

Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie ATAD 1

Graag wijzen wij u op ons commentaar bij dit conceptwetsvoorstel. Dit commentaar is ook gepubliceerd in Vakstudie Nieuws (V-N 2017/39.14).

Redactie Vakstudie Nieuws

Op 1 januari 2019 dient de Nederlandse wetgeving te zijn aangepast aan de ATAD1-richtlijn. Met het oog daarop is een concept van een wetsvoorstel ter internetconsultatie vrijgegeven. De conceptwetgeving beoogt implementatie van de ATAD1-richtlijn. Wij verwijzen voor ons commentaar op deze naar V-N 2016/37.3. De doorlopende tekst van de richtlijn (na de wijzigingen die bij ATAD2 zijn aangebracht) is te vinden V-N 2017/36.2 met nader commentaar op sommige onderdelen. Hier vindt u het volledige conceptwetsvoorstel met conceptmemorie van toelichting.

Brief aan Tweede Kamer

Tegelijk met het ter consultatie vrijgeven van het wetsvoorstel heeft de Staatssecretaris van Financiën de Kamer daarover geïnformeerd. In de desbetreffende brief die wij ook hebben opgenomen op onze internetsite op www.navigator.nl, geeft de staatssecretaris de Kamer een omschrijving van de inhoud van ATAD1 alsmede op de bij de opstelling van het consultatiedocument gehanteerde werkhypothese. De brief bevat ook een korte schets van het proces na afloop van de consultatie, namelijk het voornemen om in het eerste kwartaal 2018 met het uiteindelijke wetsvoorstel te komen, zodat de beide Kamers voldoende behandeltijd zouden moeten hebben. Tot slot biedt de staatssecretaris de Kamer een technische briefing aan.

“Woord vooraf”

Bij de internetconsultatie en in het “woord vooraf” is uitdrukkelijk opgemerkt dat met het oog op de demissionaire status van het kabinet en de lopende onderhandelingen over een nieuwe regeerakkoord is gekozen voor het implementeren van de minimumnorm. Hierdoor wordt uitdrukkelijk ruimte gelaten voor een volgend kabinet om standpunten in te nemen die verder gaan dan de minimumnorm. De wijze van terugsluis van de eventuele opbrengst is ook aan een volgend kabinet. Daar waar strikte implementatie van de minimumnorm leidt tot een onevenredige toename van de uitvoeringskosten is ervoor gekozen om verder te gaan dan de minimumnorm.

Deze aanpak kan ertoe leiden dat het uiteindelijk – door een volgend kabinet – in te dienen wetsvoorstel aanzienlijk afwijkt van dit concept. De regering meent echter dat internetconsultatie in dit stadium de kwaliteit van de uiteindelijke wetgeving ten goede zal komen. In dat licht zou het zinvol zijn als deze wetgevingsconsultatie ook leidt tot een consultatieverslag. Weliswaar worden de reacties op <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1> gepubliceerd, maar een verslag geeft ook aan hoe het ministerie denkt over de reacties. Mits tijdig uitgebracht door de nieuwe bewindsman, zou dat een wezenlijke bijdrage kunnen leveren aan de discussie. Wie overigens zoekt op de officiële overheidssite voor internetconsultatie vindt bedroevend weinig consultatieverslagen, terwijl dat toch een van de aanbevelingen is van het in 2016 door Plato en Ockham gedane onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

In het “woord vooraf” wordt duidelijk gemaakt dat implementatie van de minimumnorm niet van belang is voor het onderdeel exithetffing of de algemene antimisbruikmaatregel (GAAR) van de richtlijn, aangezien de Nederlandse wetgeving daarin al voorziet (al worden enkele technische aanpassingen voorgesteld aan de regeling voor het uitstel van betaling van de exithetffing). De vraag in hoeverre de bestaande regeling strenger is dan de minimumnorm wordt daarbij overigens niet gesteld. Toegelicht wordt dat de minimumnorm voor de ‘earnings stripping’-maatregel betekent dat deze wordt geïmplementeerd met de zogenoemde groepsuitzondering, een drempel van € 3 mln. en een EBITDA-grens van 30%. Een aantal politieke partijen wil echter strenger zijn (of anders gezegd wil meer opbrengst kunnen verwachten). Waar tevens de vraag speelt wat te doen met de bestaande renteaftrekbepalingen heeft dat geleid tot wat in het consultatiedocument een open vraag wordt

genoemd. Zo open is die vraag echter nu ook weer niet: Gevraagd wordt naar de voorkeur voor (i) een regeling met een groepsescape én handhaving van bestaande aftrekbepalingen van art. 13l, 15ad en 20 lid 4 Wet VPB 1969 of (ii) een regeling zonder groepsescape en met vervallen van genoemde aftrekbepalingen.

Een tweede “open vraag” ziet op het ontbreken van door de richtlijn toegelaten eerbiedigende werking voor leningen die vóór 17 juni 2016 zijn afgesloten, zolang zij niet worden gewijzigd. Daarvan is in het conceptwetsvoorstel afgezien, omdat het uit oogpunt van uitvoerbaarheid onwenselijk zou zijn. De in de toelichting genoemde problemen lijken ons echter niet onoverkomelijk, terwijl het belang in individuele gevallen groot kan zijn. De praktijk wordt gevraagd hoe het dan wel kan. Wij zijn benieuwd naar de reacties.

ATAD1 geeft voor de CFC-maatregel een model A of een model B. Model A telt onder voorwaarden bepaalde inkomsten bij, model B komt slechts tot bijtelling als inkomsten op kunstmatige wijze in een CFC zijn ondergebracht. Het eerste model kent een risico van dubbele heffing, het tweede in principe niet. De Kamer heeft de motie-Groot (Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 56, V-N 2016/61.15) aangenomen en daarmee een voorkeur voor model A uitgesproken. Dat was voor de huidige regering de reden om alleen model A uit te werken in het conceptwetsvoorstel. Toch lijkt in het “woord vooraf” een voorkeur van de regering voor model B naar voren te komen, een voorkeur die wij delen. Het stellen van een “open vraag” ter zake lijkt ons dan ook een goede zaak.

ATAD1 bevatte ook te implementeren maatregelen tegen hybrides in de EU-context. Bij ATAD2 is deze gewijzigd en is de invoeringsdatum verschoven én is het bereik uitgebreid tot de extra-EU-context. In verband met de latere ingangsdatum van deze maatregelen worden deze niet meegenomen in deze consultatie.

1. Algemene renteaftrekbepaling / ‘earnings stripping’-regeling

Art. 4 ATAD1 verplicht tot invoering van een ‘earnings stripping’-regeling; wij verwijzen voor ons commentaar op de deze regeling naar V-N 2016/37.3. De doorlopende tekst van de richtlijn is te vinden V-N 2017/36.2.

Kort gezegd, beperkt de maatregel de aftrek van rente, voor zover deze per saldo meer bedraagt dan 30% EBITDA, zijnde de fiscale winst vóór rente, belastingen en afschrijvingen. Daarbij wordt in dit geval geen onderscheid gemaakt tussen groepsschulden en externe schulden. Wel geldt onder ATAD1 de mogelijkheid van een franchise van € 3 mln.; tot dit bedrag is de aftrek van rente in elk geval niet beperkt. De ATAD1-richtlijn geeft echter, zoals gezegd, slechts minimumstandaarden, dus lidstaten zijn vrij om een lager percentage of een lagere franchise te kiezen. De regering kiest daar in dit voorstel (nog) niet voor en sluit aan bij de 30% en een franchise van € 3 mln., maar de regering laat die deur wel open voor de volgende regering.

Een tweede keuze die in dit voorstel niet wordt gemaakt, is of in de regeling een groepsescape wordt opgenomen. Dat is onderwerp van een “open vraag” van deze consultatie (zie hiervóór). Het voorstel bevat in het tussen haken opgenomen lid 6 twee verschillende versies van een groepsuitzondering. Nederland kende van 2004 tot en met 2012 al een algemene renteaftrekbepaling in de vorm van een ‘thin capitalisation’-regeling (art. 10d (oud) Wet VPB 1969), ingevoerd in reactie op het Bosal-arrest. Die regeling bleek ertoe te leiden dat internationale groepen hun Nederlandse dochtervennootschappen enerzijds ‘volhingen’ met buitenlandse dochtervennootschappen en anderzijds met een maximale rentelast opzadelden. De regeling is afgeschaft en art. 13l Wet VPB 1969 is ingevoerd. Thans wordt weer een algemene renteaftrekbepaling ingevoerd, maar dan een ‘earnings stripping’-regeling waarvan de elementen zich veel minder gemakkelijk laten beïnvloeden.

Omdat Nederland nog geen ‘earnings stripping’-regeling kent, is dit een belangrijk onderdeel van het implementatiewetsvoorstel. Het betreft een voorgesteld nieuw art. 15b Wet VPB 1969, een artikel dat in het verleden in gebruik is geweest als het artikel voor het regime voor concernfinancieringsmaatschappijen (een faciliteit voor groepsfinanciering). Het huidige voorstel is echter duidelijk andere koek. Onduidelijk is waarom de regering bij de implementatie heeft gekozen voor deze plaats in de Wet VPB 1969, namelijk in (of tussen) de afdelingen die de fiscale eenheid en de eindafrekening betreffen. Opname in afdeling 2.2 Wet VPB 1969 die over de winstbepaling gaat, had wat ons betreft meer voor de hand gelegen, bijvoorbeeld door middel een nieuw art. 10e Wet VPB 1969.

Lezen wij het voorgestelde artikel goed, dan dient een aantal stappen te worden doorlopen om te bepalen of, en zo ja hoeveel, rente niet in aftrek mag worden gebracht. Wij doorlopen hierna de belangrijkste stappen en sluiten af met een aantal opmerkingen.

Eerste stap: is sprake van een “op zichzelf staande” belastingplichtige?

Volgens het voorgestelde lid 2 is de earnings stripping'-regeling niet van toepassing, indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep, geen gelieerd lichaam heeft (als bedoeld in lid 22) én geen vaste inrichting heeft. Op het eerste gezicht lijkt deze uitzondering begrijpelijk. In het geval van een op zichzelf staande entiteit lijkt het namelijk moeilijk om door middel van “overmatige” rentebetalingen de grondslag uit te hollen. Anderzijds lijkt het niet zozeer een echte uitzondering als wel het afsnijden van een bewijsrechtelijke bocht. Nu de regeling zowel op groepsrente als op externe rente ziet, lijkt het enerzijds conceptueel voor de hand te liggen ook de op zichzelf staande belastingplichtige erin te betrekken. Anderzijds geldt dat de regeling is gericht tegen grondslaguitholling en winstverschuiving binnen een concern door middel van renteaftrek, zodat er geen aanleiding is de regeling toe te passen als de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep, geen gelieerde lichamen en geen vaste inrichting heeft. Dat geldt zowel voor het geval van een regeling met groepsuitzondering als een regeling zonder groepsuitzondering. Wel zal elke op zichzelf staande belastingplichtige rekening moeten houden met een administratief schokeffect van uitbreiding. Een op zichzelf staande belastingplichtige bijvoorbeeld, die 90% van zijn EBITDA aan rente betaalt, wordt niet geraakt door de 'earnings stripping'-regeling. Treedt hij toe tot een joint venture met een belang van 30%, dan valt hij plotsklaps wel onder de regeling, zonder een beroep te kunnen doen op een groepsescape.

Tweede stap: bepaling van het overschot aan rentelasten

Het overschot aan rentelasten is simpelweg het positieve verschil tussen betaalde en ontvangen rente. Deze worden dus gesaldeerd. Is per saldo sprake van meer ontvangen dan betaalde rente, dan is de 'earnings stripping'-regeling niet van toepassing.

De eerste belangrijke vaststelling daarbij is dat slechts wordt gekeken naar rente die in aanmerking wordt genomen bij bepaling van de fiscale winst. Dit heeft een aantal consequenties:

- Rente met betrekking tot schulden of vorderingen die fiscaalrechtelijk niet als vreemd vermogen worden aangemerkt, worden niet meegenomen in de berekening;
- Betaalde rente die niet tot de winst behoort op grond van een andere renteaftrekbepaling, zoals art. 10a, 10b, 13l of 15ad Wet VPB 1969, wordt niet meegenomen in de berekening van het saldo. De door de crediteur van dergelijke geldleningen ontvangen rente wordt evenwel wel meegenomen;
- Voor onzakelijke leningen wordt slechts het “zakelijke” gedeelte van de rente meegenomen, dat wil zeggen het gedeelte dat in aftrek mag worden gebracht. Voor zover een rentebetaling onder de onzakelijkeleningsjurisprudentie dient te worden geherkwalificeerd als informele kapitaalstorting of verkapt dividend, wordt de rente niet meegenomen voor deze berekening.

Het voorgestelde lid 5 zondert daarnaast betaalde of ontvangen rente uit waarop de objectvrijstelling van toepassing is. Ons inziens kan de vraag worden gesteld of deze bepaling nodig is. Op basis van art. 15e Wet VPB 1969 behoort dergelijke rente immers al niet tot de winst, zodat zou kunnen worden gezegd dat zij al op basis van het voorgestelde lid 1 niet zou worden meegenomen. Op basis van de systematiek vindt de objectvrijstelling echter in twee stappen plaats: Ten eerste worden alle baten en lasten in de grondslag begrepen, ten tweede wordt objectvrijstelling verleend voor (de positieve en negatieve bedragen van) de winst uit die andere staat. Het voorgestelde lid 5 biedt in elk geval duidelijkheid.

Het voorgestelde lid 9 verduidelijkt dat onder rente ook kosten en valutaresultaten ter zake van schulden of vorderingen worden verstaan en in de toelichting wordt dat met een keur aan voorbeelden toegelicht en in zekere zin uitgebreid. Deze kosten en valutaresultaten worden met rente gelijkgesteld en zullen dus alleen in aanmerking worden genomen voor zover zij tot de belastbare winst behoren. De conceptmemorie van toelichting vermeldt overigens ook dat onder “rente” ook geactiveerde of gekapitaliseerde rente wordt verstaan. De praktische uitwerking – het meetellen in het jaar waarin de rente als zodanig verschijnt of het jaar waarin het bedrag aan rente uiteindelijk fiscaal in aanmerking wordt genomen – wordt echter in het midden gelaten. Een voorbeeld zou dit wel verduidelijken.

Ons is daarbij niet duidelijk hoe moet worden aangekeken tegen debiteurenverliezen. Er is immers een zeker verband tussen de hoogte van de rente en het risico op dergelijke verliezen, zodat het niet onlogisch zou zijn deze analoog aan valutaverliezen te behandelen. In dat geval zou overigens de eventuele winst op een verworven “bad debt” ook als rente hebben te gelden.

Het conceptwetsvoorstel bevat een franchise die aansluit bij de € 3 mln. van ATAD1. De voorbeelden maken duidelijk dat het gaat om een echte franchise die altijd aftrekbaar is.

Derde stap: bepaling van de gecorrigeerde belastbare winst

De aftrekbeperking wordt berekend over de “gecorrigeerde belastbare winst”. Dit is blijkens het voorgestelde lid 4 de fiscale winst in het jaar, plus de afschrijvingen en het overschot aan rentelasten. Ten eerste blijkt duidelijk dat het gaat om de belastbare winst, zoals bedoeld in art. 7 lid 3 Wet VPB 1969. Bestanddelen die niet tot de belastbare winst behoren, worden niet meegenomen. Daarbij moet blijkens de conceptmemorie van toelichting worden gedacht aan bijvoorbeeld voordelen onder de deelnemingsvrijstelling, innovatiebox, objectvrijstelling, dotaties aan de herinvesteringsreserve, investeringsaftrek, kwijtscheldingswinst en niet-aftrekbare giften. Dat is (helaas) echter slechts het topje van de ijsberg. De wet kent immers een woud aan winstbepalingsregels.

In tegenstelling tot het begrip “belastbare winst”, is het begrip “afschrijving” minder duidelijk gedefinieerd in de wet. De conceptmemorie van toelichting verwijst naar afschrijvingen als bedoeld in art. 3.30 en art. 3.30a Wet IB 2001. Dat artikel definieert het begrip “afschrijving” echter strikt genomen niet. Het afwaarderen van een bedrijfsmiddel naar een lagere bedrijfswaarde valt volgens de wetgever in elk geval niet onder het begrip “afschrijving”, zo kan worden afgeleid uit de parlementaire toelichting op art. 3.30 lid 2 Wet IB 2001 (Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3, p. 27). Voorts geeft de concepttoelichting uitdrukkelijk aan dat de belastbare winst niet wordt gecorrigeerd met afwaarderingen.

Vierde stap: groepsuitzondering op basis van eigen vermogen, op basis van EBITDA of niet van toepassing?

De ATAD1-richtlijn laat de lidstaten de keuze om een ‘escape’ in te voeren, waarbij de belastingplichtige wordt vergeleken met de (gehele) groep waartoe hij behoort. De richtlijn laat de lidstaten echter een keuze uit twee varianten: de eigenvermogen-uitzondering (model A) of de EBITDA-uitzondering (model B). Zoals gezegd, heeft de regering nog geen keuze gemaakt en is dit derhalve een nog “open vraag”, mede in combinatie met de vraag wat te doen met enkele van de bestaande renteaftrekbeperkingen (zie hiervóór). Uit de formulering van de “open vraag” blijkt dat de regering denkt aan twee alternatieven. Gevraagd wordt naar de voorkeur voor (i) een regeling met groepsescape en handhaving van de bestaande aftrekbeperkingen van art. 13l, 15ad en 20 lid 4 Wet VPB 1969 of (ii) een regeling zonder groepsescape en met het vervallen van genoemde aftrekbeperkingen. Voorts wordt gevraagd naar de voorkeur voor een van de twee groepsuitzonderingen.

De “open vraag” is daarmee niet zo open als wellicht wordt gesuggereerd. Een alternatief is een regeling met een groepsescape en met het schrappen van genoemde aftrekbeperkingen. Daarmee wordt voldaan aan ATAD1 en valt, indien eenmaal een algemene renteaftrekbeperking is geïntroduceerd die een dam opwerpt tegen grondslaguitholling en winstverschuiving binnen concern, ook te argumenteren dat belastingplichtigen dan ook de vrijheid moeten hebben om de nog wel gegeven ruimte te benutten. Verder noemt de toelichting slechts enkele aftrekbeperkingen. Er valt ook te denken aan het laten vervallen van andere niet genoemde aftrekbeperkingen, bijvoorbeeld art. 10a Wet VPB 1969. Het is uit eerdere parlementaire stukken reeds bekend dat het kabinet nog nut ziet in deze aftrekbeperking vanwege het specifieke karakter en als antimisbruikregeling. Ook wat deze bepaling betreft, is de vraag of belastingplichtigen niet meer vrijheid moeten krijgen om zich tot de toegestane ratio met vreemd vermogen te financieren, zelfs als dat betekent dat eigen vermogen in vreemd vermogen wordt omgezet. Bezien vanuit de groepsratio dwingt Nederland anders de groep om het vreemd vermogen maar bovenmatig naar een ander land af te wentelen. Naast de nieuwe ‘earnings stripping’-regeling zou bovendien de antimisbruikregeling, fraus legis of GAAR-bepaling, een (voldoende) dam opwerpen tegen (te vergaande) renteaftrekconstructies. Daarbij roepen wij in herinnering dat destijds bij de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 in 1997 de keuze voorlag tussen

een algemene renteaftrekbeperking, zoals bijvoorbeeld een ‘thin capitalisation’-regeling, of een specifieke renteaftrekbeperking, zoals art. 10a Wet VPB 1969. Destijds viel de keuze op de specifieke renteaftrekbeperkingsmaatregel van art. 10a Wet VPB 1969. Thans valt, onder dwang van de ATAD1, de keuze op een algemene renteaftrekbeperkingsmaatregel, zodat het ons inziens logisch zou zijn de specifieke renteaftrekbeperkingsmaatregel weer te laten vervallen. Maar wij realiseren ons dat dit in 2004, toen de ‘thin capitalisation’-regeling van art. 10d (oud) Wet VPB 1969 werd ingevoerd (en die in 2013 weer is vervallen), ook niet is gebeurd. Maar beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald.

Wij zijn er nog niet uit welke groepsescape – de eigenvermogen-uitzondering of de EBITDA-uitzondering – de voorkeur zou moeten krijgen. Wij zijn er zelfs niet uit of het niet mogelijk zou moeten zijn om de beide bepalingen op te nemen en de belastingplichtige de keuze te laten. De richtlijn lijkt weliswaar de regeling als alternatief te zien, maar lijkt beiden toch ook niet uit te sluiten. Het lijkt ons dat de voorkeur voor de ene of de andere escape sterk kan samenhangen met het soort onderneming van de groep. Overigens lijkt de eigenvermogen-uitzondering tot een alles-of-nietsbenadering te leiden, in die zin dat ofwel alle rente aftrekbaar is ofwel wordt teruggevalen tot de 30% en niets daartussenin (geen ‘voor zover’-benadering dus), terwijl de EBITDA-uitzondering leidt tot een ‘voor zover’-benadering. Beide regelingen hebben als complicerende factor dat de commerciële jaarrekening moet worden gebruikt en dat in meer of mindere mate correcties moeten worden aangebracht voor verschillen tussen commerciële en fiscale relevante grootheden. Vermoedelijk kunnen beide regelingen tot een redelijke uitkomst leiden, beide met een zekere mate van complexiteit, maar tegelijkertijd toch beiden ook doenlijk. Wij zijn zeer benieuwd naar de inbreng op de consultatie en de uiteindelijke keuzes en voorstellen.

Het voorgestelde lid 7 bevat een regeling voor de situatie dat een belastingplichtige onderdeel uitmaakt van twee groepen. Dan wordt aangesloten bij de groep waarvan de activa het grootst zijn of het resultaat het hoogst is. Het lijkt ons dat daarmee niet is gezegd dat de voor de belastingplichtige daarmee beste of redelijkste uitkomst wordt bereikt. Wij kunnen ons voorstellen dat voor belastingplichtigen gunstiger zou zijn om te mogen aansluiten bij de groep die hem de meeste ruimte biedt voor renteaftrek. Ten opzichte van die groep is de belastingplichtige immers niet excessief gefinancierd.

Voortwenteling van niet-aftrekbare rente

Indien een bedrag aan rente niet aftrekbaar is op basis van de ‘earnings stripping’-regeling, mag dit bedrag worden voortgewenteld naar een volgend jaar. In dat volgende jaar wordt het bedrag in aanmerking genomen als rentelast. Uit de toelichting volgt dat het systeem lijkt op dat van verliesverrekening: eerst wordt de rente uit het boekjaar zelf in aanmerking genomen, gevolgd door het oudste voort te wentelen bedrag.

De ATAD1-richtlijn verplicht de lidstaten tot onbeperkte voorwaartse verrekening. Tekst en toelichting van het wetsvoorstel gaan daar ook van uit. De ATAD1-richtlijn staat toe dat lidstaten het daarbij laten. De ATAD1 richtlijn staat echter ook een achterwaartse verrekening toe van drie jaar of een voortwenteling van onbenutte rentecapaciteit van vijf jaar. Nederland heeft het gelaten bij de (onbeperkte) voorwaartse verrekening en hiervan geen gebruik gemaakt. De conceptmemorie van toelichting stelt dat dit is om redenen van eenvoud, maar wij vermoeden dat budgettaire overwegingen hierbij (ook) een rol spelen. Desalniettemin had het ons goed geleken als ook hierover een “open vraag” was gesteld, gezien de impact die de ‘earnings stripping’-regeling zal hebben.

De regering geeft aan dat de samenloop van de voortwenteling met onder andere de verliesverrekening, fusies en splitsingen en de fiscale eenheid nog nader dienen te worden uitgewerkt. Wij hopen dat deze bepalingen ook ter consultatie worden voorgelegd of in elk geval zodanig voldoende tijd voor de wetgeving wordt genomen dat met praktijkvragen en praktijkinbreng rekening kan worden gehouden. De ervaring leert dat juist dit soort samenloop in de praktijk tot wetstechnische capriolen leidt, waar consultatie of het anderszins tijdig onderkennen van de praktijkinbreng veel praktijkvragen vooraf kan oplossen.

Samenloop met verliesverrekening

Uit de systematiek en voorbeeldberekeningen mag blijken dat de ‘earnings stripping’-bepaling pas aan het eind van de rit komt kijken. Pas als de belastbare winst duidelijk is, blijkt de omvang van deze aftrekbeperking.

Onduidelijk is echter nog hoe dit artikel moet worden toegepast naast de verliesverrekening. Ook wat dit betreft had een verzoek om inbreng in het kader van de consultatie mogelijk nuttig kunnen zijn. Wellicht dat de input toch wel gegeven gaat worden. Wij hopen dat het uiteindelijke wetsvoorstel en de uiteindelijke memorie van toelichting hieraan wel duidelijke bepalingen en een duidelijke toelichting met een aantal voorbeelden wijdt.

Niet gekozen voor uitzondering voor financiële ondernemingen of openbare-infrastructuurprojecten

De ATAD1-richtlijn geeft lidstaten de keuze om financiële ondernemingen van de ‘earnings stripping’-regeling uit te zonderen. De regering heeft ervoor gekozen dit niet te doen omdat, zoals zij stelt, banken doorgaans meer rente ontvangen dan betalen, waardoor de regel zonder effect zou zijn. Dat mag wellicht zo zijn, de ATAD1-richtlijn definieert “financiële onderneming” veel breder dan slechts banken. Zo vallen ook bepaalde beleggers, verzekeraars en pensioenfondsen hier onder. Of in deze gevallen doorgaans meer rente wordt ontvangen dan wordt betaald, wagen wij sterk te betwijfelen.

De regering geeft verder aan dat niet voor opname is gekozen wegens (i) afbakeningsproblemen en (ii) toename van complexiteit en samenloop bij onder andere de groepsuitzondering en samenloop met fiscale eenheid. Het eerste punt overtuigt ons niet. Ons komt voor dat zou kunnen worden aangesloten bij definities in regulatoire wetgeving op Nederlands en/of EU-niveau (de richtlijn doet dat zelf ook). Het tweede punt overtuigt in eerste instantie meer, maar is uit de mond van de regering toch ook enigszins een gelegenheidsargument en gaat geheel voorbij aan het gezichtspunt vanuit de belastingplichtige(n), met name financiële ondernemingen, voor wie het aan complexiteit juist aanzienlijk zou schelen, indien de uitzondering wel zou worden opgenomen.

De keuze om geen uitzondering voor openbare-infrastructuurprojecten op te nemen, kunnen wij volgen. De uitzondering lijkt in de ATAD1-richtlijn het resultaat te zijn van een poging om de laatste lidstaten over de streep te trekken. Conceptueel past zij echter minder goed in het geheel.

Bestaande financiering eerbiedigen?

De tweede “open vraag” ziet op de mogelijkheid die de ATAD1-richtlijn biedt om vóór 17 juni 2016 afgesloten leningen uit te zonderen van de ‘earnings stripping’-regeling. De regering acht dat onwenselijk vanuit een oogpunt van uitvoerbaarheid. Zulks omdat dan jaarlijks moet worden vastgesteld wanneer de lening is aangegaan en of zich wijzigingen hebben voorgedaan en voorts omdat er samenloop tussen het oude en het nieuwe regime gaat plaatsvinden. Verder leidt eerbiedigende werking tot samenloopkwesies bij de heroverweging ten aanzien van andere aftrekbeperkingen die dan wellicht voor die leningen zouden moeten blijven gelden. Vanuit een oogpunt van uitvoerbaarheid kunnen wij voor deze benadering derhalve wel enig begrip opbrengen, al lijken ons veel van de bezwaren in wetgeving en uitvoering wel overkomelijk. De regering geeft overigens ook budgettaire redenen voor geen eerbiedigende werking. De realiteit is dat belastingplichtigen hun bestaande (externe) financieringen nu eenmaal niet altijd even gemakkelijk kunnen aflossen of herfinancieren, zodat het ingrijpen van wetgeving in de door belastingplichtigen verwachte fiscale behandeling rechtvaardigt zorgvuldig na te denken over een overgangsregeling. De gestelde “open vraag” combineert de vraag naar de wenselijkheid van eerbiedigende werking met de vraag naar een voorstel voor een werkbare regeling.

Gelieerd lichaam

Het voorgestelde lid 11 definieert een met de belastingplichtige gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon. Deze definitie is nieuw en geldt ook voor de CFC-bepaling (die overigens nog een nieuwe definitie introduceert, namelijk die van een “gecontroleerd lichaam”). Een en ander komt de eenvoud bepaald niet ten goede.

Voor de onderhavige bepaling is de definitie van een gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon slechts nodig voor de uitzondering voor op zichzelf staande entiteiten. Wij vragen ons af of dit niet simpeler had kunnen worden opgelost, bijvoorbeeld door aan te sluiten bij het deelnemingsbegrip en dus bij de definitie in art. 13 lid 1 Wet VPB 1969 (met aanpassing van het percentage). Anderzijds

sluit deze definitie nauwer aan bij de tekst van de ATAD1-richtlijn. Als dat de reden is, is echter weer de vraag waarom dan toch weer tekstueel enigszins daarvan is afgeweken. Net als bij de definitie in het voorgestelde art. 15ba lid 2 Wet VPB 1969 in het conceptwetsvoorstel (de CFC-maatregel, zie hierna) valt op dat niet in de tekst maar slechts in de toelichting is aangegeven dat het gaat om directe of indirecte belangen, terwijl het ons raadzaam lijkt dat direct in de tekst mee te nemen.

Inwerkingtreding

Het uitgangspunt bij de implementatie van de ‘earnings stripping’-regeling is 1 januari 2019 als toepassingsdatum. ATAD1 staat uitstel toe tot 1 januari 2024 onder voorwaarde van reeds bestaande minstens effectieve aftrekbeperkingen en aanmelding voor de regeling bij de Europese Commissie vóór 1 juli 2017. Zoals reeds eerder was bekendgemaakt en ook in de toelichting is opgemerkt, vindt het kabinet het niet opportuun om van dit uitstel gebruik te maken. Voor de consultatie is dat inmiddels een gepasseerd station.

2. Exitheffing

Art. 5 ATAD1 legt lidstaten de verplichting op te voorzien in een exitheffing. Daaraan gekoppeld is de verplichting voor lidstaten om te voorzien in de mogelijkheid van uitstel van betaling. Voor ons commentaar op dit onderdeel van de richtlijn verwijzen wij naar V-N 2016/37.3. De doorlopende tekst van de richtlijn is te vinden in V-N 2017/36.2. Het conceptwetsvoorstel bevat in het voorgestelde art. 25b IW 1990 een voorstel opgenomen om de in Nederland bestaande regeling voor de exitheffing op enkele punten aan te passen. Dat betreft slechts wijzigingen in de regeling voor het uitstel van betaling voor de vennootschapsbelasting.

Exitheffing als zodanig

Het uitgangspunt in de toelichting is dat voor elk van de gevallen waarvoor de richtlijn in beginsel heffing voorschrijft, het stelsel van de Wet VPB 1969 reeds zodanig is opgezet dat exitheffing inherent is aan de winstbepaling of de berekening van de winst van een vaste inrichting. De toelichting constateert per geval dat de wetgeving al voldoet. Een van de vier gevallen neemt een bijzondere positie in, omdat daarin gebruik wordt gemaakt van de uitzondering in ATAD1. Dat betreft de overbrenging door een binnenlandse belastingplichtige naar een buitenlandse vaste inrichting. Daarvoor wordt geen onmiddellijke exitheffing ingevoerd maar wordt het huidige systeem voortgezet. Volgens de richtlijn hoeft slechts te worden geheven ‘voor zover’ de lidstaat niet langer het recht heeft de overgebrachte activa in de heffing te betrekken. De toelichting geeft aan dat Nederland daarom voor de overbrenging vanuit Nederland naar een buitenlandse vaste inrichting geen onmiddellijke exitheffing invoert maar kan volstaan met het huidige systeem, omdat het Nederlandse heffingsrecht blijft bestaan. Alsdan is er geen directe afrekening bij overbrenging naar het buitenland maar wordt de overdrachtswinst op termijn wel belast vanwege de hogere afschrijving bij de vaste inrichting die leidt tot een overeenkomstig lagere objectvrijstelling. Het valt wel te hopen dat de lidstaat van ontvangst de ‘step up’ niet afhankelijk stelt van onmiddellijke afrekening in Nederland.

De toelichting geeft ook aan dat de Nederlandse regeling door diens praktische toepassing al voorziet in twee andere eveneens door de richtlijn verplicht gestelde regelingen. Dat betreft ten eerste de ‘step up’ bij binnenkomst voor vermogensbestanddelen. Het betreft ten tweede de kortdurende overbrenging, beperkt tot 12 maanden, van activa bedoeld in art. 5 lid 7 ATAD1 (kortdurende overbrenging in verband met effectenfinanciering, zekerheidsstelling, prudentiële kapitaalisen of liquiditeitsbeheer). In onze aantekening bij de richtlijn signaleerden wij in de richtlijn een mogelijk onbedoelde verkrapping van de uitzondering voor tijdelijke overbrenging, doordat deze beperkt leek tot de genoemde periode en de genoemde situaties. Wij zagen aanleiding voor een meer algemene uitzondering voor de tijdelijke overbrenging (zoals was opgenomen in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel), zodat bijvoorbeeld het inzetten van zwaar materieel in een “constructie”-vaste inrichting niet leidt tot een exitheffing, zoals deze ook thans niet leidt tot een exitheffing. Het uitgangspunt van de consultatie lijkt te zijn dat de huidige systematiek wordt voortgezet. Wij veronderstellen dat dit ook op dit punt geldt. Dat lijkt ons terecht en overigens ook in overeenstemming met de richtlijn. Beziet men tijdelijke overbrenging, dan lijkt voor de winsttoerekening eerder sprake van verhuur(analogie) dan van een overbrenging van activa. Bovendien lijkt ook dan dat geen exitheffing hoeft te worden toegepast, omdat slechts moet worden

geheven voor zover de lidstaat niet langer het recht heeft de activa in de heffing te betrekken. Het lijkt wenselijk dat wordt verduidelijkt dat ook voor andersoortige kortdurende overbrengingen geen exitheffing zal plaatsvinden maar de huidige systematiek wordt voortgezet.

Uitstel van betaling respectievelijk gespreide betaling

Het tweede lid van art. 5 van ATAD1 dwingt lidstaten om aan belastingplichtigen het recht te geven op gespreide betaling over een periode van vijf jaar in geval wordt overgebracht naar een andere EU- of EER-lidstaat. Daarbij geldt wel de voorwaarde dat deze een overeenkomst tot bijstand inzake invordering heeft gesloten.

Het implementatievoorstel bevat met name wijzigingen in de regeling voor uitstel van betaling. Die regeling wordt gesplitst. Voor de inkomstenbelasting wordt de huidige regeling (art. 25a IW 1990), met mogelijk uitstel van 10 jaar, gehandhaafd. Deze aanpassing is niet in de consultatie meegenomen. Het lijkt ons ook een relatief eenvoudige aanpassing. Voor de vennootschapsbelasting wordt een nieuwe regeling voorgesteld in art. 25b IW 1990. Het voorgestelde lid 1 geeft de keuzemogelijkheid voor uitstel van betaling en betaling in termijnen en bevat een delegatiebepaling. Lid 2 regelt de zekerheidsstelling, lid 3 de situaties waarin het uitstel wordt beëindigd, en lid 4 het moment en de wijze van uitbrengen van de keuze.

Het voorgestelde lid 1 regelt het uitstel en biedt slechts de mogelijkheid van betaling in vijf gelijke jaarlijkse termijnen (of op het eerdere moment van realisatie, zie het voorgestelde lid 3). De keuzemogelijkheid voor uitstel tot het (latere) moment van realisatie vervalt. Dat is in lijn met de ATAD1. Uitstel wordt slechts verleend aan een belastingschuldige die is gevestigd in een andere EU- of EER-lidstaat. Vraag is of er niet ook uitstel moet of kan worden verleend aan belastingschuldigen gevestigd in derde staten, zolang er voldoende zicht blijft op de invordering van de uitgestelde heffing. Voor de overbrenging vanuit Nederland naar een vaste inrichting, als bedoeld in art. 5 lid 1 onderdeel a ATAD1, is, zoals in de concepttoelichting wordt opgemerkt, geen specifieke exitheffing nodig. Dan ligt het voor de hand voor die gevallen ook geen uitstelregeling te treffen. Is de resterende afschrijvingsperiode na overbrenging korter dan vijf jaar, dan heft Nederland echter sneller dan onder de richtlijn.

Voorts wordt zekerheidsstelling aangepast; dat ligt besloten in lid 2. De zekerheidsstelling kan niet meer in alle gevallen worden verlangd, maar slechts bij gegronde vrees dat de belasting niet kan worden verhaald. De drempel volgens de richtlijn ligt bij een aantoonbaar en werkelijk gevaar van niet-invordering. Het is daarom de vraag of bij het voorgestelde aannemelijk maken van een gegronde vrees, de conceptwetgeving het de ontvanger niet makkelijker maakt dan in de richtlijn is bedoeld. De zekerheid kan volgens het voorstel niet slechts bij de exitheffing en het verlenen van uitstel worden verlangd maar ook op een later moment gedurende het uitstel, waarvan ook de vraag kan worden gesteld of daarmee niet te veel vrijheid in de invulling wordt genomen. Volgens de laatste volzin van art. 5 lid 3 ATAD1 mag zekerheid niet worden verlangd in geval van een wettelijke invorderingsmogelijkheid bij een andere belastingplichtige van de groep in de lidstaat. Het implementatievoorstel bevat wat dat betreft geen bepaling of toelichting. Wij vragen ons af of onder omstandigheden de hoofdelijke aansprakelijkheid, bijvoorbeeld op grond van het fiscale-eenhedenregime, niet aan het verlangen van zekerheid in de weg zou kunnen staan.

Het voorgestelde lid 3 regelt de situaties waarin het uitstel van betaling wordt beëindigd. Daarin zitten, in elk geval tekstueel, maar mogelijk ook materieel, wel verschillen ten opzichte van de opsomming in art. 5 lid 4 ATAD1 van de situaties, waarin het uitstel wordt beëindigd. De tekst en de toelichting zijn kort. Het zal toch met name neerkomen op de nadere uitwerking in de delegatiebepaling en in de praktijk. Het ligt voor de hand dat de delegatiebepaling en de ministeriële regeling worden ingevuld op een vergelijkbare manier als thans is gedaan in art. 6d Uitv.reg. IW 1990 uiteraard, mutatis mutandis, maar juist wat dat laatste betreft was een nadere toelichting op de voorgenomen of overwogen invulling welkom geweest. Art. 6d lid 2 Uitv.reg. IW 1990 verplicht tot jaarlijkse aanlevering van schriftelijke bescheiden ter onderbouwing van verder uitstel of gedeeltelijke afrekening, lid 3 zondert daarvan uit de situatie waarin in termijnen wordt betaald, terwijl lid 4 de plicht bevat tot melding van situaties die tot een afrekening aanleiding geven. Dat roept de vraag op of de nieuwe insteek die van lid 2 of die van lid 4 van art. 6d Uitv.reg. IW 1990 zal volgen. Dat kan uiteraard ook nog worden toegelicht bij het latere daadwerkelijke voorstel. Wij veronderstellen dat de regeling niet te ingewikkeld zou moeten zijn.

Het voorgestelde lid 3 van art. 5 ATAD1 geeft de mogelijkheid rente te berekenen bij betalingsuitstel. De toelichting gaat daar verder niet op in. We veronderstellen dat wat dat betreft wordt beoogd dezelfde methodiek te volgen als bij de thans geldende regeling voor uitstel van exithetffing.

Inwerkingtreding

Anders dan voor de meeste andere bepalingen is de implementatie en inwerkingtreding van de regeling van de exithetffing niet per 1 januari 2019 aan de lidstaten voorgeschreven maar per 1 januari 2020. Het implementatievoorstel besteedt geen nadere aandacht aan de voorgenomen invoeringsdatum van de (gewijzigde) uitstelregeling.

3. Algemene antimisbruikbepaling

Art. 6 ATAD1 legt aan de lidstaten de verplichting op een algemene antimisbruikbepaling (“general anti-abuse rule” of kortweg GAAR) op te nemen. Voor ons commentaar op dit onderdeel van de richtlijn verwijzen wij naar V-N 2016/37.3. De doorlopende tekst van de richtlijn is te vinden in V-N 2017/36.2.

In het conceptwetsvoorstel is geen bepaling terzake opgenomen. De toelichting geeft aan dat er naar de mening van het kabinet geen specifieke implementatie nodig is, omdat Nederland met het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van *fraus legis* al een algemene antimisbruikbepaling kent. Dit standpunt stemt overeen met het eerder ingenomen standpunt in het BNC Fiche betreffende het (oorspronkelijke) richtlijnvoorstel en andere parlementaire stukken (zie V-N 2016/18.5 en V-N 2016/27.16). De thans gegeven toelichting gaat daarbij nog in op de volgens het kabinet bestaande verhouding tussen de GAAR en *fraus legis*. Het kabinet zet daarbij de drie eisen voor toepassing van de GAAR, samengevat als een motiefvereiste, een normvereiste en een kunstmatigheidsvereiste, af tegen de twee elementen van *fraus legis*, samengevat als een motiefvereiste en een normvereiste. Het kabinet onderkent dat *fraus legis* geen afzonderlijk kunstmatigheidsvereiste kent, maar meent dat de zakelijke redenen die relevant zijn voor de beoordeling van kunstmatigheid onder de GAAR, eveneens relevant zijn bij de beoordeling van het motief bij de toepassing van *fraus legis*. Het kabinet wijst er vervolgens op dat implementatie niet noodzakelijkerwijs het overnemen van bepalingen vereist, maar ook kan worden volstaan met een algemeen rechtskader dat in overeenstemming met de richtlijnbeplating kan worden uitgelegd.

In onze aantekening in V-N 2016/37.3 gingen wij al vrij gedetailleerd in op de GAAR en de verhouding tot het Nederlandse rechtskader, zodat wij hier grotendeels kunnen volstaan met een korte weergave van de voornaamste punten en een verwijzing naar die opmerkingen. Ten eerste gaven wij daar een beschouwing van het rechtskader vanuit historisch perspectief: de Wet Richtige Heffing 1925 – art. 31 tot en met 33 AWR – het buiten toepassing laten daarvan, de ontwikkeling in de jurisprudentie van de leerstukken van de zelfstandige fiscale kwalificatie en van *fraus legis*. Wij signaleerden ook dat *fraus legis* niet de afzonderlijke voorwaarde kent dat de structuur kunstmatig is, ook al is voor *fraus legis* de al of niet aanwezigheid van zakelijke redenen van belang voor de beoordeling van het motief. Wij vroegen en vragen ons daarom af of Nederland zich inderdaad op het standpunt kan stellen dat het Nederlandse fiscale recht de beoogde werking van de richtlijn reeds in zich heeft. Het kabinet beantwoordt die vraag dus bevestigend.

Wij wierpen daar ook de vraag op of de antimisbruikregel van de richtlijn wel dezelfde werking heeft als *fraus legis*. *Fraus legis* ontzegt de beoogde fiscale gevolgen, bijvoorbeeld door substitutie van gepleegde rechtshandeling(en) door de naastbij gelegen, wel belaste of niet tot vrijstelling of aftrek leidende rechtshandeling(en), terwijl de techniek van de richtlijn is dat de gebruikte constructie buiten beschouwing wordt gelaten. Aan de andere kant is de vraag of met het buiten beschouwing laten van de (reeks van) constructie(s) niet hetzelfde wordt bedoeld als voornoemde substitutie (door nihil). Overigens geeft de ATAD1-richtlijn in art. 6 lid 3 aan dat de belastingschuld wordt berekend op grond van het nationale recht, wat mogelijk de ruimte geeft om dat te doen volgens de uitkomst op grond van toepassing van *fraus legis*. In de toelichting wordt niet stilgestaan bij de vraag van de werking en de eventuele verschillen in de werking. Een andere open vraag, waarover overigens ook de richtlijn geen duidelijkheid biedt, betreft de vraag van bepaling van de belastingschuld bij de eventuele andere partijen die zijn betrokken bij een constructie. In binnenlandse verhoudingen is dat wellicht nog wel te overzien maar die vraag zal met name relevant zijn voor andere partijen die in een andere lidstaat zijn gevestigd. En overigens ook bij toepassing van een in een andere lidstaat geïmplementeerde en aldaar

concreet toegepaste antimisbruikmaatregel, waarbij de andere partij of partijen in Nederland is of zijn gevestigd. Wij verwijzen naar het voorbeeld in V-N 2016/37.3 (het negeren van een lening of renteaftrek op een groepslening, terwijl de lening en rentebate in de andere lidstaat wel in aanmerking wordt genomen). De richtlijn suggereert dat de lidstaten (in meervoud geformuleerd) een constructie buiten beschouwing laten. Wat dat betreft zouden wij pleiten voor een eveneens uniforme toepassing en mogelijk matching. De toelichting gaat hierop niet in. Het lijkt wenselijk dat wordt aangegeven in hoeverre Nederland bereid is om te bewerkstelligen dat Nederlandse correcties in een andere lidstaat worden gevolgd en Nederland correcties die een andere lidstaat aanbrengt, overneemt. Overigens wierpen wij de vraag op of er na implementatie van de richtlijn – in de wet, maar die vraag kan ook worden gesteld na implementatie door te vertrouwen op *fraus legis* – nog ruimte is voor de toepassing van zelfstandige fiscale kwalificatie. De richtlijn verlangt immers algemene antimisbruikregels die op uniforme wijze toepassing vinden in het binnenland, de Unie en ten aanzien van derde landen. Dat zou wel eens kunnen betekenen dat er geen ruimte meer is voor toepassing van een andere algemene antimisbruikregel, of die nu uit de wet of uit het recht voortvloeit. In elk geval zal, als wordt vertrouwd op de toepassing van *fraus legis* als implementatie van de richtlijn, het gevolg zijn dat *fraus legis* in overeenstemming met de richtlijnbevestiging zal worden uitgelegd en de invulling ervan mede gaat worden bepaald door de (verdere) invulling van de criteria voor toepassing van de GAAR in EU-verband, met name de invulling door jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. De vraag is ook of wij dat voor ons nationale concept van *fraus legis* zouden moeten willen. Wij signaleerden dus wel wat verschillen en open vraagpunten. Dit betekent niet dat wij er iets op tegen hebben, indien de gekozen benadering zou worden gevolgd. Het heeft het voordeel dat geen nieuwe bepaling hoeft te worden toegevoegd aan de toch al gecompliceerde wetgeving, en dat – uitgaande van (enkel) implementatie in de Wet VPB 1969 en niet in de AWR – niet voor de VPB een andere algemene antimisbruikmaatregel geldt dan voor de andere belastingwetten. Als mogelijk nadeel kan worden genoemd de sterke invloed die het EU-recht krijgt op ons nationale *fraus-legis*concept, waardoor de ATAD1-richtlijn op dit punt feitelijk ook doorwerkt naar niet-grensoverschrijdende zuiver nationale situaties en naar de andere belastingwetten (dan de VPB).

4. Voorgestelde CFC-maatregel

Het conceptwetsvoorstel bevat ook de introductie van een “controlled foreign company” (CFC)-regeling in het voorgestelde art 15ba Wet VPB 1969: belastingheffing over bepaalde, niet uitgekeerde voordelen (“besmette voordelen”), welke zijn genoten door een door de belastingplichtige gecontroleerd (buitenlands) lichaam. Van een gecontroleerd lichaam is sprake bij een belang van meer dan 50%, bij meer dan 50% van de statutaire stemrechten of bij een recht op meer dan 50% van de winst van het lichaam, terwijl over de besmette voordelen minder dan 50% van de naar Nederlandse maatstaven verschuldigde belasting wordt geheven.

De introductie van een CFC-regeling vloeit voort uit de ATAD1-richtlijn. Wij verwijzen voor ons commentaar op dit onderdeel van de richtlijn naar V-N 2016/37.3. De doorlopende tekst van de richtlijn is te vinden V-N 2017/36.2.

CFC-maatregel, met keuze voor variant A

Zoals de toelichting terecht opmerkt, kent Nederland al een soort CFC-heffing, toegespitst op dochtervennootschappen met passieve inkomsten, in art. 13a Wet VPB 1969. Jaarlijks dient een belastingplichtige met een belang van 25% of meer in een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming (waarvan de bezittingen (nagenoeg) uitsluitend uit laagbelaste vrije beleggingen bestaan) dat belang te waarderen op de waarde in het economisch verkeer. Het desbetreffende resultaat valt niet onder de deelnemingsvrijstelling. Evenmin wordt (object)vrijstelling verleend voor de, kort aangeduid, laagbelaste beleggingsvaste inrichting.

De richtlijn geeft een keuze tussen twee varianten. De eerste variant (model A) is die waarin bepaalde inkomsten worden bijgeteld. In de tweede variant (model B) wordt de winst bijgeteld die voortvloeit uit kunstmatige constructies, opgezet omwille van het belastingvoordeel. De winst wordt bijgeteld bij de vennootschap die de relevante functies (wel) uitoefent. De regering kiest in deze consultatie voor een uitwerking van de eerste variant (model A), gelet op de motie-Groot (Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 56, V-N 2016/61.15). Tegelijkertijd wordt in het “woord vooraf” opgemerkt dat de eerste variant tot dubbele heffing kan leiden (doordat in meerdere schakels dezelfde inkomsten worden

bijgeteld), zonder dat de ATAD1-richtlijn daarvoor een voorziening biedt, terwijl in de tweede variant dat probleem zich in beginsel niet voordoet (doordat de kunstmatig verschoven inkomsten fiscaal slechts worden “terug” geschoven en bijgeteld bij de juiste vennootschap). Zoals wij in onze aantekening in V-N 2016/61.15 op de motie al opmerkten, vragen wij ons af of het fiscale klimaat niet beter gediend is met een keuze voor de tweede variant. De bestaande regelgeving met betrekking tot gecontroleerde vennootschappen lijkt in de ogen van de Belastingdienst zelf te voldoen, als we afgaan op hetgeen de twee ambtenaren, die zijn betrokken bij de bestrijding van belastingontwijking, hebben gezegd bij de parlementaire ondervragingscommissie. Ook de commissie zelf noemt in haar opsomming van relevante nationale, internationale en aankomende maatregelen de CFC-regels niet (Box 3 in de brief van 5 juli 2017, Kamerstukken II, 34566, nr. 3). Wij zien dat CFC-regels volgens de eerste variant veel ingewikkeldheid toevoegen, zonder dat er een duidelijke meerwaarde van die regels tegenover staat. Het is goed dat de consultatie een “open vraag” bevat met betrekking tot de keuze tussen deze twee varianten. Het zou nog beter zijn geweest als daarbij ook meteen een uitwerking van de tweede variant was opgenomen, want het is moeilijk kiezen als je niet weet hoe de tweede variant dan concreet zou worden uitgewerkt.

Het conceptwetsvoorstel kiest voor een andere volgorde dan de richtlijn. Lid 1 van het voorgestelde art. 15ab Wet VPB 1969 benoemt de besmette voordelen van een gecontroleerd lichaam. Lid 2 van genoemde bepaling geeft aan wanneer van zo'n lichaam sprake is. Vergelijking met de richtlijn levert enkele verschillen op. Zo spreekt de richtlijn van “inkomsten afkomstig uit” bepaalde categorieën en het conceptwetsvoorstel van “voordelen uit” (wat kan duiden op een bruto- (vgl. de deelnemingsvrijstelling) of netto-begrip). De slotzinsnede van de tweede volzin van het eerste lid maakt duidelijk dat het voor de bijtelling om een nettobedrag gaat. Het maakt ook duidelijk dat de vaststelling van de voordelen – die naar Nederlandse maatstaven worden bepaald – en de controle daarop niet altijd eenvoudig zal zijn. De richtlijn brengt expliciet tot uitdrukking dat het gaat om een belang in een buitenlandse vennootschap, het conceptwetsvoorstel doet dat niet, maar dat verschil lijkt ons niet van praktische betekenis. De richtlijn brengt expliciet tot uitdrukking dat de CFC-regels toepassing moeten vinden op directe en indirecte belangen. De wettekst is daarin niet of minder expliciet; de toelichting overigens weer wel. In de winst moet worden begrepen het positieve saldo van de besmette voordelen, voor zover dat niet aan het einde van het boekjaar is uitgekeerd. Dat is duidelijker dan de richtlijn die zou kunnen duiden op een bijtelling per categorie, waarbij er geen onderlinge verrekening van plussen en minnen zou kunnen plaatsvinden. Het conceptwetsvoorstel lijkt echter niet zover te gaan dat bij meerdere gecontroleerde lichamen saldering over het geheel mag plaatsvinden.

Bijtelling vindt plaats voor zover “dit saldo” aan het eind van het boekjaar van de belastingplichtige niet is uitgekeerd. Qua tijdsaanduiding is dat een verduidelijking ten opzichte van de richtlijn, maar voorshands vragen wij ons af hoe is vast te stellen dat “dit saldo” is uitgekeerd, indien ook andere winst aanwezig is. De vraag is ook waarom niet is gekozen voor uitkering binnen bijvoorbeeld een half jaar na afloop van het boekjaar van het gecontroleerde lichaam. Overigens lijkt het zich te kunnen voordoen dat met betrekking tot een gecontroleerd lichaam wordt voldaan aan de eisen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In dat geval zou een tijdige uitkering niet alleen toepassing van de CFC-regels verhinderen, maar ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Dat lijkt ons overigens ook terecht en in overeenstemming met de doelstelling en reikwijdte van de richtlijn. De omvang van de besmette voordelen wordt naar Nederlandse fiscale maatstaven bepaald, met inbegrip van de deelnemingsvrijstelling, aftrekbeperkingen, transfer-pricingcorrecties en zo meer. Naar onze mening zou het voorts moeten betekenen dat voor de gecontroleerde vennootschap voor het eerste jaar waarin de regeling in werking treedt, een openingsbalans kan worden opgesteld, aan de hand waarvan de voordelen zullen worden berekend. Dit verhindert dat een vervreemdingsvoordeel, dat deels is toe te rekenen aan de waardestijging in verstreken jaren, ook voor dat deel wordt meegenomen bij de winst van de moedervennootschap. Is het gecontroleerde lichaam een beleggingsdeelneming, dan zal de vrijstelling bij vervreemding van of dividend uit de beleggingsdeelneming (het nieuw voor te stellen art. 13 lid 19 Wet VPB 1969) echter navenant minder zijn.

Een gecontroleerd lichaam is een lichaam (onder meer), waarin al dan niet tezamen met een gelieerd lichaam of een gelieerde natuurlijke persoon het hiervóór omschreven belang wordt gehouden. Merkwaardig genoeg zijn in de voorgestelde wettekst, in afwijking van de richtlijn en in tegenstelling

tot de toelichting, niet de woorden “direct of indirect” opgenomen. We moeten het hier op een verschrijving houden of de wetgever moet er op durven vertrouwen dat “direct of indirect” ligt besloten in het begrip “belang” (vgl. art. 10a Wet VPB 1969). Met de hier gekozen tekst lijkt ons raadzaam in de definitieve tekst duidelijker te zijn. Een kleiner puntje is dat het wetsvoorstel hier iets meer ruimte lijkt te nemen dan de richtlijn, door gelieerdheid via een natuurlijk persoon mee te nemen, waar de richtlijn alleen spreekt van gelieerde ondernemingen.

Formule voor niveau van heffing

De formule voor het minimumniveau van de heffing is gelukkig wel vereenvoudigd ten opzichte van de richtlijn. Het moet gaan om, kort gezegd, een heffing die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste de helft van het tarief over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde grondslag. Het gaat daarbij om de heffing over de besmette voordelen, niet die over de totale winst van het lichaam. Dat zou onder omstandigheden van belang kunnen zijn, indien een land bepaalde inkomsten zwaarder belast, maar ook omdat bij beperkte omvang van het saldo het Nederlands tariefopstapje een rol gaat spelen. Verder gaat het om belasting die naar de winst wordt geheven, en niet, zoals geformuleerd in de richtlijn, om de daadwerkelijk betaalde VPB. Ten eerste vermijdt dat ‘timing issues’, maar belangrijker is dat het ruimte geeft om ook provinciale of gemeentelijke winstbelasting in de beoordeling te betrekken. Er zijn landen die pas winstbelasting heffen bij uitdeling of bijheffen bij uitdeling. Ook het juist lager belasten van uitgedeelde winst is niet onbekend. Die uitdelingen doen zich in het algemeen in een later jaar voor dan in het jaar waarop de toets ziet, zodat in voorkomend geval de vraag of voldoende winstbelasting wordt geheven over de besmette inkomsten, niet eenvoudig is te beantwoorden.

Uitzonderingen op CFC-maatregel

De in lid 3 van het voorgestelde art. 15ba Wet VPB 1969 opgenomen twee uitzonderingen zijn in overeenstemming met de richtlijn en geven ons geen aanleiding tot commentaar, behalve dan dat de tekst en de toelichting voor wat betreft de werking van de 30%-norm met elkaar in tegenspraak lijken te zijn.

De uitzondering die in het voorgestelde vierde lid is opgenomen, is naar onze mening aanzienlijk strenger vormgegeven dan in de richtlijn. Volgens de richtlijn is de uitzondering van toepassing wanneer de vennootschap een wezenlijke economische activiteit uitoefent. Dat is iets wezenlijk anders dan het conceptwetsvoorstel, waarin de uitzondering toepassing vindt voor zover sprake is van een wezenlijke economische activiteit en de toelichting daarbij ook nog stelt dat dit per besmet voordeel dient te worden getoetst. De preambule van de richtlijn stelt op dit punt: “Om verenigbaar te zijn met de fundamentele vrijheden, moeten de inkomstencategorieën worden gecombineerd met een substance-uitzondering, teneinde binnen de Unie de gevolgen van de regels te beperken tot gevallen waarin de cfc geen wezenlijke economische activiteit uitoefent.” Het lijkt ons dat de nu gekozen vormgeving daarmee niet in overeenstemming is. Zij zal daarnaast aanleiding geven tot EU-rechtelijke vragen. En dan hebben we het nog niet over de feitelijke discussie die onvermijdelijk zal ontstaan over de vraag wanneer per besmet voordeel van een wezenlijke economische activiteit sprake is. Wij hebben geen goede voorstelling hoe de toerekening van aantal personen in dienstbetrekking, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden, de beschikbare uitrusting, de gebruikte activa en de ter beschikking staande gebouwen, vorm moet gaan krijgen. Kortom: beoordeling van het lichaam als geheel, zoals bedoeld in de richtlijn, verdient uit hoofde van eenvoud verre de voorkeur. Er is ten slotte altijd nog de terugval op de bestaande regeling, waarin onder omstandigheden de deelnemingsvrijstelling op een dochtervennootschap niet van toepassing is, ook al vervult zij een wezenlijke economische activiteit.

Voorkoming dubbele heffing

Lid 5 van het voorgestelde art. 15ba Wet VPB 1969 lid regelt dat ter verrekening van de op de besmette voordelen drukkende winstbelasting een vermindering wordt gegeven, en verwijst daarvoor naar een nieuw voorgesteld art. 23e Wet VPB 1969. Die verwijzing geeft ons geen aanleiding tot opmerkingen. Het voorgestelde zesde lid regelt dat negatieve saldi van besmette voordelen mogen worden verrekend met positieve saldi in de negen volgende jaren. Waarom (zoals opgemerkt in de

toelichting) de eenvoud is gediend met het ontbreken van achterwaartse verrekening ontgaat ons. Wel dient op dit punt te worden vermeld dat de richtlijn slechts spreekt van voorwaartse verrekening. Met het voorgestelde art. 13 lid 19 Wet VPB 1969 wordt door middel van een vrijstelling beoogd te voorkomen dat tweemaal wordt geheven met betrekking tot een beleggingsdeelneming, de eerste maal in de vorm van een bijtelling op grond van het voorgestelde art. 15ba Wet VPB 1969 en de tweede maal bij realisatie van het voordeel dat daarmee verband houdt. Er wordt niet duidelijk gemaakt waarom slechts de “art. 15ba”-voordelen van het jaar zelf of het voorafgaande jaar meetellen voor het recht op vrijstelling. Wij begrijpen dat niet en lezen die beperking ook niet in de tekst van de richtlijn. Zij zou wat ons betreft kunnen losgelaten onder toevoeging van een zinsnede die “art. 15ba”-voordelen uitsluit in zoverre daarmee reeds eerder rekening is gehouden. Een zinsnede die wellicht ook nu al niet overbodig is.

Een vergelijkbare regeling is getroffen voor de jaarlijkse belaste herwaardering van het huidige art. 13a Wet VPB 1969. De bedoeling is goed, maar de tekst is niet erg duidelijk, omdat daarin de waardestijging – wij lezen dat als de waardestijging in een bepaald jaar – wordt afgezet tegen alle voorafgaande op grond van het voorgestelde art. 15ba Wet VPB 1969 belaste voordelen. Zo zal de vrijstelling lang mee kunnen gaan.

CFC-regeling voor vaste inrichting

In voorgesteld art. 15e lid 10 en 11 Wet VPB 1969 is geregeld dat een CFC-vaste inrichting overeenkomstig wordt behandeld. Wij missen een toelichting op de verhouding tussen deze uitsluiting van vrijstelling en de mogelijke verdragsverplichting tot vrijstelling (vgl. de wel opgenomen uitzondering in de slotzinsnede van het huidige art. 15e lid 7 Wet VPB 1969). De bepaling gaat grotendeels verwijzen naar het voorgestelde art. 15ba Wet VPB 1969. Een toelichting ontbreekt waarom niet tevens wordt verwezen naar het voorgestelde art. 15ba lid 3 onderdeel b wet VPB 1969 (de uitzondering voor financiële onderneming), al lijkt uit de definitie van art. 2 lid 5 ATAD1 voort te vloeien dat het daarbij altijd moet gaan om een entiteit en niet om een vaste inrichting. Voorts lijkt het raadzaam als nog enige toelichting wordt besteed aan de rangorde tussen art. 15e lid 7 Wet VPB 1969 (en de daaraan gekoppelde verrekening in art. 15h jo. art. 23d Wet VPB 1969) en het voorgestelde art. 15e lid 10 Wet VPB 1969 (en de daaraan gekoppelde verrekening in het voorgestelde art. 23e Wet VPB 1969). Het voorgesteld art. 15e lid 11 Wet VPB 1969 poogt weer om het dubbel in aanmerking nemen van dezelfde voordelen te voorkomen. Tekstueel loopt dat niet (het woordje “aan” lijkt overbodig) en ook hier zien wij geen rechtvaardiging voor de beperking in tijd.

Vermindering wegens verrekening

Het voorgestelde art. 23e Wet VPB 1969 bevat een “vermindering wegens verrekening” – hetgeen al aangeeft dat het niet om een echte verrekening gaat – van de belasting die drukte op de in aanmerking genomen voordelen. Het gaat om het laagste van hetzij de werkelijk betaalde belasting (eerste limiet) hetzij een bedrag dat wordt gevonden door de breuk voordelen/ belastbaar bedrag toe te passen op de belasting die volgens hoofdstuk V Wet VPB 1969 is berekend (tweede limiet). Daarnaast bedraagt de vermindering niet meer dan die belasting, nadat die is verminderd met de voorkoming dubbele belasting, deelnemingsverrekening en de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten (derde limiet). Kortom: de onderhavige verrekening is hekkensluiter. Een troost is dat het tekort aan verrekening als “betaalde belasting” wordt meegenomen in het volgend jaar, zo nodig tot in lengte van jaren. Wij lezen althans geen beperking in de tijd. Opvallend is wel dat alleen het overschot aan verrekenbare belasting wordt meegenomen, maar geen verruiming plaatsvindt van de tweede limiet.

Compartimenteringsreserve

Het voorgestelde art. 28c lid 8 Wet VPB 1969 ten slotte stelt de wettelijke compartimenteringsregeling buiten werking voor de vrijstelling die op grond van het nieuwe art. 13 lid 19 Wet VPB 1969 wordt genoten. Dat betreft de tweede uitzondering op de compartimenteringsregeling. Er geldt op grond van het huidige art. 28c lid 7 Wet VPB 1969 ook al een uitzondering voor de (anti)hybride maatregel van art. 13 lid 17 Wet VPB 1969. De CFC-maatregel leidt ertoe dat inkomsten van de deelneming worden toegerekend aan de belastingplichtige en belast zodra die door de deelneming worden genoten. Art. 13 lid 9 Wet VPB 1969 zou kunnen leiden tot heffing, zodra de inkomsten omhoog komen als voordelen uit de deelneming. Het voorgestelde art. 13 lid 19 Wet VPB 1969 voorkomt die heffing door voor

voldoende snel uitgekeerde dividenden alsnog vrijstelling te verlenen. Dit betekent dat op de deelneming voor sommige voordelen wel en voor andere voordelen de vrijstelling niet van toepassing is. Zien wij het goed, dan is met het voorgestelde art. 28c lid 8 Wet VPB 1969 beoogd te voorkomen dat dit leidt tot een compartimenteringsreserve en tot afwikkeling van een eventueel reeds bestaande compartimenteringsreserve. De eenvoud lijkt er inderdaad mee gediend. Het praktische belang valt moeilijk te overzien, evenals moeilijk valt te overzien of het soms ook tot een nadeel kan leiden. Enkele voorbeelden hadden dit wellicht kunnen verduidelijken, maar dat kan uiteraard alsnog bij het uiteindelijke wetsvoorstel. Dit zou wel verhelderend (kunnen) werken.