

Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1

Dr. J. van Strien, datum 23-01-2018

Datum

23-01-2018

Auteur

Dr. J. van Strien^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Winstbepaling

Internationaal belastingrecht / BEPS

Europees belastingrecht / Richtlijnen EU

Wetgeving

art. 15b Wet VPb 1969

Op 10 juli 2017 heeft het toenmalige demissionaire kabinet een consultatiedocument gepubliceerd. Dit document bevat een conceptwetsvoorstel dat beoogt ATAD1 te implementeren in nationale wetgeving. ATAD1 kent ook een renteaftrekbeperkende maatregel. Kort gezegd gaat het om een maximum voor de aftrekbaarheid van de netto rentelasten volgens een bepaald percentage van het bruto bedrijfsresultaat (EBITDA) van de belastingplichtige. Zo'n renteaftrekbeperking is ook opgenomen in het conceptwetsvoorstel. Deze maatregel moet uiterlijk per 1 januari 2019 zijn geïmplementeerd. In zijn bijdrage besteedt de auteur aandacht aan dit EBITDA-voorstel. Hierbij laat hij zien hoe Nederland denkt de earningsstrippingregeling van ATAD1 te gaan implementeren. Hij signaleert verschillende onvolkomenheden en aandachtspunten.

1 Inleiding

Op 28 januari 2016 heeft de Europese Commissie een pakket voorstellen gepresenteerd om belastingontwijking door het internationaal opererende bedrijfsleven tegen te gaan en om invulling te geven aan de implementatie van de door de OESO geformuleerde BEPS-actiepunten (waarbij BEPS staat voor Base Erosion and Profit Shifting).^[2] Deze voorstellen hebben geresulteerd in de Richtlijn van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (ATAD1, waarbij ATAD staat voor Anti-Tax Avoidance Richtlijn).^[3] Inmiddels is deze Richtlijn gewijzigd bij de Richtlijn van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen (ATAD2).^[4] Op 10 juli 2017 heeft het demissionaire kabinet een consultatiedocument gepubliceerd.^[5] Dit document bevat een conceptwetsvoorstel dat beoogt ATAD1 te implementeren in nationale wetgeving. ATAD1 kent ook een renteaftrekbeperkende maatregel. Kort gezegd gaat het om een maximum voor de aftrekbaarheid van netto rentelasten volgens een bepaald percentage van het bruto bedrijfsresultaat (EBITDA) van de belastingplichtige. Zo'n renteaftrekbeperking is ook opgenomen in het conceptwetsvoorstel. In deze bijdrage besteed ik aandacht aan dit EBITDA-voorstel.

In onderdeel 2 ga ik in op de earningsstrippingregeling zoals deze is vormgegeven in ATAD1. Vervolgens besteed ik in onderdeel 3 aandacht aan de wijze waarop deze regeling zal worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Daarna bespreek ik in onderdeel 4 een aantal aandachtspunten en onvolkomenheden van de voorgestelde regeling. In onderdeel 5 sluit ik deze bijdrage af.

2 EU-richtlijn: earningsstrippingregeling

2.1 Achtergrond earningsstrippingregeling

Om belastingontwijking door het internationaal opererende bedrijfsleven door middel van renteaftrek tegen te gaan kiest de Europese Commissie voor een renteaftrekbeperkende maatregel in de vorm van een maximumaftrek ter grootte van een bepaald percentage van de EBITDA, zo volgt uit punt 6 van de overwegingen bij ATAD1. De maatregel zelf is opgenomen in art. 4 van de richtlijn.

De earningsstrippingregeling beperkt de aftrekbaarheid van de per saldo verschuldigde (aftrekbare) rente. Dit is het verschil

tussen de rentelasten ter zake van schulden en de rentebaten ter zake van vorderingen, ofwel het overschot aan rentelasten. In de richtlijn wordt dit overschot aangeduid als financieringskostensurplus.

2.2 Earningsstrippingregeling in ATAD1

In de vormgeving van de earningsstrippingregeling in ATAD1 valt een aantal zaken op. Ten eerste is het goed te zien dat de aftrekbeperking zowel geldt voor rente betaald aan een gelieerde partij als voor rente betaald aan een niet-gelieerde partij. Voorts geldt de aftrekbeperking — mijns inziens terecht — slechts voor de netto rentelasten; het “financieringskostensurplus”. Dit betekent dat de betaalde rente wordt gesaldeerd met de ontvangen rente. Slechts voor het meerdere is de rente mogelijk niet aftrekbaar. In art. 2 van de richtlijn wordt een aantal begrippen zoals “financieringskosten” nader gedefinieerd. Het begrip financieringskosten (borrowing costs in de Engelse tekst) omvat niet alleen rentelasten op allerlei soorten schuld, maar ook kosten die economisch bezien daarmee sterk vergelijkbaar zijn. De niet-limitatieve opsomming die daar wordt gegeven is zeer uitgebreid en omvat onder andere betalingen op winstdelende leningen, het financieringsdeel van een financial-leasetermijn, geïmputeerde rente op zero couponleningen enz.^[9] Deze uitgebreide definitie van financieringskosten is vanuit het oogpunt van het voorkomen van misbruik zeer goed voorstelbaar. In de praktijk zal het echter naar mijn verwachting niet altijd eenvoudig zijn om na te gaan welke kosten het economische equivalent zijn van rente.

De hoogte van de aftrekbare rente/financieringsruimte wordt bepaald als een percentage van het bedrijfsresultaat van de belastingplichtige. Dit percentage bedraagt ten hoogste 30% van dit resultaat. Het bedrijfsresultaat wordt ingevuld als de EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation). Depreciation is de afschrijving op materiële vaste activa en Amortisation is afschrijving of afboeking op immateriële vaste activa, denk aan goodwill. In de finale versie van ATAD1 is — mijns inziens volstrekt terecht — bepaald dat vrijgestelde winst wordt uitgesloten bij het berekenen van de EBITDA.^[7]

Voor alle lidstaten is de invoering van een earningsstrippingregeling verplicht. De invoering van zo'n regeling is de absolute ondergrens. Wel staat het lidstaten vrij om naast deze generiek werkende aftrekbeperking specifieke regels te handhaven of in te voeren tegen excessieve schuldfinanciering binnen een concern. Dit volgt duidelijk uit art. 3 ATAD1. Daar is namelijk vastgelegd dat ATAD1 geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke bepalingen die tot doel hebben een hoger niveau van bescherming te garanderen voor binnenlandse vennootschapsbelastinggrondslagen. Verder biedt ATAD1 lidstaten op een flink aantal punten keuzes bij de implementatie in de nationale wet. Zo staat het lidstaten vrij om een groepsmoeder voor nationale belastingdoeleinden (zoals de Nederlandse fiscale eenheid) aan te merken als de belastingplichtige, waarbij het financieringskostensurplus en de EBITDA worden berekend op het niveau van de groep. Een lidstaat kan daarnaast kiezen voor een drempel, die inhoudt dat het financieringskostensurplus altijd aftrekbaar is, tot ten hoogste € 3.000.000. Voorts heeft een lidstaat de keuze om gebruik te maken van één van de twee groepsuitzonderingen, waarbij de financiële positie van de belastingplichtige wordt afgezet tegen de positie van de groep. Daarnaast kunnen regels worden opgenomen over de voor- en achterwaartse verrekening van het financieringskostensurplus en de voorwaartse verrekening van de niet-gebruikte rentecapaciteit. Desgewenst kunnen lidstaten er ook voor kiezen om financiële instellingen uit te sluiten van de earningsstrippingregeling. Ten slotte is het ook mogelijk om al bestaande leningen (van voor 17 juni 2016) en leningen voor de financiering van bepaalde langlopende openbare infrastructuurprojecten uit te sluiten van de aftrekbeperking.

3 Implementatievoorstel earningsstrippingregeling

3.1 Plaats in de wet

De earningsstrippingregeling krijgt een plaats in art. 15b Wet VPB 1969. Zeker als de overige renteaftrekbeperkingen blijven bestaan is dit nogal een opvallende plek. De wetgever is namelijk van mening dat bij toepassing van de renteaftrekbeperkingen bij overlap de volgorde van de wet moet worden aangehouden.^[8] Dit brengt met zich dat indien art. 15ad Wet VPB 1969 blijft bestaan, toepassing van deze bepaling voorgaat op art. 15b Wet VPB 1969. Dit maakt het er niet eenvoudiger op. Het lijkt mij raadzaam om bij invoering van art. 15b Wet VPB 1969 de nodige andere aftrekbeperkingen te schrappen. Dit is ook aangekondigd in het op 10 oktober 2017 gepubliceerde Regeerakkoord 2017-2021 ‘Vertrouwen in de toekomst’.^[9] Waarschijnlijk blijft art. 10a Wet VPB 1969 bestaan en wordt de rest van de aftrekbeperkingen geschrapt. Mocht dat niet gebeuren, dan lijkt het mij raadzaam om de earningsstrippingregeling voor art. 15ad Wet VPB 1969 op te nemen, wellicht in art. 10d Wet VPB 1969. Daarbij blijven dan wel complexe anticumulatiebepalingen nodig.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB (hierna NOB) wijst er in haar commentaar op dat het naast elkaar bestaan van art. 15ad en art. 15b Wet VPB 1969 betekent dat een bedrag dat wordt voortgewenteld (op grond van art. 15ad Wet VPB 1969) in een later jaar deels aan zowel art. 15ad als aan art. 15b Wet VPB 1969 moet worden getoetst.^[10] Met de NOB

ben ik van mening dat dit niet de voorkeur verdient. Tegelijkertijd lijkt ATAD1 niet toe te staan dat voortgewentelde 15ad-rente zonder toepassing van art. 15b in een later jaar in aanmerking wordt genomen.

3.2 De hoofdregel

In art. 15b lid 1 Wet VPB 1969 wordt vastgelegd dat het “overschot aan rentelasten” niet in aftrek komt, voor zover dat meer bedraagt dan 30% van de “gecorrigeerde belastbare winst”.^[11] Wat onder “overschot aan rentelasten” wordt verstaan volgt uit art. 15b lid 1 tweede volzin, Wet VPB 1969. Dit is 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 “gecorrigeerde belastbare winst” is ingevuld in art. 15b lid 4 Wet VPB 1969 als 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 wezen is dit een soort “fiscale EBITDA”.^[12] In formulevorm ziet dit er als volgt uit:

Gecorr. belastbare winst = belastbare winst (voor lid 1) + overschot rentelasten + afschrijvingen

De hoogte van de aftrekbare rente/financieringsruimte wordt bepaald als een percentage van de gecorrigeerde belastbare winst van de belastingplichtige. Dit percentage bedraagt ten hoogste 30% van deze winst. In het consultatiedocument is uitgegaan van een percentage van 30%. De wetgever kan desgewenst ook kiezen voor een lager percentage. In het regeerakkoord wordt uitgegaan van 30%.^[13] Het lijkt mij vanuit het oogpunt van het vestigingsklimaat inderdaad raadzaam om bij implementatie te kiezen voor 30%. Als veel andere lidstaten blijken te kiezen voor een lager percentage, kan de Nederlandse wetgever het Nederlandse percentage altijd nog aanpassen.

3.3 Tegemoetkomingen bij afwezigheid groepsrelatie

De achtergrond van de earningsstrippingregeling is het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving door middel van renteaftrek binnen een concern. Daarom biedt ATAD1 — naar keuze van de lidstaat — de mogelijkheid om te kiezen voor een uitzondering als een groepsrelatie ontbreekt.^[14] In het consultatiedocument is van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. De earningsstrippingregeling vindt geen toepassing indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep ex art. 2:24b BW^[15], geen gelieerd lichaam heeft en geen vaste inrichting heeft.

Wat onder “gelieerd lichaam” moet worden verstaan volgt uit art. 15b lid 11 Wet VPB 1969. Dit is een gelieerdheidsbegrip dat geldt voor art. 15b en 15ba Wet VPB 1969.^[16] In diezelfde bepaling wordt het begrip “gelieerde natuurlijk persoon” gedefinieerd. Van gelieerdheid is kort gezegd sprake in situaties van een belang van 25% of meer van de aandelen in het nominale kapitaal of van een belang van 25% of meer van de statutaire stemrechten of van een belang dat recht geeft op 25% of meer van de winst. Hierbij gaat het om zowel directe als indirecte belangen.

3.4 Drempel

De earningsstrippingmaatregel kent een optionele alles-of-niets-drempel voor een financieringskostensurplus van maximaal € 3.000.000. In het consultatiedocument is gekozen voor deze maximale drempel. Het staat lidstaten echter vrij te kiezen voor een lagere drempel. Het nieuwe kabinet kiest voor een aanmerkelijk lagere drempel dan de maximaal toegestane drempel. Uit het regeerakkoord volgt dat de drempel wordt gesteld op € 1.000.000.^[17] Vanzelfsprekend is de vaststelling van de hoogte van de drempel een politieke keuze. Dat neemt niet weg dat vraagtekens kunnen worden gesteld bij de gemaakte keuze. Indien andere EU-lidstaten kiezen voor een hogere drempel, verslechtert het vestigingsklimaat van Nederland ten opzichte van die lidstaten.

De drempel geldt overigens per belastingplichtige. In de toelichting wordt benadrukt dat een fiscale eenheid (voor de vennootschapsbelasting) als een belastingplichtige geldt. De fiscale eenheid heeft dus in ieder belastingjaar recht op één keer toepassing van de drempel, ongeacht het aantal gevoegde vennootschappen. Dit betekent dat het in groepssituaties interessant kan zijn om niet alle in Nederland gevestigde vennootschappen te voegen in een en dezelfde fiscale eenheid, maar bijvoorbeeld in verschillende fiscale eenheden. In die situatie kan per fiscale eenheid de drempel van € 1.000.000 worden benut.

De drempel € 1.000.000 is zoals gezegd een alles-of-niets-drempel en werkt dus anders dan bijvoorbeeld de drempel zoals we die kennen in art. 13l Wet VPB 1969. De drempel kan alleen in mindering worden gebracht op het overschot aan rentelasten als dit meer is dan 30% van de gecorrigeerde belastbare winst. Het toegepaste drempelbedrag kan echter nooit meer bedragen dan het overschot aan rentelasten en leidt dus niet tot een belastingteruggaaf.

3.5 Groepstoets

ATAD1 biedt lidstaten de mogelijkheid tot het opnemen van de groepstoets. Het opnemen van zo'n groepstoets in nationale wetgeving is dus optioneel. In de richtlijn is de groepstoets als volgt verwoord. Het financieringskostensurplus is

— in afwijking van de hoofdregel — volledig aftrekbaar indien de belastingplichtige aantoont dat haar verhouding van eigen vermogen ten opzichte van haar balanstotaal gelijk of beter is dan die ratio van de gehele groep waarvan de belastingplichtige deel uitmaakt.^[18] Voor deze groepstoets geldt wel een aantal voorwaarden. Zo moeten bijvoorbeeld alle activa en verplichtingen worden gewaardeerd volgens dezelfde methode als in de geconsolideerde jaarrekening. De geconsolideerde groep voor verslaggevingsdoeleinden bestaat uit alle entiteiten die volledig zijn opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening opgemaakt conform IFRS of het jaarverslaggevingsrecht van de desbetreffende lidstaat. Lidstaten hebben de mogelijkheid om ook toe te staan dat de belastingplichtige gebruikmaakt van een geconsolideerde jaarrekening opgemaakt volgens een andere accountingstandaard. Voorts is in art. 4, lid 5, sub a, ten tweede, ATAD1, opgemerkt dat de ratio tussen het eigen vermogen en het balanstotaal van de belastingplichtige wordt geacht gelijk te zijn aan de overeenkomstige ratio van het concern wanneer de ratio van de belastingplichtige maximaal twee procentpunten lager is.

Daarnaast kan een lidstaat ook kiezen voor een alternatieve groepsratio voorgesteld op basis van de eigen EBITDA-ratio ten opzichte van de groep. In deze alternatieve groepsratio is het financieringskostensurplus — in afwijking van de hoofdregel — gedeeltelijk aftrekbaar voor zover het gaat om de netto rentelast van de groep aan niet-gelieerde partijen, gedeeld door de EBITDA van de groep, vermenigvuldigd met de eigen EBITDA van de belastingplichtige.^[19]

Hoewel de regering in het consultatiedocument de keuze voorlegt tussen één van deze twee groepstoetsen (overigens onder handhaving van de overige renteaftrekbeperkingen), wordt in het regeerakkoord aangekondigd dat de regering niet kiest voor één van deze twee groepstoetsen.^[20] In dit kader wordt verwezen naar het rapport werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei.^[21] Uit dit rapport blijkt dat een earningsstripping met groepsescape en een drempel van € 3.000.000 een (geraamde) opbrengst kent van circa € 700.000.000. Bij deze raming is rekening gehouden met eerste orde gedragseffecten.^[22] Indien de drempel wordt verlaagd tot € 1.000.000 en er wordt afgezien van een groepsescape zou dit een additioneel structureel effect hebben van € 420.000.000.^[23] Het voordeel van deze grondslagverbreding kan worden vertaald in een verlaging van het statutaire Vpb-tarief met 0,8 procentpunt.^[24] De verlaging van het statutaire tarief is natuurlijk gunstig voor het vestigingsklimaat. Het verlagen van de drempel en het schrappen van de groepstoets kan echter wel bepaalde groepen belastingplichtigen aanzienlijk raken.

3.6 Overgangsrecht bestaande leningen

ATAD1 staat toe leningen die zijn aangegaan voor 17 juni 2016 uit te sluiten bij het berekenen van het financieringskostensurplus (het overschot aan rentelasten). Dat ATAD1 een (optionele) eerbiedigende werking kent voor oude leningen is op zich niet verbazingwekkend. Het beperken van renteaftrek grijpt namelijk behoorlijk in op de financieringsstructuur van een onderneming. Dit geldt in het bijzonder nu de earningsstrippingbepaling ook werkt voor leningen van niet-gelieerde partijen. Daarom is overgangsrecht wat mij betreft ook zeer welkom. Met de NOB ben ik daarom van mening dat deze oude leningen ook in toekomstige jaren moeten worden onderworpen aan de thans geldende renteaftrekbeperkingen. Voorts dienen alle schulden mee te tellen voor de toepassing van het oude en het nieuwe regime.^[25] Zonder dergelijke maatregelen zou de eerbiedigende werking namelijk te gunstig uitwerken.

Een argument tegen overgangsrecht voor bestaande leningen is dat dit leidt tot een relatief complex systeem. Zoals gezegd moet het oude systeem van renteaftrekbeperkingen blijven gelden voor bestaande leningen die onder het overgangsrecht vallen en dienen alle leningen in aanmerking te worden genomen voor beide regimes. Ik denk alleen dat als belastingplichtigen de (eenmalige) keus krijgen tussen het toepassen van het overgangsrecht of niet, het complexiteitsargument in betekenis inboet. Belastingplichtigen kiezen namelijk desgewenst zelf voor een complexer systeem als dat voor hen een voordeel kan opleveren. Geeft de belastingplichtige de voorkeur aan een eenvoudiger systeem, dan kan hij ervoor kiezen om het overgangsrecht niet toe te passen.

Ten slotte zal het ook voor de Belastingdienst complexer zijn om deze twee systemen (tijdelijk) naast elkaar te laten bestaan. Het lijkt mij evenwel uitvoerbaar en bovendien passend bij een behoorlijk opererende overheid die rechtszekerheid hoog in het vaandel heeft staan. Het lijkt mij daarom raadzaam op dit punt de ruimte te nemen die ATAD1 biedt. Vooralsnog kiest de regering niet voor overgangsrecht. In het consultatiedocument wordt bepaald dat de earningsstrippingregeling van toepassing is op boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2019 voor zowel bestaande als nieuwe leningen en dat er geen gebruik wordt gemaakt van de eerbiedigende werking.^[26]

3.7 Tegemoetkoming voor publieke infrastructurele werken

De Raadswerkgroep 'Belastingvraagstukken — Directe Belastingen' heeft bij het opstellen van ATAD1 gepleit voor een (optionele) tegemoetkoming voor publieke infrastructurele werken. Deze tegemoetkoming bestaat uit het volledig buiten aanmerking laten van de EBITDA-renteaftrekbeperking, mits aan de voorwaarden wordt voldaan. Deze optie is opgenomen in art. 5 lid 4 onderdeel b ATAD1. Nederland maakt van deze optie — vooralsnog — geen gebruik.

3.8 Verrekening van het overschot aan rentelasten

In art. 4 lid 6 ATAD1 is opgenomen dat lidstaten een carry forward — onder voorwaarden — mogen toestaan van het financieringskostensurplus dat in het jaar zelf niet in aftrek is gekomen. Deze carry forward mag onbeperkt in de tijd zijn. Ook mag nog niet gebruikte EBITDA vooruit gewenteld worden naar toekomstige jaren, om af te zetten tegen financieringskosten in die jaren. Er bestaat een aantal alternatieven. Een optie is een onbeperkte carry forward voor het financieringskostensurplus dat in het jaar zelf niet in aftrek is gekomen in combinatie met (ten hoogste) drie jaar carry back voor nog niet in aftrek gekomen rente. De andere optie is een onbeperkte carry forward voor het financieringskostensurplus die in het jaar zelf niet in aftrek is gekomen in combinatie met vijf jaar carry forward voor nog niet gebruikte rentecapaciteit die niet is afgezet tegen rentelasten. In het consultatiedocument is in art. 15ba lid 8 Wet VPB 1969 gekozen voor een onbeperkte carry forward. Gelet op de procyclische uitwerking van de EBITDA-regel verdient een ruimere tegemoetkoming mijns inziens de voorkeur.

4 Aandachtspunten implementatie

4.1 Wettekst nog niet definitief

De wettekst voor de earningsstrippingregeling is nog in concept, in de vorm van de tekst zoals geformuleerd in het consultatiedocument. Op deze tekst kunnen al enkele wijzigingen worden ingetekend. Zo bedraagt de drempel nog maximaal € 1.000.000 en vervalt art. 15b lid 6 (groepstoets). Wat mij betreft wordt de wettekst ook nog op een aantal andere punten aangepast. Hierna bespreek ik enkele aandachtspunten bij de implementatie van earningsstrippingregeling.

4.2 Fiscale EBITD(A?)

In art. 4 lid 1 ATAD 1 wordt expliciet gesproken over een EBITDA. In art. 4 lid 2 ATAD1 wordt zelfs geregeld dat amortisatie wordt opgeteld bij de inkomsten die in de lidstaat van de belastingplichtige aan vennootschapsbelasting onderworpen zijn. Ook het algemene deel van het consultatiedocument spreekt specifiek over EBITDA. Men zie echter goed dat de gecorrigeerde belastbare winst ex art. 15b Wet VPB 1969 — naast de voorgeschreven correcties — op een belangrijk punt afwijkt van het EBITDA-begrip. Het kabinet merkt namelijk “voor de volledigheid” op dat “de belastbare winst niet wordt gecorrigeerd met afwaarderingen”. De vraag is hoe zich dit verhoudt tot de toelichting in ATAD1 en bijvoorbeeld de volgende frase uit het consultatiedocument: “Door de EBITDA als uitgangspunt te nemen wordt de renteaftrek gekoppeld aan de belastbare economische activiteit van een belastingplichtige.”^[27] Duidelijk is dat Nederland kiest voor een fiscale EBITD in plaats van een fiscale EBITDA. De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB vraagt zich af hoe dit zich verhoudt tot het feit dat ATAD1 voorschrijft uit te gaan van de EBITDA.^[28] Waarom het kabinet ervoor heeft gekozen om te abstraheren van afwaarderingen wordt niet inhoudelijk gemotiveerd. Overigens lijkt overweging 6 van de richtlijn enige ruimte te bieden: “Aangezien het de bedoeling is minimumnormen te bepalen, zou de lidstaten de mogelijkheid kunnen worden geboden een alternatieve maatregel aan te nemen met de belastbare winst vóór rente en belastingen (ebit) van een belastingplichtige als basis, die zodanig zou worden vastgesteld dat hij gelijkwaardig is aan de op de ebitda gebaseerde ratio.” De vraag is of wij nu te maken krijgen met een ratio die gelijkwaardig is aan de EBITDA-ratio. Nu alleen afwaarderingen niet in aanmerking worden genomen, sluit ik niet uit dat hiervan geen sprake is. In ieder geval lijkt het mij raadzaam dat de wetgever dit punt van een nadere toelichting voorziet. Daarbij dient hij mijns inziens ook aandacht te besteden aan het feit dat Nederland op deze wijze wellicht (aanzienlijk) strenger implementeert dan andere landen. Dit is natuurlijk een politieke keuze, maar betekent wel een verslechtering van het Nederlandse vestigingsklimaat.

4.3 Financieringskosten

In de toelichting in het consultatiedocument wordt nader ingevuld wat onder financieringskosten moet worden verstaan. Onder rentelasten worden begrepen rentelasten op alle vormen van schulden, (andere) kosten en lasten, die economisch gelijkwaardig zijn aan rente, en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen.^[29] Onder rentelasten vallen ook gekapitaliseerde rente (de aangroei tot de nominale waarde van een onder nominale waarde uitgegeven lening), geactiveerde rente en het rente-element in de betalingen voor financiële leasing.^[30] Hiermee sluit de toelichting aan bij art. 2 lid 1 ATAD1 waarin een zeer ruime definitie van financieringskosten is opgenomen. In de voorgestelde wettekst ontbreekt echter zo'n ruime definitie: “Onder overschot aan rentelasten wordt verstaan 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.” Ik vraag mij af of uit deze wettekst volgt dat bijvoorbeeld ook betalingen voor financiële leasing onder het bereik vallen. Het lijkt mij raadzaam dat de wetgever tekstueel meer aansluit bij de in de ATAD1 geformuleerde definitie. Dat lijkt mij veiliger dan het beperkte rentebegrip op te rekken via de toelichting.

Overigens merk ik op dat de uitgebreide (niet-limitatieve) opsomming in ATAD1 van het begrip financieringskosten vanuit het oogpunt van het voorkomen van misbruik zeer goed voorstelbaar is. In de praktijk zal het echter naar mijn verwachting niet altijd eenvoudig zijn om na te gaan welke kosten het economische equivalent zijn van rente.

4.4 Het groepsbegrip

Indien de groep samenvalt met de fiscale eenheid vindt de earningsstripping waarschijnlijk geen toepassing. Dit was in ieder geval het geval bij art. 10d Wet VPB 1969.^[31] Dit roept de vraag op in hoeverre art. 15b Wet VPB 1969 op dit punt in overeenstemming zal zijn met EU-recht. Afhankelijk van de feitelijke vestigingsplaats van de dochteronderneming wordt voor toepassing van art. 15b Wet VPB 1969 namelijk al dan niet voldaan aan de aanwezigheid van een groep ex art. 15b lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 juncto art. 2:24b BW. Een concern waarvan alle vennootschappen feitelijk in Nederland zijn gevestigd^[32] en voorts zijn gevoegd in een fiscale eenheid, wordt niet geconfronteerd met toepassing van art. 15b Wet VPB 1969. Er wordt namelijk geacht geen sprake te zijn van een groep, omdat de groep samenvalt met de belastingplichtige. Een vergelijkbaar concern waarvan ten minste één dochtervennootschap niet in Nederland (maar in een andere EU-lidstaat) is gevestigd, loopt daarentegen wel het risico te worden getroffen door beperking van renteaftrek. Daarmee hangt beperking van de renteaftrek (mede) af van de vestigingsplaats van de dochtervennootschappen. Deze benadering lijkt op het eerste gezicht strijdig met EU-recht.^[33] Wel is het de vraag welke bepaling nu precies in strijd is met EU-recht; art. 15b lid 2 Wet VPB of art. 15 Wet VPB 1969.

Het antwoord op de vraag of er daadwerkelijk sprake is van strijdigheid zal mede afhangen van het arrest van het Hof van Justitie EU over de per-elementbenadering.^[34] Inmiddels heeft advocaat-generaal van het Hof van Justitie EU, Campos Sánchez-Bordona, geconcludeerd dat het Nederlandse fiscale-eenheidsregime op onderdelen niet verenigbaar is met de uit het EU-recht voortvloeiende vrijheid van vestiging. Indien het Hof van Justitie EU de conclusie van de A-G volgt, en daarmee de per-elementbenadering accepteert, bestaat het risico op uitholling van de Nederlandse grondslag. Daarom heeft de staatssecretaris (met terugwerkende kracht tot 25 oktober 2017, 11:00 uur) reparatiewetgeving aangekondigd, in het geval het Hof van Justitie EU de A-G volgt.^[35] Deze reparatie houdt in dat de fiscale-eenheidsbepalingen zodanig worden aangepast, dat de meest “kwetsbare” elementen van de fiscale eenheid niet langer meer zullen leiden tot een gunstiger behandeling in een binnenlandse situatie ten opzichte van een grensoverschrijdende situatie. De spoedmaatregelen hebben tot gevolg dat het fiscale-eenheidsregime voor binnenlandse verhoudingen “strenger” wordt. Diverse regelingen in de vennootschaps- en dividendbelasting moeten worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is. Het ligt voor de hand dat dit ook zal gaan gelden voor art. 15b Wet VPB 1969, indien de aangekondigde spoedwetgeving daadwerkelijk wordt ingevoerd. Nu art. 15b Wet VPB 1969 — naar verwachting — wordt ingevoerd per 1 januari 2019, is er voldoende tijd om — indien nodig — de samenloop tussen art. 15 en 15b Wet VPB 1969 EU-proof te maken. Dit zal er waarschijnlijk op neerkomen dat de (voorgestelde) wettekst van art. 15b lid 2 onderdeel a, Wet VPB 1969 intact blijft en art. 15 Wet VPB 1969 wordt aangepast. Indien een belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep in de zin van art. 2:24b BW vindt art. 15b lid 1 Wet VPB 1969 derhalve geen toepassing. Indien de fiscale eenheid samenvalt met de groep zal art. 15b lid 1 Wet VPB 1969 wel toepassing vinden.

4.5 Procyclisch effect EBITDA-regeling

Een belangrijk bezwaar tegen EBITDA-regelgeving is dat deze procyclisch uitwerkt. In de jaren waarin het economisch goed gaat heeft een onderneming relatief veel “aftrekbare renteruimte” en daarmee minder snel last van beperking van renteaftrek. In jaren waarin het economisch minder voorspoedig gaat, is er juist veel minder ruimte en wordt een onderneming veel eerder getroffen door beperking van renteaftrek. In een jaar waarin er bedrijfseconomisch verlies wordt gemaakt kan het dus voorkomen dat — door beperking van renteaftrek — fiscaal een winst moet worden gerapporteerd. Dat in enig jaar niet-aftrekbare rente in een later jaar alsnog in aftrek mag worden gebracht verzacht de pijn enigszins, maar neemt niet weg dat een in economisch zwaar weer verkerende onderneming een belangrijk liquiditeitsnadeel lijdt. Voor ondernemingen met sterk wisselende resultaten is het te hopen dat Nederland alsnog kiest voor een van de meer uitgebreide verrekeningsopties. Indien lidstaten hierin verschillende keuzen maken, bestaat het risico op een niet gelijk speelveld.

Nederland kiest (vooralsnog) niet voor de mogelijkheid van een carry back. Zou Nederland dit wel doen dan ben ik erg benieuwd naar het invoeringsrecht. Kan er bijvoorbeeld carry back plaatsvinden naar jaren waarin de EBITDA-regels nog niet golden? En kan er ook sprake zijn van onbenutte aftrekbare renteruimte uit het pre-EBTIDA-tijdperk? In ATAD1 vind ik niet de antwoorden op deze vragen.

4.6 Financiële ondernemingen

Art. 4 lid 7 ATAD1 biedt lidstaten de optie om de EBITDA-regeling niet te laten gelden voor financiële ondernemingen.^[36] De uitzondering mag ook verleend worden voor financiële ondernemingen die deel uitmaken van een geconsolideerde groep voor verslaggevingsdoeleinden. Nederland kiest er niet voor om financiële ondernemingen uit te sluiten van de EBITDA-regeling. Gelet op de nogal omvangrijke financiële sector van Nederland is dit best een opmerkelijke keuze. Dit geldt in het bijzonder indien andere lidstaten er wel voor kiezen om financiële ondernemingen uit te zonderen. Overigens is het de vraag hoe groot dit probleem in werkelijkheid zal zijn, nu banken en andere financiële instellingen — normaliter — een netto renteontvanger zullen zijn.

4.7 Onderscheid eigen vermogen vreemd vermogen

Mijn belangrijkste bezwaar tegen de door de Europese Commissie gekozen benadering, is dat het fundamentele probleem van het fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen niet wordt aangepakt. Een EBITDA-regel in combinatie met een algemene antimisbruikmaatregel pakt slechts de excessen aan. Binnen de gepresenteerde ruimte blijft financiering met vreemd vermogen vanuit fiscaal oogpunt aantrekkelijker dan financiering met eigen vermogen. De fundamentele economische verstoringen worden hierdoor mijns inziens niet ongedaan gemaakt.

5 Afsluiting

Nederland kent — mijns inziens terecht — thans geen EBITDA-wetgeving.^[97] Nu Nederland ATAD1 moet implementeren kennen wij per 1 januari 2019 wel zo'n bepaling. Hoe deze bepaling er precies uit komt te zien is nog niet duidelijk. Wel wordt steeds meer duidelijk over de vormgeving. In deze bijdrage heb ik laten zien hoe Nederland denkt de earningsstrippingregeling van ATAD1 te gaan implementeren. Daarbij heb ik verschillende onvolkomenheden en aandachtspunten gesignaleerd. Ik hoop dat aan deze punten aandacht wordt besteed bij de uiteindelijke implementatie van ATAD1 in onze nationale wet.

Voetnoten

[1]

Partner en hoofd bureau vaktechniek van PKF Wallast en universitair docent fiscaal recht aan de VU Amsterdam.

[2]

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, Brussel, 28.1.2016, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS).

[3]

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

[4]

Richtlijn van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen, Brussel, 7.6.2017, *PB EU L* 144/1.

[5]

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

[6]

Op grond van art. 2 lid 1 ATAD1 wordt voor de toepassing van financieringskosten verstaan: "rentelasten op alle vormen van schuld, andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen als omschreven in het nationale recht, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, betalingen in het kader van winstdelende leningen, toegerekende rente op instrumenten als converteerbare obligaties en nulcouponobligaties, bedragen in het kader van alternatieve financieringsregelingen, zoals islamitische financiering, het financieringskostenelement van betalingen voor financiële leasing, gekapitaliseerde rente opgenomen in de balanswaarde van een gerelateerd actief, of de amortisatie van gekapitaliseerde rente, bedragen gemeten naar financieringsopbrengst op grond van verrekenprijzeregels, waar van toepassing, notionelerentebedragen in het kader van afgeleide instrumenten of hedgingregelingen met betrekking tot de leningen van een entiteit, bepaalde winsten op buitenlandse valuta en verliezen op leningen en instrumenten in verband met het aantrekken van financiële middelen, garantieprovisies voor financieringsregelingen, afsluitprovisie en soortgelijke kosten in verband met het lenen van middelen".

[7]

In de oorspronkelijke concepttekst ontbrak zo'n bepaling.

[8]

"Daarbij is het uitgangspunt dat dezelfde rente niet meer dan eenmaal in aftrek kan worden beperkt en dat de verschillende renteaftrekbeperkingen worden toegepast in de volgorde waarin zij in de wet staan", *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3*, p. 12. Zie voor een andere benadering J. van Strien, 'De (vrijwel ondoorgrondelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de Vennootschapsbelasting', *TFO* 2013/128.3.

[9]

Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, p. 67.

[10]

Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Belastingadviseurs op de internetconsultatie implementatie ATAD1, 21 augustus 2017, www.accountant.nl/contentassets/dc0829b45ca14eadaac6999c8f6acac3/nob_reactie_internetconsultatie_implementatie_atad1.pdf. De commissie illustreert — in twee varianten — deze samenloop.

[11]

In ATAD1 wordt overschot aan rentelasten aangeduid als "financieringskostensurplus".

[12]

EBITDA staat voor Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation. Depreciation is de afschrijving op materiële vaste activa en Amortisation is afschrijving of afboeking op immateriële vaste activa, denk aan goodwill.

[13]

Regeerakkoord 2017-2021 t.a.p., p. 67.

[14]

Vergelijk OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 – 2015 Final Report, punten 52-53, p. 34-35. In ATAD1 en in het consultatiedocument wordt overigens geen voorbehoud gemaakt voor grote groepsloze vennootschappen die vallen onder trusts, partnerships enz. De OECD maakt dit voorbehoud wel, in de zin dat tegen dergelijke structuren in voorkomende gevallen specifieke antimisbruikwetgeving op zijn plaats is, OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 – 2015 Final Report, hoofdstuk 9 'Targeted rules'.

[15]

Onder een groep wordt verstaan: een economische eenheid, waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden.

[16]

In laatstgenoemd artikel is de CFC-maatregel opgenomen.

[17]

Regeerakkoord 2017-2021 t.a.p. p. 67.

[18]

Vergelijk art. 4 lid 5 onderdeel a ATAD1.

[19]

Vergelijk art. 4 lid 5 onderdeel b ATAD1.

[20]

Regeerakkoord 2017-2021 t.a.p., p. 67.

[21]

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

[22]

Dat wil zeggen dat ingecaluleerd is dat een deel van de activiteiten en geldstromen wordt verlegd naar het buitenland.

[23]

Rapport werkgroep Fiscaliteit t.a.p., p. 56-57.

[24]

Rapport werkgroep Fiscaliteit t.a.p., p. 89.

[25]

Reactie Commissie Wetsvoorstellen NOB t.a.p., p. 6.

[26]

Consultatiedocument t.a.p., p. 15.

[27]

Consultatiedocument t.a.p., p. 22.

[28]

Reactie Commissie Wetsvoorstellen NOB t.a.p., p. 13-14.

[29]

Bij kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen kan onder meer worden gedacht aan advieskosten, kosten van bemiddeling, kosten ter zake van het opstellen van een overeenkomst van geldlening, registratiekosten, afsluitprovisies, garantieprovisies en boeterente.

[30]

Onder rentelasten worden — gelet op art. 15b lid 9 — tevens begrepen valutaresultaten ter zake van schulden begrepen.

[31]

NvW, [Kamerstukken II 2003/04, 29 210](#), p. 16.

[32]

Abstraherend van bijzondere situaties.

[33]

Vergelijk — voor toepassing van art. 10d Wet VPB 1969 — J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting* (FM nr. 119), Deventer: Kluwer 2007, paragraaf 7.8.2.

[34]

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

[35]

Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 25 oktober 2017, [Kamerstukken II 2017/18, 34 323, nr. 20](#), p. 1-7.

[36]

Financiële ondernemingen zijn gedefinieerd in art. 2 van het richtlijnvoorstel.

[37]

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