftrek.

De thincapregeling 2.0 is op vijf onderdelen verbeterd ten opzichte van de oude regeling. De franchise wordt opgehoogd naar € 3.000.000. De regeling geldt daarnaast voor zowel externe als groepsrente. Verder wordt het goodwillgat gerepareerd door het fiscaal eigen vermogen te corrigeren bij consolidatie. Tevens wordt er een tegenbewijsregeling opgenomen waarbij de belastingplichtige kan aantonen dat er compenserende heffing over de rente heeft plaats gevonden. Ten slotte dient er een aparte verrekenmogelijkheid opgenomen te worden: een onbeperkte voortwentelingsregeling en een terugwentelingsregeling van 3 jaar.

De thincapregeling 2.0 scoort goed op bijna alle criteria van het door mij gevormde toetsingskader. Een van de grootste voordelen van de thincapregeling 2.0 is dat deze aansluit bij de economische realiteit. De regeling sluit aan bij het eigen vermogen en is om deze reden niet conjunctuurgevoelig. Ook wordt het zogenoemde goodwillgat gedicht. Daarnaast is de regel proportioneel vanwege de aanwezigheid van een tegenbewijsregeling en de drempel van € 3.000.000. Verder is de thincapregeling 2.0 afgestemd op ons rechtsstelsel en in overeenstemming met het gelijkheids-, rechtszekerheids- en draagkrachtbeginsel. Ten slotte is de thincapregeling 2.0 in overeenstemming met Europees recht.

Het enige nadeel aan de thincapregeling 2.0 is de complexiteit. De toevoeging van een tegenbewijsregeling en het corrigeren van het eigen vermogen bij consolidatie maken de regeling complex. De praktische uitvoerbaarheid van de regeling mag echter niet ten koste gaan van het rechtvaardigingsgehalte van de regeling. De thincapregeling 2.0 wordt in zijn totaliteit als rechtvaardig en positief ervaren.

In mijn onderzoek heb ik zowel de earningsstripping-maatregel als de thincapregeling 2.0 getoetst aan de in dit onderzoek opgestelde toetsingscriteria. De earningsstripping-maatregel doorstaat het toetsingskader niet; de maatregel scoort op veel onderdelen matig tot slecht. Daarentegen doorstaat de

thincapregeling 2.0 het toetsingskader een stuk beter. Op de meeste onderdelen van het toetsingskader scoort de regeling positief. Dit maakt dat de beantwoording van mijn probleemstelling relatief eenvoudig is geweest. De earningsstripping-maatregel is geen geschikt alternatief ter vervanging van de huidige rentaftrekbeperkingen; het eerste onderdeel van de onderzoeksvraag wordt dus ontkennend beantwoord. Aan de hand van de in dit onderzoek opgestelde toetsingscriteria blijkt de thincapregeling 2.0 een geschikter alternatief ter vervanging van de huidige rentaftrekberking. Het tweede onderdeel van de onderzoeksvraag kan dus bevestigd beantwoord worden.

Nederland is echter op basis van ATAD1 verplicht de earningsstripping-maatregel in te voeren. Ik wil om deze reden graag enkele aanbevelingen doen wat betreft de earningsstripping-maatregel. Bij de beoordeling van maatregel is gebleken dat de maatregel met enkele aanpassingen het toetsingskader beter volstaat. Er dient een tegenwijsregeling(en) opgenomen te worden, de drempel dient naar € 3.000.000 verhoogd te worden en de verrekenmogelijkheid dient verruimd te worden. Het is echter onzeker of het kabinet in haar definitieve wetsvoorstel deze aanbevelingen doorvoert.

Literatuurlijst

Boeken

Prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale Monografieën, Kluwer Deventer 2004.

Drs. F.J. Elswelier en dr. J. van Strien, *The German Earnings Stripping Measure: is it an Attractive Option for the Netherlands?*, Institut für Finanz- und Steuerrecht 2015.

Prof. Dr. P.H.J. Essers en prof. Dr. J. Gooijer, *Vennootschapsbelasting, Fiscaal commentaar*, Kluwer Deventer 2008.

Prof. Dr. J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2009.

Prof. Dr. J.A.G. van der Geld, 'Waarom de afgeschafte thincapregeling had moeten worden gehandhaafd (en aangepast)', in: mr. J.W. van den Berge, *Met oog voor detail*, SDU 2013.

Mr. Drs. J.L.M. Gribnau, 'Fair share en taxplanning: een moeilijk maar noodzakelijk debat', in: Prof. Dr. P. Kavelaars (red.), *'Ongewenste belastingontwijking?' De jacht naar een fair share*, Issuu 2013.

Dr. A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Kluwer Deventer 1993.

Prof. Dr. L.G.M. Stevens, *Belasting naar draagkracht*, Kluwer Deventer 1980.

Prof. Dr. J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2006.

Prof. Dr. J. van Strien, *Eigen vermogen versus vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer 2007.

N.H. De Vries en S.A.W.J. Strik ea, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting 2009-2010*, Kluwer Deventer 2009.

Tijdschriften

Mr. Dr. P.G.H. Albert, 'Fiscale aspecten van eigen en vreemd vermogen', *Fiscale Geschriften* 03.

K. Blaufus en D. Lorenz, 'Wem droht die Zinsschranke? Eine empirische Untersuchung zur Identifikation der Einflussfaktoren', *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 2009/79.

Mr. Dr. M.J. Boer, 'Renteaftrek onder de thincapregeling', *NtFR* 2012/41.

Prof. J.N. Bouwman & Mr. A.M.A. de Beer, 'Thincapregeling en knelpunten in het MKB', *Tribuut* 2008/06.

Prof. J.N. Bouwman, 'Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting', *NtFR* 2015/1733.

Dr. W. Bruins Slot, 'Thincap: de kluts en het kluitje', *NtFR-B* 2010/2.

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

Prof. Mr. Dr. E.J.W. Heithuis, 'De immer intrigerende fiscale positie van de dga', *Tribuut* 2008/05.

Mr. R. van der Hulle en R. van der Hulle, 'Toetsing van belastingwetgeving aan het gelijkheidsbeginsel in Nederland en Duitsland', *Ars Aequi* december 2015.

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

Prof. Mr. Dr. Q.W.J.C.H Kok, 'Ondernemingsfinanciering in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/07/-8-02.

Prof. Mr. Dr. Q.W.J.C.H. Kok en R.C. de Smit MSc, 'Wijzigingen in vennootschapsbelasting', *MBB* 2012/01.

Mr. drs. M.G.H. van der Kroon en dr. J. van Strien, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?' *NTFR* 2011/614.

Prof. Dr. R.A. de Mooij, 'Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions', *Fiscal Studies*, vol. 33 no. 44, 2012.

Prof. Dr. Mr. R.E.C.M Niessen, 'De belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel', *TFB* 2009/01.

Prof. Dr. G.J van Norden, 'Beleidsregels, rechtszekerheid en kenbaarheid', *NTFR* 2014/2566.

Redactie NTFR, 'Kabinet raadt motie af om woningcorporaties te ontzien bij earningsstrippingsmaatregel', *NTFR* 2018/930.

Drs. C. Overduin, 'MKB betaalt gelag voor succes Bosal. Invoering thin capitalisation nadelig voor nationaal opererende bedrijven', *Belastingmagazine* 2008/6-7.

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

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

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

K.S.T Tan, 'Kan Nederland het fiscale onderscheid tussen EV en VV opheffen?', *Forfaitair* 2007/176-04.

Mr. Drs. R.C.C. de Wit, 'De renteaftrekbeperkingen in het consultatiedocument', *NTFR* 2009/1646.

Overige

Allen&Overy, De sinterklaasbief van de Jager, 7 december 2009.

Archipel Tax Advice, Kabinet wil verplichte nieuwe renteaftrekbeperking strenger invullen dan de EU-norm. Waarom? Is dit wel een goed idee?, 7 maart 2018.

Prof. Dr. J.A.G van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, afscheidsrede 30 september 2016.

S. van Keulen, Opinie met betrekking tot de fiscale behandeling van deelnemingsrente, Brief aan Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en aan de Staatssecretaris van Financiën van 17 juni 2011.

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Reactie aan de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het consultatiedocument ‘Mogelijke aanpassingen in de vennootschapsbelasting’, 30 juli 2009.

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar van de op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti-belastingontwijkingsrichtlijn), 16 februari 2016.

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetvoorstellen, Reactie van de Commissie Wetvoorstellen van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs op internetconsultatie implementatie ATAD1, 21 augustus 2017.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1, 2.
Kamerstukken II, 1995-1996, 24696 nr.3.
Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5.
Kamerstukken I, 2003/04, 29 210, nr. C.
Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8.
Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr.25.
Kamerstukken II, 2008/09, 31 369, nr. 6.
Kamerstukken II 2010/10, 28 034 nr. 3.
Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 2.
Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr 30.
Kamerstukken 2012/2013 II, 33 402.
Kamerstukken II 2017/18, 34 323, nr. 20.
Kamerstukken II, 2017/18, 25 087, nr. 197.

Overige parlementaire stukken

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB/2009/674 M.

Rapport van de werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei van 6 juli 2016.

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

Ministerie van Financiën, 10 juli 2017, Consultatiedocument implementatie ATAD1.

Regeerakkoord VVD-CDA-D66-ChristenUnie van 10 oktober 2017, ‘Vertrouwen in de toekomst’.

Bijlage bij brief van het Ministerie van Financiën van 28 februari 2018, nr. 2018-0000026987.

Brief van het Ministerie van Financiën van 9 april 2018, nr. 2018-0000053962.

Brief van het Ministerie van Financiën van 9 mei 2018, nr. 2018-0000068704.

Brief van het Ministerie van Financiën van 6 juni 2018, nr. 2018-0000082348.

EC Rapporten

Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 11-07-2016, V-N 2016/37.3

OECD Rapporten

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

Final Raport OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payment, Action 4: OECD Publishing 2015

Jurisprudentieregister

Hof van Justitie Europese Gemeenschap

HvJ EU 18 september 2003, zaak C-168/01, (Bosal).
HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, (X Holding).
HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, (Groupe Steria).
HvJ EU 25 oktober 2017, C-398/16 (X) en C-399/16 (X).
HvJ EU 22 februari 2018, C-396/16.

Hoge Raad

HR 18 oktober 1950, B 8843.
HR 24 juni 1964, nr. 15 225, BNB 1964/196.
HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.
HR 27 september 1995, nr. 29 737, BNB 1996/5.
HR 11 maart 1998, nr.32 240, BNB 1998/208.
HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.
HR 8 september 2006, nr 42 016, BNB 2007/104.
HR 7 januari 2011, nr. 09/04375, BNB 2011/163.
HR 29 juni 2012, nr. 11/00482, BNB 2012/00482.
HR 29 november 2013, nr. 12/05489, BNB 2013/1364.
HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, BNB 2016/233.

Overige

Rechtbank Haarlem, 22 oktober 2010, nr. 09/00611.
Bundesfinanzhof, Entscheidung vom 14.10.2025, I R 20/15.