

HOE VERDER MET ART. 10A?

1. Inleiding

“Mijns inziens kan volstaan worden met onderkapitalisatienormen ter bestrijding van winstdrainage door renteaftrek, zodat art. 10a kan worden geschrapt”,² zo luidt de slotzin van het proefschrift van Marres. Tijdens een in 2006 gehouden bijeenkomst over aftrek van rente in de vennootschapsbelasting van de Vereniging voor Belastingwetenschap kan Van Kalmthout zijn verbazing over deze stelling niet bedwingen: “Dat betekent dat zijn proefschrift met één klap alleen nog maar historische betekenis zou hebben. Ik noem dit een fraai staaltje van wetenschappelijke zelfopoffering, een vorm van heroïek die vergelijkbaar is met de legendarische sprong van Jan van Schaffelaar van de toren van Barneveld.”³ Een jaar later schrijft Marres in de tweede druk van zijn monografie dat dat hem wat teveel eer lijkt: “maar zijn vergelijking geeft mij de moed om (...) te volharden in mijn kritiek”.⁴ Anno 2017 is deze kritiek actueler dan ooit. In juni 2016 is namelijk een Europese richtlijn tegen de aanpak van belastingontwijking, de Anti Tax Avoidance Directive (‘ATAD1’),⁵ aangenomen. Deze richtlijn introduceert een generieke renteaftrekbeperking in de vorm van een earningsstrippingmaatregel. Op 10 juli 2017 is het conceptwetsvoorstel strekkende tot implementatie van ATAD1 voor internetconsultatie beschikbaar gesteld.⁶ In het consultatiedocument wordt aangegeven dat het de bedoeling is om de earningsstrippingregeling met ingang van 1 januari 2019 toe te passen.⁷ Gelijktijdig met de invoering van deze maatregel zal moeten worden bezien of één of meerdere bestaande specifieke renteaftrekbeperkingen kunnen worden geschrapt.⁸ In het kader van de consultatie worden drie vragen gesteld. Uit de eerste vraag blijkt dat het kabinet alleen denkt aan het laten vervallen van art. 13l en art. 15ad en niet aan art. 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (‘Wet Vpb 1969’).⁹ Dat komt niet als een verrassing. Ook uit de memorie van toelichting bij het Belastingplan 2017 blijkt dat het kabinet verwacht dat art. 10a “ook na implementatie van een earnings-stripping-maatregel nog steeds van grote waarde [zal] zijn.”¹⁰ Dit tot ongenoegen van Marres die volhardt in zijn standpunt dat art. 10a kan verdwijnen. In zijn ogen kan resterend misbruik dan worden bestreden met *fraus legis*.¹¹ In deze bijdrage ga ik er vanuit dat het kabinet het parlement ervan zal kunnen overtuigen dat art. 10a moet worden gehandhaafd. Daarmee staat echter geenszins vast dat art. 10a ongeschonden de eindstreep haalt. Het antwoord op de vraag of art. 10a wijziging behoeft,

¹ Jan Vleggeert is verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

² O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek* (Beoordeling van art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969), Deventer: Kluwer 2005, p. 313.

³ L.F. van Kalmthout, *Debatbijdrage, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 228, Aftrek van rente in de vennootschapsbelasting, in het bijzonder art. 10a: ongewijzigd handhaven, aanpassen of afschaffen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 15/16.

⁴ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek* (Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na ‘Werken aan winst’), tweede druk, Deventer: Kluwer 2008, p. V.

⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164 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.

⁶ Zie <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1>

⁷ Consultatiedocument, p.15.

⁸ Consultatiedocument, p. 2.

⁹ <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1/reageren/>

¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34552, 3, p. 32/33. Zie in deze zin ook Kamerstukken II 2015/16, 22112, 2108, p. 42.

¹¹ O.C.R. Marres, ‘De anti-ontgaansrichtlijn’, NTFR-B 2017/18, par. 5.

hangt in de eerste plaats af van de wijze waarop de earningsstrippingregeling zal worden vormgegeven en de daaraan gekoppelde kwestie of art. 131 en art. 15ad kunnen vervallen of moeten worden gehandhaafd, eventueel in aangepaste vorm. Hierop zal worden ingegaan in par. 2. In de tweede plaats ligt art. 10a Europeesrechtelijk onder vuur. Deze problemen zullen worden behandeld in par. 3. In par. 4 zal worden verkend hoe art. 10a kan worden aangepast om aan de in de voorgaande paragrafen gesignaleerde problemen het hoofd te bieden. In dat kader zal de voorgestelde oplossing aan een aantal randvoorwaarden worden getoetst:

- grondslaguitholling door renteaftrek moet worden voorkomen;
- economisch dubbele belastingheffing over de rente moet worden voorkomen;
- de voorgestelde oplossing moet in overeenstemming zijn met de verkeersvrijheden en de Europese fiscale richtlijnen. Toetsing aan de staatssteunregels laat ik in deze bijdrage achterwege;
- er wordt een poging gedaan om vereenvoudiging na te streven.

In par. 5 sluit ik af met een conclusie.

2. Earningsstripping

De earningsstrippingregeling beperkt de aftrek van de rente voor zover het saldo van de verschuldigde en de ontvangen rente (hierna: ‘een overschot aan rentelasten’) hoger is dan 30% van de earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation (hierna: ‘EBITDA’). Vertaald naar de Nederlandse fiscale context is de EBITDA dus gelijk aan de belastbare winst van de belastingplichtige verminderd met de ontvangen rente en vermeerderd met de verschuldigde rente en de afschrijvingen. Met belastbare winst wordt bedoeld op belastbare winst in de zin van art. 7 lid 3 Wet Vpb 1969. In het conceptwetsvoorstel wordt met zoveel woorden duidelijk gemaakt dat voordelen die niet tot de winst behoren, geen deel uitmaken van de belastbare winst. Het kabinet merkt in dit kader op dat bij dergelijke voordelen bijvoorbeeld moet worden gedacht aan voordelen die kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, de innovatiebox of de objectvrijstelling.¹² Bovendien maken rentelasten die niet aftrekbaar zijn en rentebaten die zijn vrijgesteld geen deel uit van het overschot aan rentelasten.¹³ Overigens biedt de ATAD1 de lidstaten de mogelijkheid om te kiezen voor een EBITDA-grens die lager is dan 30%. De richtlijn biedt namelijk een minimumniveau aan bescherming tegen grondslaguitholling en dat betekent dat de lidstaten de keuze hebben om verder te gaan dan de minimumnormen van de richtlijn. In het conceptwetsvoorstel heeft het kabinet vanwege zijn demissionaire status de minimumnormen als uitgangspunt genomen.¹⁴ Er geldt een franchise van € 3 miljoen per belastingplichtige wat betekent dat een overschot aan rentelasten tot dat bedrag niet door de earningsstrippingregeling in aftrek wordt beperkt. In het conceptwetsvoorstel is gekozen voor onbeperkte voorwaartse voortwenteling van het niet aftrekbare overschot omdat dit het meest eenvoudig is in de uitvoering.¹⁵ Verder wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot het opnemen van een uitzondering voor financiële ondernemingen omdat banken doorgaans meer rente ontvangen dan zij betalen en een uitzondering tot afbakeningsproblemen zou leiden.¹⁶ Evenmin is een uitzondering opgenomen voor openbare infrastructuurprojecten.

In het conceptwetsvoorstel wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die ATAD1 biedt om te voorzien in eerbiedigende werking voor leningen die zijn aangegaan voor 17 juni

¹² Consultatiedocument, p. 22.

¹³ Consultatiedocument, p. 11.

¹⁴ Consultatiedocument, p. 1.

¹⁵ Consultatiedocument, p. 14.

¹⁶ Consultatiedocument, p. 15.

2016 en naderhand niet meer (materieel) zijn gewijzigd. Het kabinet vindt een dergelijke eerbiedigende werking vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid onwenselijk. Bovendien zou eerbiedigende werking ertoe leiden dat de budgettaire opbrengst in de eerste jaren fors lager is.¹⁷ Kennelijk is het kabinet niet zeker van zijn zaak want de tweede consultatievraag luidt: “Indien u eerbiedigende werking wenselijk acht, hoe zou dat volgens u op een uitvoerbare wijze kunnen worden opgenomen?” Eerbiedigende werking zou ten koste gaan van de effectiviteit van de regeling en lijkt mij daarom volstrekt onwenselijk.

ATAD1 biedt twee mogelijkheden om rekening te houden met de mate waarin het concern waartoe de belastingplichtige behoort, is gefinancierd met schuld. Dit zijn de eigenvermogen-uitzondering en de EBITDA-uitzondering. Bij de eigenvermogen-uitzondering blijft de rente aftrekbaar als de verhouding tussen het eigen vermogen en de totale activa bij de belastingplichtige ten hoogste 2% lager is dan de overeenkomstige verhouding van de groep als geheel. De EBITDA-uitzondering biedt de belastingplichtige de mogelijkheid om in plaats van de EBITDA grens van 30% te kiezen voor de - in een percentage uitgedrukte - verhouding tussen de per saldo door de groep verschuldigde rente en de groeps-EBITDA. De eerste consultatievraag heeft betrekking op deze kwestie en luidt als volgt: “ATAD1 biedt bij de earningsstrippingmaatregel de mogelijkheid om een groepsuitzondering op te nemen. ATAD1 biedt daarbij twee opties, namelijk een “eigenvermogen-uitzondering” of een “EBITDA-uitzondering”. Het is echter ook mogelijk om geen groepsuitzondering op te nemen. Hiermee levert de regeling een grotere bijdrage aan een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen en wordt de regeling robuuster waardoor een aantal bestaande renteaftrekbeperkingen zou kunnen komen te vervallen. Kunt u gemotiveerd aangeven of u een voorkeur heeft voor implementatie van de earningsstrippingmaatregel met één van de twee groepsuitzonderingen en met behoud van de bestaande renteaftrekbeperkingen van de artikelen 13l, 15ad en 20, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, dan wel implementatie van de earningsstrippingmaatregel zonder groepsuitzondering en met het vervallen van de bestaande renteaftrekbeperkingen van de artikelen 13l, 15ad en 20, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969?”

Deze vraag moet naar mijn mening worden beantwoord aan de hand van de doelstelling van de earningsstrippingregeling die inhoudt dat grondslaguitholling en winstverschuiving binnen een concern door middel van renteaftrek moet worden tegengegaan.¹⁸ De OESO heeft in *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*¹⁹ (hierna: Action 4 – 2015 Final Report) uiteengezet wanneer daarvan sprake is. In dit rapport onderscheidt de OESO drie vormen van grondslaguitholling door renteaftrek:

- (i) concerns die naar verhouding meer externe schuld alloceren aan landen met een hoog effectief tarief;
- (ii) concerns die intra-groepsleningen gebruiken. Daarbij gaat het met name om situaties waarin de rente bij de debiteur aftrekbaar is tegen een tarief dat aanzienlijk hoger is dan het tarief waarnaar de rente bij de crediteur wordt belast;
- (iii) concerns die externe schuld of intra-groepsleningen gebruiken om belastingvrij inkomen te genereren (dit betreft met name deelnemingsschulden).

Aanvankelijk leek het erop dat de OESO ter bestrijding hiervan een zogenoemde group-wide rule zou voorstellen op grond waarvan de rente in aftrek zou worden beperkt naarmate de belastingplichtige naar verhouding zwaarder met externe schuld is gefinancierd

¹⁷ Consultatiedocument, p. 15/16.

¹⁸ Consultatiedocument, p. 12.

¹⁹ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

dan het concern waartoe hij behoort. Uiteindelijk is echter gekozen voor een fixed-ratio rule, een earningsstrippingregeling die de renteaftrek beperkt aan de hand van een vaste ratio, vermoedelijk omdat deze regeling beter uitvoerbaar is dan een group-wide rule. De laatstgenoemde regeling verdeelt de rente die is verschuldigd ter zake van de externe schulden van de groep over de verschillende groepsmaatschappijen op basis van de economische activiteiten van deze maatschappijen voor zover zij belaste winst genereren. Indien een groepsmaatschappij hogere rentelasten heeft dan de rentelasten die op basis van de group-wide rule aan haar worden toegerekend, is het exces niet aftrekbaar. De economische activiteiten kunnen worden gemeten aan de hand van de EBITDA of aan de hand van de activa (bijvoorbeeld op basis van de verhouding tussen het eigen vermogen en de activa).²⁰ De EBITDA-uitzondering en de eigenvermogenuitzondering die aan de orde zijn in de eerste consultatievraag, zijn in wezen verschijningsvormen van de group-wide rule. Een dergelijke regel is zeer geschikt om grondslaguitholling door renteaftrek te voorkomen:

- (i) concerns kunnen externe schuld niet meer naar eigen inzicht alloceren aan landen met een hoog tarief. De allocatie geschiedt immers aan de hand van een groepsratio;
- (ii) er kan geen extra renteaftrek meer worden gecreëerd door middel van intra-groepsleningen. De maximale renteaftrek wordt immers bepaald aan de hand van de rente op de externe schuld van de groep;
- (iii) rente op schulden die worden aangewend om belastingvrij inkomen te genereren, is niet langer aftrekbaar. Er wordt immers geen rente meer gealloceerd aan onbelaste winst of aan activa die onbelaste winst genereren.

Voor de eerste consultatievraag volgt hier naar mijn mening in de eerste plaats uit dat een earningsstrippingregeling altijd een EBITDA-uitzondering of een eigen vermogenuitzondering dient te bevatten. Indien een belastingplichtige voldoet aan de norm van één van deze uitzonderingen, is immers geen sprake van grondslaguitholling door renteaftrek. Overigens heb ik in dit kader een voorkeur voor de eigenvermogenuitzondering omdat de uitkomst van deze toets beter te voorspellen is.²¹

In de tweede plaats stel ik vast dat het verband dat in de eerste consultatievraag wordt gelegd tussen het opnemen van een EBITDA-/eigenvermogenuitzondering en het handhaven van art. 13l en art. 15ad, niet valt te verklaren vanuit de doelstelling om grondslaguitholling door renteaftrek tegen te gaan. Indien een belastingplichtige een beroep kan doen op één van deze uitzonderingen is, zoals reeds is aangegeven, geen sprake van grondslaguitholling door renteaftrek en is er dus ook geen reden om art. 13l of art. 15ad toe te passen. Het antwoord op de vraag of de bestaande renteaftrekbeperkingen al dan niet in aangepaste vorm moeten worden gehandhaafd, dient naar mijn mening niet afhankelijk te zijn van het opnemen van een EBITDA/eigenvermogenuitzondering.

In de derde plaats wijs ik erop dat een earningsstrippingregeling eigenlijk niet geschikt is om grondslaguitholling door renteaftrek te bestrijden. De maatstaf aan de hand waarvan de maximaal aftrekbare rente wordt bepaald, houdt immers niet direct verband met de drie vormen van grondslaguitholling die men wil bestrijden. In feite gaat de

²⁰ OECD, Public Discussion Draft: BEPS Action 4: Interest Deductions and Other Financial Payments, 18 December 2014 – 6 February 2015 (OECD 2014), <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-4-interest-deductions.pdf>, p. 35-41.

²¹ Zie, J. Vleggeert, 'Public Discussion Draft on Interest Deductions Proposes Worldwide Interest Allocation Rules', Bulletin for International Taxation 69(4/5), p. 304/305. In dit kader is het overigens wel essentieel dat de deelnemingen voor de toepassing van de eigenvermogenuitzondering in mindering worden gebracht op zowel het eigen vermogen als de activa, zoals wordt aanbevolen in par. 221/222 van het Action 4 – 2015 Final Report. Zie ook Marres (2017), par. 5.

earningsstrippingregeling fungeren als een safe haven: aan de hand van de regeling kunnen multinationals bepalen tot aan welke grens de grondslag kan worden geërodeerd door middel van renteaftrek.²² Bovendien is de regeling vanwege de franchise niet van toepassing op het midden- en kleinbedrijf en zullen financials doorgaans niet worden geraakt door de regeling omdat zij per saldo meer rente ontvangen dan betalen. Dit betekent dat andere aftrekbeperkingen van de rente niet kunnen worden gemist. Het Action 4 – 2015 Final Report bevat op dit punt aanbevelingen waaruit kan worden afgeleid dat Nederland er goed aan zou doen om art. 10a, art. 131 en mogelijk ook art. 15ad, eventueel in aangepaste vorm, te handhaven.²³

In de vierde plaats ligt het naar mijn mening voor de hand om te overwegen om de EBITDA/eigenvermogenuitzondering ook op te nemen in art. 131 en art. 15ad. Er is immers geen reden om deze renteaftrekbeperkingen toe te passen als een belastingplichtige voldoet aan de EBITDA/eigenvermogenuitzondering omdat dan geen sprake is van grondslaguitholling door renteaftrek. De uitzonderingen die thans worden gemaakt in de leden 5, 6 en 10 van art. 131 zouden dan kunnen vervallen. En ook de begrenzing van de aftrekbeperking van art. 15ad tot het teveel aan overnamerenten zou kunnen worden geschrapt.

3. De verkeersvrijheden

Art. 10a maakt onderscheid tussen rente die is verschuldigd aan een aan Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen crediteur en een buitenlandse crediteur. In de binnenlandse situatie zal bij de crediteur namelijk doorgaans een compenserende heffing plaatsvinden, terwijl dat in grensoverschrijdende situaties lang niet altijd het geval zal zijn. Art. 10a kan daarom een prima facie belemmering vormen van de verkeersvrijheden. De Hoge Raad heeft in BNB 2016/197²⁴ echter in algemene termen beslist dat de belemmering kan worden gerechtvaardigd op grond van de doelstelling om belastingontwijking te voorkomen. Dit arrest is gebaseerd op BNB 2013/136²⁵ waarin de Hoge Raad heeft beslist dat art. 10a ertoe strekt gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied. Eerder heb ik betoogd dat denkbaar is dat art. 10a situaties omvat waarin de schuld een functie heeft in de financiering van de onderneming van de belastingplichtige.²⁶ In die gevallen is er naar mijn mening geen rechtvaardiging voor een belemmering omdat de schuld dan wel verband houdt met de economische realiteit en er om die reden geen sprake kan zijn van een kunstmatige constructie. De Hoge Raad heeft echter anders beslist. Toch is het laatste woord over deze kwestie niet gezegd. Ten aanzien van een vergelijkbare Zweedse aftrekbeperking meent de Europese Commissie namelijk dat sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering.²⁷

In de tweede plaats kan sprake zijn van een belemmering op grond van de zogenoemde per-elementbenadering die is omarmd in HvJ 2 september 2015, C-386/14 (Groupe Steria), BNB

²² Zie J. Vleggeert, 'Over rente en royalty's: de BEPS-acties 4 en 5', WFR 2016/49, p. 328-329.

²³ Zie par. 173/174 van het Action 4 – 2015 Final Report en J. Vleggeert (2016), p. 329.

²⁴ HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, BNB 2016/197.

²⁵ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/136.

²⁶ J. Vleggeert, Cursus Belastingrecht Vpb. 2.2.3.E.c7.

²⁷ Zie voor een samenvatting van deze zaak S. Douma, 'Limitations on Interest Deduction: an EU Law Perspective', British Tax Review 2015, p. 364.

2015/223, punt 28: “Aangaande de andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen de fiscaal geïntegreerde groep moet (...) een afzonderlijke beoordeling worden verricht van de vraag of een lidstaat die voordelen kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep en die voordelen dus kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties.” Voor art. 10a zou de per-elementbenadering ertoe leiden dat de bepaling niet langer kan worden toegepast in situaties waarin de besmette rechtshandeling niet langer zichtbaar zou zijn wanneer de bij de rechtshandeling betrokken buitenlandse vennootschap deel uit zou maken van een fiscale eenheid met de belastingplichtige. In BNB 2016/197 heeft de Hoge Raad daarom aan het HvJ EU gevraagd of de vrijheid van vestiging zich tegen de toepassing van art. 10a verzet in een geval waarin de geldlening verband houdt met een kapitaalstorting in een dochtervennootschap in een andere lidstaat (in de veronderstelling dat deze vennootschap gevoegd zou kunnen worden als zij in Nederland zou zijn gevestigd). Eerder heb ik betoogd dat de per-elementbenadering inderdaad in de weg kan staan aan de toepassing van art. 10a.²⁸

Overigens wijs ik erop dat de per-elementbenadering op vergelijkbare gronden ook in de weg zou kunnen staan aan de toepassing van art. 13l. En ook de earningsstrippingregeling zou op grond van een Groupe Steriaredenering onder vuur kunnen komen te liggen in gevallen waarin de regeling voor belastingplichtigen tot een gunstiger uitkomst zou leiden als wordt aangenomen dat binnen de EU gevestigde maar niet aan Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen groepsvennootschappen deel zouden kunnen uitmaken van de Nederlandse fiscale eenheid. In dit kader verdient vermelding dat de EFTA Surveillance Authority op 25 oktober 2016 een reasoned opinion²⁹ aan Noorwegen heeft gestuurd inzake de daar geldende renteaftrekbeperking. De Authority is van mening dat deze aftrekbeperking in strijd is met de vrijheid van vestiging aangezien zij met name grensoverschrijdende situaties raakt door de werking van de Noorse regeling inzake intragroepsbijdragen. In zijn noot bij BNB 2016/233 constateert Douma dat dit een redenering is die gebaseerd is op de per-elementbenadering. Bovendien stelt Douma vast dat de Noorse renteaftrekbeperking sterk lijkt op de earningsstrippingregeling.³⁰ Indien Nederland ervoor kiest om de earningsstrippingregeling op fiscale eenheidniveau te gaan toepassen,³¹ lijkt deze renteaftrekbeperking daarmee een onzekere toekomst tegemoet te gaan.

4. Verkenning van een oplossing

Het Groupe Steria-risico kan worden weggenomen door in de Wet Vpb 1969 te regelen dat de earningsstrippingregeling, art. 10a en art 13l worden toegepast alsof de fiscale eenheidregels niet gelden. Verder kunnen, zoals is aangegeven in par. 2, de uitzonderingen die thans worden gemaakt in de leden 5, 6 en 10 van art. 13l en de begrenzing van de aftrekbeperking van art. 15ad tot het teveel aan overnamerenten worden vervangen door de EBITDA/eigen vermogenuitzondering. Het toepassingsbereik van deze bepalingen zou op deze wijze belangrijk worden verruimd. Om economisch dubbele heffing over de rente te mitigeren, zou daarom verder in art. 13l moeten worden bepaald dat de rente die op grond van deze bepaling niet aftrekbaar is, kan worden voortgebracht naar het volgende jaar.

²⁸ J. Vleggeert, Cursus Belastingrecht Vpb. 2.2.3.E.c7.

²⁹ Beschikking van 25 oktober 2016, Decision No: 192/16/COL, http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/818742_Reasoned_opinion_-_Complaint_against_Norway_-_Interest_deductibility_restrictions.pdf.

³⁰ S.C.W. Douma, ‘Internationale aspecten van de C(C)TB’, WFR 2017/68, par. 3.

³¹ Zie R. Snoeij, J.H.A.M. van Helvoirt, ‘Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATARichtlijn (art. 4)’, FED 2016/108, par. 3.

Deze aanpassingen van art. 131 en art. 15ad stuiten echter op twee bezwaren. In de eerste plaats is het de vraag welke toegevoegde waarde art. 15ad na de voorgestelde aanpassingen van deze bepaling en de earningsstrippingregeling nog heeft. De eerste begrenzing van art. 15ad komt er namelijk op neer dat de rente alleen mag worden afgetrokken van de eigen winst van de overnameholding. De earningsstrippingregeling maximeert renteaftrek op 30% van de EBITDA. Deze maximering zal - indien de fiscale eenheidregels bij de toepassing van de earningsstrippingregeling buiten beschouwing worden gelaten - doorgaans strenger zijn dan de eerste begrenzing van art. 15ad, aangezien de EBITDA van de overnameholding vaak gelijk zal zijn aan de eigen winst van de overnameholding voor de toepassing van art. 15ad. Wel is de franchise van de earningsstrippingregeling met € 3 miljoen soepeler dan die van art. 15ad die € 1 miljoen bedraagt. Verder kennen beide regelingen na de voorgestelde aanpassingen een EBITDA/eigenvermogen uitzondering. Dit betekent dat art. 15ad kan worden gemist mits de franchise van de earningsstrippingregeling wordt verlaagd naar € 1 miljoen.

Het tweede bezwaar van de voorgestelde aanpassingen betreft art. 131. Punt 173 van het Action 4 – 2015 Final Report raadt landen namelijk aan om naast de earningsstrippingregeling een aftrekbeperking te overwegen die betrekking heeft op rente op *intragroeps*leningen die worden gebruikt om belastingvrij inkomen te genereren. Art. 131 zou, ook na de voorgestelde aanpassingen, niet alleen betrekking hebben op rente op intragroepsleningen maar op alle rente, dus ook op rente die is verschuldigd op leningen van derden. Ervan uitgaande dat Nederland zich zoveel mogelijk zal willen conformeren aan de aanbevelingen die in het Action 4 – 2015 Final Report zijn gedaan, zou de reikwijdte van art. 131 dus moeten worden beperkt tot rente op intragroepsleningen. De reikwijdte van deze bepaling zou dan steeds meer gaan samenvallen met die van art. 10a. Mede uit het oogpunt van eenvoud zal ik daarom bezien of art. 131 kan vervallen indien de actieradius van art. 10a wordt uitgebreid.

In par. 3 is gesignaleerd dat de tegenbewijsregeling van art. 10a kwetsbaar is vanuit Europeesrechtelijk perspectief. Dit probleem zou opgelost kunnen worden door de tegenbewijsregeling te schrappen. Dit zou neerkomen op een forse verruiming van de actieradius van art. 10a. Art. 131 zou dan, in de veronderstelling dat de reikwijdte van deze bepaling zou worden beperkt tot intragroepsleningen, alleen nog van belang kunnen zijn ten aanzien van leningen die verband houden met deelnemingen die geen verbonden vennootschap zijn. Het belang van art. 131 zou dan zo beperkt zijn dat afschaffing van deze bepaling gerechtvaardigd lijkt.

Indien de tegenbewijsregeling van art. 10a wordt afgeschaft, is naar mijn mening een flankerende maatregel nodig op het niveau van de aan Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen crediteur van een 10a-lening. Ten einde economisch dubbele heffing over de rente te voorkomen, zou de rente bij de crediteur moeten worden vrijgesteld van vennootschapsbelasting indien de rente bij de debiteur niet in aftrek is gekomen op grond van art. 10a.³² Deze vrijstelling zou ook moeten gelden als de rente is verschuldigd door een buitenlandse debiteur, niet in aftrek is gekomen voor de toepassing van de buitenlandse winstbelasting en niet in aftrek zou zijn gekomen als in het land van de debiteur een regeling had gegolden die overeen zou komen met art. 10a.³³

³² Overigens zou hier logischerwijs uit voortvloeien dat de besmette rechtshandelingen van art. 10a moeten worden uitgebreid met de verstrekking van een lening waarop deze vrijstelling van toepassing is.

³³ Conform HvJ EU 21 december 2016, C-593/14 (Masco Denmark), punt 43.

Samengevat komt deze oplossing neer op een earningsstrippingregeling met een franchise van € 1 miljoen en een eigenvermogenuitzondering. Daarnaast geldt art. 10a zij het zonder tegenbewijsregeling maar met een vrijstelling voor 10a-rente bij de crediteur. Beide renteaftrekbepkeringen worden toegepast alsof de fiscale eenheidregels niet gelden. Art. 131 en art. 15ad worden geschrapt. Resteert de vraag of deze oplossing voldoet aan de randvoorwaarden die zijn geformuleerd in par. 1.

In par. 2 is reeds geconstateerd dat de earningsstrippingregeling eigenlijk niet effectief is omdat de regeling niet direct verband houdt met de drie vormen van grondslaguitholling die men wil bestrijden. Nederland is op grond van de ATAD1 echter verplicht om de earningsstrippingregeling in te voeren. Wel zou overwogen kunnen worden om de effectiviteit van de regeling te vergroten door de benchmark van 30% van de EBITDA te verlagen naar bijvoorbeeld 10%. Overkill wordt immers vermeden door te kiezen voor de eigenvermogenuitzondering. De effectiviteit van art. 10a wordt vergroot door de tegenbewijsregeling te schrappen. Het aangepaste art. 10a beperkt de aftrek van de rente op schulden van een verbonden lichaam voor zover de belastingplichtige daarmee geen belast inkomen genereert.³⁴ Een bezwaar van de voorgestelde combinatie van aftrekbepkeringen is wel dat financials doorgaans alleen geconfronteerd kunnen worden met art. 10a.

Ten aanzien van de earningsstrippingregeling wordt economisch dubbele belastingheffing over de rente gemitigeerd door de niet-aftrekbare rente voort te wentelen. De vrijstelling van 10a-rente voorkomt economisch dubbele heffing over de rente bij de Nederlandse crediteur. Is de crediteur niet in Nederland gevestigd dan zou wel economisch dubbele heffing over de rente op kunnen treden.

De voorgestelde oplossing is in overeenstemming met de verkeersvrijheden en de Europese fiscale richtlijnen. Verder leidt het schrappen van de tegenbewijsregeling van art. 10a en het vervallen van art. 131 en art. 15ad tot een belangrijke vereenvoudiging. Een andere vereenvoudiging kan worden bereikt door het criterium voor verbondenheid in art. 10a conform de earningsstripping-regeling te verlagen naar 25%.³⁵

5. Conclusie

De vraag in welke vorm art. 10a moet blijven bestaan, kan niet worden beantwoord zonder daarbij de invoering van de earningsstrippingregeling en de overige reeds geldende renteaftrekbepkeringen in de beschouwing te betrekken. In deze bijdrage wordt voorgesteld om een earningsstrippingregeling in te voeren met een franchise van € 1 miljoen, een begrenzing van 10% van de EBITDA en een eigenvermogenuitzondering. Daarnaast geldt art. 10a zij het zonder tegenbewijsregeling maar met een vrijstelling voor 10a-rente bij de crediteur. Beide renteaftrekbepkeringen worden toegepast alsof de fiscale eenheidregels niet gelden. Art. 131 en art. 15ad worden geschrapt.

De aanpassing van art. 10a zou kunnen leiden tot kritiek van buitenlandse investeerders omdat zij kunnen worden geconfronteerd met economisch dubbele heffing over de rente. Ik stap over dit bezwaar heen omdat buitenlandse investeerders hun fundingstructuur kunnen aanpassen:

³⁴ Deze doelstelling roept overigens wel de vraag op of het bereik van art. 10a verruimd moeten worden zodat daaronder ook schulden aan verbonden vennootschappen gaan vallen waarmee voordelen worden behaald die kwalificeren voor de innovatiebox of de objectvrijstelling.

³⁵ Ter voorkoming van misverstand merk ik op dat ik vind dat het zesde lid van art. 10a dat betrekking heeft op de samenwerkende groep, kan worden gehandhaafd.

art. 10a heeft immers alleen betrekking op schulden van verbonden vennootschappen. Bovendien wijs ik er in dit kader op dat het voorgestelde art. 10a alleen de aftrek beperkt van rente op schulden waarmee de belastingplichtige geen belaste winst genereert. Wanneer de wetgever niettemin zou bezwijken voor de druk van buitenlandse investeerders, zit er niets anders op dan art. 10a in de huidige vorm te handhaven. In dat geval kan art. 13l naar mijn mening niet worden gemist. Wel kunnen de leden 5, 6 en 10 van art. 13l worden vervangen door de eigenvermogenutzondering. Schulden aan derden blijven onder het bereik van de bepaling vallen om ervoor te zorgen dat ook de financials zullen worden geconfronteerd met een effectieve aftrekbepanking, zij het dat niet-aftrekbare rente mag worden voortgewenteld.