

drs. F.G.H. van Nus*

'Rente' in de earningsstripping regeling



Met ingang van 1 januari van dit jaar heeft Nederland een earningsstrippingregeling ingevoerd. Een aantal aspecten van deze – op zichzelf vrij eenvoudige – regeling heeft in de parlementaire behandeling nadere aandacht gekregen. Zo ook het begrip 'rente'. Desondanks is de invulling van dit begrip op een aantal punten onduidelijk gebleven, hetgeen in de praktijk aanleiding zal geven tot de nodige vragen. Deze bijdrage bespreekt het begrip 'rente' in de nieuwe earningsstrippingregeling en maakt een eerste inventarisatie van de knelpunten.

1. De earningsstrippingregeling in vogelvlucht

Ingegeven door de OESO BEPS 4-aanbevelingen¹ heeft de Europese Raad in zijn eerste antibelastingontwijkingsrichtlijn² (ATAD 1) de earningsstrippingregeling opgenomen ter voorkoming van fiscale grondslaguitholling door excessieve renteaftrek.

De regeling voorziet in een generieke renteaftrekbeperking op grond waarvan EU-lidstaten aftrek van een zogenoemd 'financieringskostensurplus' dienen te beperken tot maximaal 30% van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (EBITDA) van een vennootschapsbelastingplichtige. Het gaat hierbij om de winst van de belastingplichtige die in een EU-lidstaat aan vennootschapsbelasting is onderworpen en de voor belastingen gecorrigeerde bedragen aan financieringskostensurplus, afschrijvingen en amortisatie. ATAD 1 biedt lidstaten ruimte tot het formuleren van een aantal uitzonderingen op deze regeling, waarvan Nederland beperkt gebruik heeft gemaakt.³

Voor deze bijdrage is relevant wat ATAD 1 verstaat onder 'financieringskostensurplus'. Dat surplus wordt door ATAD 1 als volgt gedefinieerd:

'het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten van een belastingplichtige de belastbare rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht ontvangt, overschrijden.'

Onder 'financieringskosten' verstaat ATAD 1:

'rentelasten op alle vormen van schuld, andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen als omschreven in het nationale recht, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, betalingen in het kader van winstdelende leningen, toegerekende rente op instrumenten als converteerbare obligaties en nulcouponobligaties, bedragen in het kader van alternatieve financieringsregelingen, zoals islamitische financiering, het financieringskostenelement van betalingen voor financiële leasing, gekapitaliseerde rente opgenomen in de balanswaarde van een gerelateerd actief, of de amortisatie van gekapitaliseerde rente, bedragen gemeten naar financieringsopbrengst op grond van verrekenprijssystemen, waar van toepassing, notioneel rentebedragen in het kader van afgeleide instrumenten of hedgingregelingen met betrekking tot de leningen van een entiteit, bepaalde winsten op buitenlandse valuta en verliezen op leningen en instrumenten in verband met het aantrekken van financiële middelen, garantieprovisies voor financieringsregelingen, afsluitprovisies en soortgelijke kosten in verband met het lenen van middelen'.⁴

Nederland heeft de earningsstrippingregeling geïmplementeerd in het nieuwe art. 15b Wet VPB 1969.⁵ De Nederlandse wetgever had met invoering van art. 15b twee doelstellingen: naast de verplichte implementatie van ATAD 1 was dat een meer gelijke fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen om zo de financiering van het Nederlands bedrijfsleven gezonder te maken en de schokbestendigheid van de Nederlandse economie te vergroten.⁶

* Drs. F.G.H. van Nus is belastingadviseur bij HVK Stevens.

1 Zie OESO, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4' – 2015 Final Report van 5 oktober 2015 en 2016 update van 22 december 2016.

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

3 Voor een bespreking van de gehele Nederlandse implementatie van de earningsstrippingregeling verwijs ik naar D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1', *MBB* 2018/11-25.

4 Zie art. 2, lid 1, ATAD 1.

5 Via art. 18 Wet VPB 1969 is art. 15b ook van toepassing bij de bepaling van de belastbare winst uit onderneming van buitenlandse belastingplichtigen. Verder zijn flankerende maatregelen te vinden in art. 15aha en 15ahb Wet VPB 1969 (inzake voorvoegings- respectievelijk ontvoegingsrenten) en in art. 15ba Wet VPB 1969 (inzake de handel in rentelichamen).

6 Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 3, p. 16-17. Deze bijdrage gaat niet in op de vraag of met invoering van art. 15b ook daadwerkelijk de meer gelijke fiscale behandeling wordt bereikt. Aan de genoemde doelstellingen zou nog kunnen worden toegevoegd de

In art. 15b is het financieringskostensurplus uit ATAD 1 vertaald als het 'saldo aan renten'. Dit saldo wordt in art. 15b als volgt gedefinieerd:

'het bedrag aan rentelasten ter zake van geldleningen verminderd met het bedrag aan rentebedragen ter zake van geldleningen, welke rentelasten en rentebaten zonder toepassing van dit artikel in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de in een jaar genoten winst'.

Het saldo aan renten komt in aftrek tot het hoogste van de volgende twee bedragen:

- 30% van de zogenoemde gecorrigeerde winst en
- € 1.000.000.

De 'gecorrigeerde winst' vormt de Nederlandse vertaling van de EBITDA uit ATAD 1.

Het saldo aan renten bevat op grond van bovenstaande definitie alleen rentelasten en rentebaten die na toepassing van andere regelingen aftrekbaar respectievelijk belastbaar zijn. Rentelasten die niet-aftrekbaar zijn onder art. 10a en 10b Wet VPB 1969 worden met andere woorden niet meegenomen bij de bepaling van het saldo aan renten. Hetzelfde geldt voor rente die wordt gecorrigeerd op grond van het arm's-lengthbeginsel.⁷ Datzelfde geldt voor rentebaten en rentelasten die deel uitmaken van de winst uit een andere staat waarop de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten van toepassing is.

Een saldo aan rentelasten dat op grond van de earningsstrippingregeling van aftrek wordt uitgesloten wordt voortgewenteld naar volgende boekjaren.⁸

De vraag rijst welke rentelasten en rentebaten op grond van het nieuwe art. 15b bij de bepaling van het saldo aan renten in aanmerking moeten respectievelijk mogen worden genomen. Daar waar ATAD 1 de bovenstaande, uitgebreide definitie van financieringskosten hanteert, is de rentedefinitie uit art. 15b opmerkelijk kort. Het moet gaan om rentelasten en rentebaten ter zake van geldleningen. In deze bijdrage bespreek ik deze definitie.

2. Geldleningen

Onder 'geldleningen' verstaat art. 15b:

'een vordering of schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst.'

Deze definitie is niet nieuw in de Wet VPB 1969. Zij werd ook gebruikt in de inmiddels afgeschafte artikelen 10d, 15ad en 13l Wet VPB 1969. Met betrekking tot art. 15b legt de staatssecretaris uit dat dit begrip zich niet beperkt tot geldleningen in civielrechtelijk zin, zoals bankkredieten en obligatieleningen, maar tevens overeenkomsten omvat die vergelijkbaar zijn met een overeenkomst van geldlening.⁹

In de parlementaire behandeling van art. 15b is verder nauwelijks ingegaan op de definitie van geldlening. In het hiernavolgende schets ik enkele voorbeelden van onduidelijkheden die op dit punt zouden kunnen ontstaan.

2.1. 'Schulden' vs. 'geldleningen'

ATAD 1 verwijst naar 'alle vormen van schuld'.¹⁰ Schulden zijn in de Nederlandse opvatting alle juridisch afdwingbare verplichtingen die voortvloeien uit bestaande rechtsverhoudingen en vormen een ruimer begrip dan overeenkomsten van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst.¹¹ Te denken valt aan pensioen- en verzekeringsovereenkomsten.¹² Desalniettemin lijkt de staatssecretaris erop te vertrouwen dat hij met de definitie 'overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst' ATAD 1 voldoende uitvoert. Voor verplichtingen uit pensioen- en verzekeringsovereenkomsten is daar ook zeker iets voor te zeggen, nu die geen rente dragen maar een rekenrente mede de omvang van de verplichting bepaalt.¹³ De stelling dat dergelijke overeenkomsten niet snel gebruikt worden voor grondslaguitholling en, daar waar dat wel gebeurt, bestreken worden door de specifieke antimisbruikre-

budgettaire doelstelling van financiering van de verlaging van het vennootschapsbelastingtarief.

- 7 Zie art. 8b en 8c Wet VPB 1969 en de onzakelijkeleningenjurisprudentie.
- 8 Ik verwijs naar B. Suvaal, 'Het renteminimum van de earningsstrippingmaatregel', *NtFR-A* 2018-11/9 voor een bespreking van de effecten van de wetsfictie dat het saldo aan renten ten minste nihil bedraagt.
- 9 Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 3, p. 50-51. In de toelichtingen op art. 10d, 15ad en 13l Wet VPB 1969 breidde hij het begrip 'geldlening' nog uit met overeenkomsten die in economische zin vergelijkbaar zijn met overeenkomsten van geldlening. Het is onduidelijk of en, zo ja, waarom ATAD 1 de staatssecretaris nu aanleiding geeft zijn begripsomschrijving op dit punt aan te passen.
- 10 Deze term is pas na publicatie van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel aan de tekst van ATAD 1 toegevoegd. De 'voorstukken' geven geen nadere invulling van het begrip 'schuld' uit ATAD 1.
- 11 Zo ook de staatssecretaris in Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 14, p. 5. Art. 2:375 BW bevat een opsomming van schulden in de jaarrekening.
- 12 Bij invoering van art. 10d en art. 13l Wet VPB 1969 sloot de staatssecretaris verplichtingen uit hoofde van verzekerings- en pensioenovereenkomsten ook specifiek uit van het begrip 'geldlening of een

daarmee vergelijkbare overeenkomst'. Bij invoering van art. 15ad Wet VPB 1969 deed hij dat ook ten aanzien van kortlopende leverancierskredieten en belastingschulden. Dat zou voor art. 15b bijvoorbeeld betekenen dat belasting- en invorderingsrente geen deel uitmaken van het saldo aan renten.

- 13 Zie HR 23 januari 2004, nr. 38.029, *NtFR* 2004/153 met commentaar van Kuypers en HR 11 juni 2004, nr. 39.709, *NtFR* 2004/874 met commentaar van Thomas, waarin de Hoge Raad oordeelt dat stamrecht- en lijfrenteverplichtingen dienen te worden gewaardeerd tegen de marktrente voor langlopende verplichtingen. Ik zie een onderscheid met de waardering van – specifiek door ATAD 1 bestreken – renteloze leningen, die eveneens worden gewaardeerd tegen de marktrente voor langlopende verplichtingen. Bij renteloze leningen zal het veeleer gaan om de marktrente geldend voor de individuele debiteur van de lening, waar het bij de waardering van pensioen- en lijfrenteverplichtingen gaat om de algemene marktrente voor langlopende leningen als beleggingsobjecten. Daarnaast worden schulden uit hoofde van pensioen- en verzekeringsovereenkomsten gewaardeerd volgens andere actuariële uitgangspunten, zoals kansstelsels. Zie bijvoorbeeld art. 3.29 Wet IB 2001.

gel van art. 10a Wet VPB 1969¹⁴, lijken echter op zichzelf geen rechtvaardiging voor onvoldedige implementatie.¹⁵

2.2. Geldleningen in civielrechtelijke zin

Sinds 1 januari 2017 is de overeenkomst van geldlening gedefinieerd in art. 7:129 BW als:

*'de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.'*¹⁶

Snoei¹⁷ komt tot de conclusie dat kenmerkend voor geldleningen is dat zij een financieringswijze behelzen waarmee koopkracht wordt gecreëerd en dat, zoals inmiddels ook blijkt uit de wettelijke definitie, uit hoofde van deze financiering een geldvordering of -schuld bestaat waarvan de initiële waarde voldoende verband dient te houden met de waarde van hetgeen is verstrekt.

De terugbetalingsverplichting mag voorwaardelijk zijn. De optioneel converteerbare obligatie geldt daarom als overeenkomst van geldlening in civielrechtelijke zin.¹⁸ De couponrente op een converteerbare obligatie valt daarom binnen het toepassingsbereik van art. 15b.¹⁹

Ook perpetuums lijken te kwalificeren als een (bijzondere) vorm van een overeenkomst van geldlening, omdat terugbetaling van de hoofdsom door partijen niet kan worden uitgesloten en in een aantal omstandigheden verplicht kan zijn.²⁰

Overeenkomsten waarop buitenlands recht van toepassing is, lijken uiteindelijk altijd naar Nederlandse civielrechtelijke maatstaven te moeten worden beoordeeld.²¹

2.3. Leaseverplichtingen

De staatssecretaris noemt in ieder geval financial lease en huurkoopovereenkomsten als voorbeelden van overeenkomsten

die vergelijkbaar zijn met die van een geldlening.²² Beide voorbeelden behelzen een vorm van koop op afbetaling en hebben gemeen dat zij leiden tot het erkennen van een schuld op de fiscale balans. Het rente-element in de lease- of huurkoopverplichting geldt onder de earningsstrippingregeling als rente ter zake van een geldlening.

Dat is (vooralsnog) niet zo bij operational lease, die de staatssecretaris als een vorm van huur beschouwt en niet als een met een geldlening vergelijkbare overeenkomst.²³ Invoering van IFRS 16²⁴ met ingang van 1 januari 2019 leidt in de commerciële jaarrekening van huurders en lessees tot het opnemen van een gebruiksrecht enerzijds en een uitgestelde betalingsverplichting anderzijds. Indien IFRS 16 fiscaal gevolgd gaat worden, dan zal de impact daarvan op de earningsstrippingregeling over het algemeen voor lessees een positieve zijn: bedrijfslasten in de vorm van huur of operationelleasebetalingen die zich (voor een groot deel) vertalen in afschrijvingen van een gebruiksrecht hebben een positief effect op de gecorrigeerde winst (EBITDA). Daartegenover zal een jaarlijkse oprenting van de betalingsverplichting komen te staan die net als het rente-element in financialeleaseverplichtingen als rente ter zake van een geldlening zal moeten worden beschouwd. De impact van het rente-element op de uitkomst van de earningsstrippingregeling bij een huurder of lessee is doorgaans kleiner dan dat van de afschrijving.

De vraag rijst echter of de nieuwe IFRS 16-standaard in overeenstemming is met goed koopmansgebruik. Twijfel op dit punt is met name ingegeven door de zogenoemde frontloading van rentelasten waarmee de jaarlijkse oprenting van de uitgestelde betalingsverplichting onder IFRS 16

14 Zoals bevestigd in HR 19 maart 2010, nr. 09/02250, *NTFR* 2010/778 met commentaar van Nouwen. De staatssecretaris merkt bij de behandeling van art. 15b nog eens op dat art. 10a Wet VPB 1969 een eigen begrippenkader kent dat aangrijpt bij het begrip 'schulden' en niet bij 'geldleningen'. Zie Kamerstukken I, 2018-2019, 35 030, E, p. 3.

15 ATAD 1 geeft in overweging (6) van de considerans lidstaten de optie om gebruik te maken van specifieke regels tegen schuldfinanciering náást de earningsstrippingregeling. Dit is conform een OESO BEPS 4-aanbeveling van specifieke maatregelen om planning op de earningsstrippingregeling tegen te gaan. Zie OECD, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments Action 4 - 2016 update', hoofdstuk 9.

16 Voor overeenkomsten van vóór 1 januari 2017 geldt nog de definitie van de overeenkomst van verbruikleen van art. 7A:1791 BW (oud) waarvan de overeenkomst van geldlening een species is: 'eene overeenkomst, waarbij de ene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid terug geve'. Inhoudelijk lijken met art. 7:129 BW geen voor art. 15b relevante wijzigingen beoogd.

17 Zie R. Snoei, 'De ene geldlening is de andere niet', *WFR* 2011/358.

18 Snoei beargumenteert t.a.p. nog hoe verplicht converteerbare geldleningen niet kwalificeren als overeenkomsten van geldlening in civielrechtelijke zin of daarmee vergelijkbare overeenkomsten. Dat lijkt mij juist indien aflossing in geld niet aan de orde kan komen vóór de conversiedatum.

19 Art. 10, lid 1, onderdeel j, Wet VPB 1969 beoogt te regelen dat daar waar bij geldleningen als bijvoorbeeld converteerbare obligaties en warrantobligaties de vergoeding voor het geleende bedrag bestaat

uit (een recht om) aandelen (te verwerven), de aftrek beperkt blijft tot de periodiek verschuldigde rente. In de literatuur is wel betoogd dat bij een warrantobligatie geplaatst met een disagio, het recht om aandelen te verwerven (de warrant) géén deel uitmaakt van de vergoeding voor het geleende bedrag en dat art. 10, lid 1, onderdeel j niet belemmert dat de aangroei van de schuld van de contante waarde naar de nominale waarde (ook wel: de toegerekende rente) ten laste van de winst wordt gebracht. Zie onder andere J.N. Bouwman, 'Eigen aandelen en opties op eigen aandelen in de vennootschapsbelasting anno 2007', *NTFR* 2007/819. Als deze stelling inderdaad standhoudt, dan zou dat mijns inziens betekenen dat naast de couponrente ook de toegerekende rente deel uitmaakt van het 'saldo aan renten' voor toepassing van art. 15b.

20 Zo oordeelde althans Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, nr. 17/00203, *NTFR* 2018/1980 met commentaar van Van den Bos. Het hof overwoog nog dat als de perpetuums civielrechtelijk niet als geldlening zouden kunnen worden gekwalificeerd, zij nochtans civielrechtelijk als schuld dienen te worden aangemerkt. Met Snoei ben ik het eens dat de perpetuums voor toepassing van art. 15b in dat geval als een 'met een overeenkomst van geldlening vergelijkbare overeenkomst' zouden moeten kwalificeren.

21 Zoals de Hoge Raad lijkt te doen in HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, *NTFR* 2014/738 met commentaar van Van Lindonk.

22 Ook voor toepassing van art. 10d, 15ad en 13l Wet VPB 1969 schaarde de staatssecretaris financial lease en huurkoop al onder overeenkomsten die in economische zin vergelijkbaar zijn met geldleningen.

23 Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 14, p. 4-5.

24 International Financial Reporting Standards

gepaard gaat.²⁵ Verwijzend naar een lopend onderzoek van de Belastingdienst over de verhouding tussen IFRS 16 en goed koopmansgebruik weerhoudt de staatssecretaris zich vooralsnog van enige uitspraak over de impact van IFRS 16 op de earningsstrippingregeling en daarmee van een antwoord op de vraag of het rente-element in huur- of operationalleaseverplichtingen ook valt onder het rentebegrip van de earningsstrippingregeling.²⁶

2.4. Factoring

Een voorbeeld waarin onduidelijkheid zou kunnen ontstaan over de invulling van het begrip 'geldlening' is de figuur van factoring. In de kern is factoring de overdracht door een onderneming van een debiteurenbestand aan een derde, de factormaatschappij, tegen een vergoeding. Deze overdracht kan een aantal doelen dienen: verkrijging van financiering van de factormaatschappij, het overdragen van het risico van wanbetaling van de debiteuren en/of de uitvoering van het debiteurenbeheer. In de meest uitgebreide vorm, die van *old line* factoring, worden alle drie de bovengenoemde doelen beoogd. Bij recourse factoring gaat het om financiering en debiteurenbeheer.²⁷

Bij bovengenoemde vormen van factoring betaalt de factormaatschappij de gefinancierde bedragen als koopprijs voor het overgedragen debiteurenbestand. Doorgaans kent die koopprijs twee elementen: een vooruitbetaling van een percentage van de nominale waarde van het debiteurenbestand en een uitgesteld deel. De omvang van dit laatste deel is vaak afhankelijk van de daadwerkelijke inning van de vorderingen en de daarmee verband houdende financieringskosten. Met die laatste component sluipt er een economisch rente-element in de vergoeding die de onderneming – in de vorm van een vermindering van de verkoopprijs voor het debiteurenbestand – wordt verschuldigd aan de factormaatschappij.

De vraag rijst of factoringovereenkomsten vergelijkbaar zijn met overeenkomsten van geldlening in de zin van art. 15b. In de vorm van non-recourse factoring, waarbij het debiteurenrisico volledig aan de factormaatschappij wordt overgedragen, zal voor de onderneming geen sprake zijn van een terugbetalingsverplichting. Economisch én juridisch ligt deze vorm van factoring daarom dicht bij een verkoop van de debiteurenportefeuille en zal zij ook niet leiden tot het constateren van vreemd vermogen in de commerciële of fiscale jaarrekening.²⁸ In die gevallen lijkt het wat mij betreft weinig twijfel dat factoring buiten het bestek valt van het begrip 'overeenkomst van geldlening of daarmee

vergelijkbare overeenkomst'. De vergoeding voor de factor (inclusief een daarin besloten liggend rente-element) blijft dan buiten toepassing van de earningsstrippingregeling.

Deze uitkomst lijkt ook te passen binnen de definitie van 'financieringskosten' uit ATAD 1. Die definitie, voor zover hier relevant, is beperkt tot rentelasten op alle vormen van schuld, andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan rente en kosten in verband met het aantrekken van financiële middelen *als omschreven in het nationale recht*. Als het nationale recht de transactie in feite duidt als een verkoop van activa en bovendien geen schuld op de fiscale balans wordt geconstateerd, dan lijkt het ook onder ATAD 1 goed verdedigbaar dat kosten gemoeid met een dergelijk factoringarrangement buiten toepassing van de earningsstrippingregeling vallen.

Bij recourse factoring is het antwoord wat minder eenduidig. Bij recourse factoring garandeert de onderneming aan de factormaatschappij de inning van de vorderingen en behoudt de onderneming ondanks de juridische eigendoms-overdracht van het debiteurenbestand daarmee (een deel van) het debiteurenrisico. Uit hoofde van de afgegeven garantie zal de onderneming in beginsel een terugbetalingsverplichting hebben voor het gehele van de factormaatschappij ontvangen bedrag. Die terugbetalingsverplichting is een voorwaardelijke: alleen indien en voor zover de factor bepaalde vorderingen niet kan innen dient de onderneming de factormaatschappij te vergoeden. De waardering van de terugbetalingsverplichting door de ondernemer zal echter geen (rechtstreeks) verband houden met het van de factor ontvangen bedrag: die waardering zal eerder vergelijkbaar zijn met een voorziening voor oninbaarheid die de ondernemer mogelijk al had gevormd. Ik zie in het factoringarrangement daarom geen 'geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst' en daarmee ook geen reden om kosten verband houdend met recourse factoring onder de earningsstrippingregeling te brengen.²⁹

2.5. Securitatisatie

Onduidelijkheid over het bereik van het begrip 'overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst' zou ook kunnen ontstaan bij bepaalde vormen van securitatisatie. In een traditionele securitatisatiestructuur draagt een onderneming (de *originator*) een deel van haar activa – in de regel vorderingen – juridisch en economisch over aan een daartoe door derden opgerichte rechtspersoon, ook wel *special purpose vehicle* (SPV). Het SPV financiert de koopprijs door uitgifte van effecten, veelal obligaties, aan

25 Zie voor een verdere bespreking van de impact van IFRS 16 op de fiscale winstberekening C. Bruijsten en S. Eftimov, 'IFRS 16 lease accounting en fiscale winstberekening', *WFR* 2018/197.

26 Snoeij komt t.a.p. via een uitleg van art. 7A:1791 BW (oud), net als de staatssecretaris, tot de conclusie dat operational lease niet vergelijkbaar is met een overeenkomst van geldlening, en wel omdat operational lease geen koopkracht doet ontstaan. Zijn redenering lijkt onder het huidige art. 7:129 BW ook nog op te gaan. Indien echter IFRS 16 ook fiscaal gevolgd kan gaan worden en leidt tot het constateren van een schuld op de fiscale balans, rijst de vraag of deze conclusie voor de earningsstrippingregeling leidt tot een uitkomst die in overeenstemming is met ATAD 1, waarin wordt gerefereerd aan rente op 'alle vormen van schuld'.

27 Daarnaast bevat service factoring in brede zin risico-overdracht en debiteurenbeheer en in enge zin alleen debiteurenbeheer.

28 IFRS 9 zal voor de meest uitgebreide vorm van factoring in de regel ook bepalen dat het debiteurenbestand van de onderneming van de balans verdwijnt (balansverkorting). De onderneming behoudt

slechts een vordering op de factormaatschappij voor het uitgestelde deel van de verkoopprijs. Deze vordering zou met enige goede wil kunnen worden aangemerkt als een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst. Een rentecompensatie voor de factormaatschappij tot het moment van innen van de overgedragen debiteur is echter niet verschuldigd ter zake van deze vordering, maar komt juist in mindering op deze vordering als vermindering van de verkoopprijs van het debiteurenbestand. Om die reden ben ik van mening dat de rentecompensatie in dit geval niet wordt bestreken door art. 15b.

29 Die conclusie zou anders zijn indien op grond van de factoringvoorwaarden de onderneming wordt geacht het volledige economische belang bij het debiteurenbestand te hebben behouden. In dat geval zal de onderneming als economisch eigenaar het debiteurenbestand op haar fiscale balans behouden met daartegenover een schuld aan de factormaatschappij ter grootte van het van de factormaatschappij ontvangen bedrag.

derden (investeerders). Uit de cashflow van de overgenomen vorderingen voldoet het SPV zijn rente- en aflossingsverplichtingen op de obligaties en zijn kosten voor debiteurenbeheer. De vorderingen verdwijnen dan van de balans van de onderneming.

Het debiteurenrisico op de overgedragen vorderingen en het debiteurenbeheer kunnen echter ook geheel of voor een deel bij de onderneming achterblijven. De onderneming kan in dat geval verplicht zijn om de vorderingen terug te kopen van het SPV indien zij oninbaar raken of het SPV anderszins te vergoeden voor de oninbaarheid. In deze situatie fungeert de securitisatiestructuur als een zekerheidsstructuur voor de investeerders, die exclusief verhaal hebben op de gesecuritiseerde vorderingen. In dergelijke structuren blijft de onderneming in de regel gerechtigd tot de nettomarge van het SPV bestaande uit de rente-inkomsten minus rentelasten en overige kosten.

Voor toepassing van de earningsstrippingregeling rijst dan de vraag wie de gesecuritiseerde vorderingen op zijn fiscale balans verantwoordt. Commercieel is dat in dergelijke zekerheidsstructuren doorgaans de onderneming.³⁰ Fiscaal zal in beginsel de civielrechtelijke overdracht worden gevolgd en wordt het SPV eigenaar van de vorderingen, tenzij moet worden geconstateerd dat de onderneming de economische eigendom van de vorderingen heeft behouden. Van behoud van economische eigendom zal in de regel echter geen sprake zijn: de onderneming behoudt op grond van haar afspraken met het SPV weliswaar het risico op waardeveranderingen en het risico van tenietgaan van de gesecuritiseerde vorderingen vanwege oninbaarheid, maar niet het volle genot van de vruchten (de rente) uit die vorderingen. In die gevallen zal het dus het SPV zijn dat de gesecuritiseerde vorderingen op zijn fiscale balans opneemt met daar tegenover de uitgegeven obligaties. Waar de onderneming vóór de securitisatie rechtstreeks de rentebaten uit de vorderingen ontving en mocht opnemen in haar saldo aan renten, wordt zij na securitisatie gerechtigd tot de nettomarge van het SPV.

De vraag rijst of de onderneming die nettomarge mag blijven opnemen in haar saldo aan renten. Dat kan voordelig zijn indien de onderneming nog rentelasten draagt op geldleningen (o/g) buiten het bestek van de securitisatiestructuur. Economisch lijkt daar iets voor te zeggen, omdat de securitisatiestructuur in deze vorm niets anders is dan een zekerheidsstructuur, die bovendien op de commerciële balans van de onderneming blijft verantwoord. De definitie van het financieringskostensurplus uit ATAD 1 lijkt ook ruimte te bieden voor deze benadering, gelet op de brede begripsomschrijving van 'rentebaten' ('belastbare rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten'). De staatssecretaris zelf stelt ook dat een economische

uitleg moet worden gegeven aan het begrip rentebaten.³¹ De tekst van art. 15b vereist echter het bestaan van 'een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een soortgelijke overeenkomst'. Zolang het fiscale eigendomsbegrip geen gedeeld economisch eigendom kent,³² zullen de gesecuritiseerde vorderingen echter niet voor een deel op de fiscale balans van de onderneming achterblijven.³³

Gesteld zou nog kunnen worden dat het op grond van de letterlijke tekst van art. 15b niet noodzakelijk de belastingplichtige zélf moet zijn die fiscaal eigenaar is van de 'vordering die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst' ter zake waarvan de belastingplichtige rentebaten geniet. In de geschetste situatie van deze securitisatiestructuur kan gesteld worden dat de onderneming met haar recht uit hoofde van de securitisatieovereenkomst op de rentemarge van het SPV in ieder geval gerechtigd is tot een deel van de rente uit hoofde van de aan het SPV overgedragen vorderingen. In deze lezing zouden de rentebaten uit de overgedragen vorderingen naar evenredigheid worden verdeeld over het SPV en de onderneming. Of deze lezing past binnen de strekking van art. 15b is tijdens de parlementaire behandeling niet duidelijk geworden.³⁴

2.6. Fiscaal geherkwalificeerde geldleningen

De staatssecretaris geeft aan dat civielrechtelijke geldleningen die fiscaalrechtelijk als eigen vermogen worden aangemerkt niet kwalificeren als geldlening voor de toepassing van art. 15b.³⁵ Te denken valt aan de winstdelende lening als bedoeld in art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969. Wat betreft de debiteur van een dergelijke lening is dat logisch, nu de lening fiscaal als eigen vermogen wordt behandeld en om die reden bij de debiteur geen recht op aftrek van de rentelast bestaat.

Wat betreft de crediteur van een dergelijke lening had de staatssecretaris echter een andere benadering kunnen kiezen. Onder toepassing van de meesleep- of meetrekregeling³⁶ kan de crediteur van een winstdelende lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969 de deelnemingsvrijstelling toepassen op rente ontvangen ter zake van die lening. Is de meesleep- of meetrekregeling niet van toepassing, dan wordt de rente belast genoten en verhoogt die rente de gecorrigeerde winst, maar niet het saldo aan renten. Daar is wat voor te zeggen, nu de crediteur fiscaal wordt geacht eigen vermogen te hebben verstrekt aan de debiteur en geen geldlening. Vervalt het recht op de deelnemingsvrijstelling echter door toepassing van de antihybridebepaling van art. 13, lid 17, Wet VPB 1969, dan mogen de belaste rentebaten evenmin worden meegenomen in het rentesaldo. De wetgever had voor deze situatie kunnen bepalen dat de winstdelende lening kwalificeert als geldlening in de zin

30 Voor de commerciële verslaggeving volgt IFRS 9 in beginsel de civielrechtelijke eigendomsoverdracht, maar indien het debiteurenrisico geheel of nagenoeg geheel achterblijft bij de onderneming, zullen de overgedragen vorderingen op de commerciële balans van de onderneming blijven.

31 Zie Kamerstukken I, 2018-2019, 35 030, E, p. 3, al doelt de staatssecretaris hier mogelijk op de kwantificering van wat conform de definitie van art. 15b als rentebate geldt. Hierover later in deze bijdrage meer.

32 Zie voor een bespreking van het begrip 'economische eigendom' in de fiscaliteit W. Bruins Slot, *Leasing in de vennootschapsbelasting* (diss.

UvT 2006) en A.E. de Leeuw, *Economische eigendom*, FED Fiscale Brochures, Wolters Kluwer, Deventer 2018.

33 Het zal van de vormgeving van het securitisatie-arrangement afhangen of de onderlinge verhouding tussen onderneming en SPV leidt tot het constateren van een 'geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst'.

34 Een aanwijzing zou gevonden kunnen worden in de behandeling van rentebaten opgekomen bij CFC-lichamen. Zie par. 3.3.

35 Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 3, p. 51.

36 Zie art. 13, lid 4 resp. lid 5, Wet VPB 1969.

van art. 15b, zodat de rentebaten ter zake van deze lening wel deel gaan uitmaken van het saldo aan renten. Nu ATAD 1 (aftrekbare) betalingen in het kader van winstdelende leningen schaarst onder financieringskosten, lijkt deze benadering bovendien ook de meest consistente. Het opnemen van de belaste winstdelende rentebaten in het saldo aan renten zal ook niet afstuiten op de antihybridebepaling in de Moeder-dochterrichtlijn³⁷, die de basis vormt voor art. 13, lid 17, Wet VPB 1969. Kennelijk wil de staatssecretaris echter niet afdoen aan het antimisbruikarakter van art. 13, lid 17, Wet VPB 1969 en laat hij de rentebaten in alle gevallen buiten het saldo aan renten.

3. Rentelasten en rentebaten

Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van een geldlening, dan rijst de vraag welke bedragen voor toepassing van de earningsstrippingregeling gelden als 'rentelasten of rentebaten ter zake van deze geldlening'.

De staatssecretaris geeft aan dat 'rentelasten en rentebaten' – conform ATAD 1 – economisch moeten worden uitgelegd en dat rente in feite de vergoeding is voor het ter beschikking stellen van geld.³⁸ Hierna volgt een bespreking van enkele opvallende punten bij het bepalen van de rentelasten en rentebaten.³⁹

3.1. Waardemutaties van vorderingen en schulden

De staatssecretaris heeft lang gewacht met het beantwoorden van vragen in deze richting, maar heeft tijdens de behandeling van de earningsstrippingregeling in de Eerste Kamer uiteindelijk aangegeven dat waardemutaties van vorderingen en schulden als zodanig in beginsel niet van invloed zijn op het saldo aan renten.⁴⁰

Aan de staatssecretaris was een situatie voorgelegd van een securitisatiestructuur waarin het SPV vorderingen van de *originator* kocht met een korting. Het SPV heeft bepaalde klassen obligaties uitgegeven, waarbij een bepaalde klasse obligaties een zogenoemde *loss-absorption*-clausule kent op grond waarvan het SPV de obligaties voor een deel niet hoeft af te lossen indien de performance van de overgenomen vorderingen achterblijft bij de rente- en aflossingsverplichtingen op de obligaties. De NOB had de vraag opgeworpen of de bate uit hoofde van een dergelijke *loss-absorption*-clausule voor toepassing van art. 15b kan worden beschouwd als een rentebate. Tevens heeft de NOB de vraag opgeworpen of een waardestijging van de vorderingen die ziet op de hoofdsom van de vorderingen respectievelijk waardestijgingen van de rentevorderingen als rentebaten zijn aan te merken.

Het antwoord van de staatssecretaris dat waardemutaties van vorderingen en schulden in beginsel géén invloed hebben op het saldo aan renten betekent dat dit SPV door de earningsstrippingregeling – zowel bij goede als bij

slechte performance van de vorderingen – wordt geconfronteerd met een beperking van de renteaftrek.⁴¹

3.2. Kwantificering van rentelasten en rentebaten

Een uitzondering op de bovenbeschreven uitsluiting van waardemutaties maakt de staatssecretaris met betrekking tot mutaties in de fiscale boekwaarde van geldleningen als gevolg van een agio of disagio dat het verschil tussen de couponrente en de effectieve rente op die geldleningen belichaamt. Hierbij maakt het volgens de staatssecretaris niet uit of dat agio of disagio is ontstaan bij uitgifte van de geldlening of bij verkrijging van de geldlening door een andere partij dan de geldverstrekker. De staatssecretaris geeft het volgende voorbeeld:

- A geeft aan B a pari een obligatielening uit met een nominaal bedrag van 100, een looptijd van tien jaar en een jaarlijkse coupon van 3.
- Als gevolg van een rentestijging waardeert B vervolgens zijn vordering op A af tot 80.
- Enige tijd later verkoopt B zijn vordering op A aan C voor een bedrag van 70.
- C stelt de vordering bij aankoop te boek voor 70 en neemt gedurende het resterende deel van de looptijd jaarlijks een waardestijging in aanmerking totdat bij verstrijken van de looptijd de boekwaarde van de vordering gelijk is aan de nominale waarde van 100.

De voor art. 15b in aanmerking te nemen rentelasten bij A zijn duidelijk: die worden gevormd door de jaarlijkse coupon van 3. Beide crediteuren nemen jaarlijks de ontvangen coupon van 3 in aanmerking als rentebaten.

De behandeling van de tussentijdse waardemutaties ligt minder voor de hand. De waardedaling van 100 naar 70 heeft volgens de staatssecretaris bij crediteur B geen invloed op het saldo aan renten (en daarmee ook niet op de gecorrigeerde winst, die als gevolg van het verlies op de vordering daalt met 30). Crediteur C neemt de jaarlijkse aangroei van 70 naar 100 wel in aanmerking als rentebaten.

Per saldo wordt in deze benadering over de hele looptijd van de obligatielening een bedrag van $10 \times 3 = 30$ aan rentelasten in aanmerking genomen. Aan rentebaten wordt echter per saldo $10 \times 3 + 30 = 60$ in aanmerking genomen. Het is mij onduidelijk wat precies de motivatie is om bij crediteur B de (aftrekbare) waardedaling van 30 voor de toepassing van art. 15b niet als rentelast in aanmerking te nemen. Die waardedaling is immers een reflectie van de stijging van de effectieve vergoeding voor het ter beschikking stellen van geld aan debiteur A.

De regel die de wetgever voor ogen lijkt te hebben is dat alleen bij aankoop van de obligatie de rente voor toepassing van art. 15b vastgesteld kan worden en dat die rente pas in aanmerking wordt genomen bij toepassing van art. 15b indien en voor zover daadwerkelijk ontvangen (de coupon)

37 Richtlijn 2011/96/EU van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochtermaatschappijen uit verschillende lidstaten, zoals laatstelijk gewijzigd door Richtlijn (EU) 2015/121 van 27 januari 2015.

38 Aldus de staatssecretaris van Financiën in Kamerstukken I, 2018-2019, 35 030, E, p. 3.

39 Op deze plaats zal niet worden ingegaan op de regeling in art. 15b voor renten ter zake van geldleningen die op grond van goed

koopmansgebruik als voortbrengingskosten van een activum worden geactiveerd.

40 Zie Kamerstukken I, 2018-2019, 35 030, C, p. 10.

41 De SPV-winst vanwege de aangroei van de vorderingen zal in de regel worden afgeroomd door een, in beginsel aftrekbare, winstafhankelijke rentevergoeding op diezelfde klasse obligaties. In tegenstelling tot de rentelast maakt deze aangroei geen deel uit van het saldo aan renten, waardoor art. 15b kan leiden tot een aftrekbeperking.

of indien en voor zover tot uitdrukking komend in een mutatie in de fiscale boekwaarde van de vordering richting nominale waarde.

Het komt mij voor dat in geval van een *rentedaling* deze benadering op dezelfde manier moet worden toegepast en crediteur B een waardestijging op zijn obligaties bij verkoop voor toepassing van art. 15b ook niet tot zijn rentebaten mag rekenen. Hoe deze regel toe te passen bij debiteur A in geval van inkoop van de obligatie na een *rentedaling* maakt de staatssecretaris niet duidelijk. Een betaling boven de nominale waarde bij gelegenheid van een dergelijke inkoop is wederom een reflectie van de wijziging van de effectieve rente. Nu een dergelijke inkoop zich bij debiteur A niet vertaalt in een mutatie van de fiscale boekwaarde van de schuld richting de nominale waarde, zou de benadering van de staatssecretaris betekenen dat deze inkoop voor debiteur A niet leidt tot een rentelast in de zin van art. 15b.

3.3. Rente opgekomen in het buitenland

Desgevraagd stelt de staatssecretaris dat rentebaten en rentelasten die in het buitenland opkomen bij aldaar gevestigde zogenoemde gecontroleerde lichamen en die in de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting worden betrokken door de nieuw ingevoerde CFC-maatregel⁴², géén onderdeel uitmaken van het saldo aan renten.⁴³ Voor die benadering is wederom wat te zeggen, gelet op het antimisbruikarakter van de CFC-maatregel. De OESO geeft in haar BEPS 4-rapport⁴⁴ echter in overweging om dergelijke rentebaten en rentelasten uit de gecorrigeerde winst te verwijderen en op te nemen in het saldo aan renten.⁴⁵

Voor rentebaten van andere lichamen die op grond van art. 8b Wet VPB 1969 bij de belastingplichtige in aanmerking worden genomen vanwege het feit dat de desbetreffende functies in Nederland worden verricht, geldt volgens de staatssecretaris dat een aanpassing van de rentebaten van belastingplichtige plaatsvindt als gevolg waarvan de rentebaten in een dergelijk geval onderdeel zijn van het saldo aan renten.⁴⁶

Rentebaten en rentelasten opgekomen bij buitenlandse vaste inrichtingen worden door art. 15b alleen uitgezonderd van de bepaling van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten indien de objectvrijstelling op die rentebaten en rentelasten van toepassing is. Is de objectvrijstelling niet van toepassing, zoals bij laagbelaste buitenlandse beleggings-

ondernemingen⁴⁷ én bij vaste inrichtingen geraakt door de nieuwe CFC-regeling, dan worden op grond van de letterlijke wettekst de EBITDA, de rentebaten en de rentelasten van deze vaste inrichtingen gewoon in aanmerking genomen bij het bepalen van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten. Daar is wat voor te zeggen nu de resultaten van de vaste inrichting in dat geval deel uitmaken van de Nederlandse heffingsgrondslag van belastingplichtige. Het is echter een andere, en doorgaans voor belastingplichtigen voordeliger, behandeling dan de bovengenoemde behandeling die staatssecretaris onder art. 15b voorstaat voor rentebaten en rentelasten van gecontroleerde lichamen. De wettekst is op dit punt mogelijk echter niet in overeenstemming met het doel dat de wetgever ermee beoogt.^{48, 49}

3.4. Afdekkingsinstrumenten

Verder worden voor de toepassing van art. 15b onder rentelasten en rentebaten ter zake van geldleningen mede begrepen: 'valutaresultaten ter zake van geldleningen, alsmede resultaten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's of valutarisico's ter zake van geldleningen.'

Bij valutaresultaten gaat het zowel om valutaresultaten op de hoofdsom als op de rentetermijnen.

Als voorbeeld van een rechtshandeling ter afdekking van de genoemde risico's komt in de parlementaire behandeling de renteswap aan bod.⁵⁰ Voor de situatie waarin een belastingplichtige een schuld heeft met een variabele rente, maar deze rente door middel van een derivaat (swap) converteert in een vaste rente, bevestigt de staatssecretaris dat art. 15b effectief tot gevolg heeft dat de vaste rente in aanmerking wordt genomen in de earningsstrippingregeling.

Opgemerkt zij dat de resultaten op derivaten alleen in aanmerking moeten worden genomen voor toepassing van de earningsstrippingregeling indien en voor zover zij dienen als afdekkingsinstrument voor risico's ter zake van geldleningen. Resultaten op separaat aangekochte derivaten blijven dus buiten toepassing van de earningsstrippingregeling. Dit is in overeenstemming met de aanbevelingen uit het BEPS 4-rapport.⁵¹

In de praktijk kunnen situaties ontstaan waarin het derivaat op een eerder moment wordt aangeschaft dan het sluiten van de overeenkomst van geldlening. Het gebruik van de

42 Zie het nieuwe art. 13ab Wet VPB 1969 (voor gecontroleerde lichamen gevestigd in laagbelastende en niet-coöperatieve jurisdicties) en de nieuwe artikelliden 10 en 11 bij art. 15e Wet VPB 1969 (voor vaste inrichtingen in laagbelastende en niet-coöperatieve jurisdicties).

43 Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 7, p. 41.

44 Zie OESO, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments Action 4 – 2016 update', punt 203, p. 86.

45 Deze overweging doet de OESO in algemene zin en niet alleen voor de situatie waarin de belastingplichtige zelf leent van zijn eigen CFC.

46 Kennelijk ziet de staatssecretaris dus tóch ruimte om, zoals eerder in deze bijdrage in een andere context bepleit, rentebaten als zodanig bij de belastingplichtige in aanmerking te nemen ter zake van geldleningen die de belastingplichtige zelf juridisch noch economisch bezit.

47 Tenzij de winst uit die laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland voor een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting in aanmerking komt. Zie art. 15e, lid 7 jo. art. 15g Wet VPB 1969.

48 In Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, nr. 3, p. 49 legt de staatssecretaris bij het nieuwe art. 15b, lid 4 uit dat de werking van de earningsstrippingregeling wordt beperkt tot het Nederlandse hoofdduis.

49 Hoewel het hier mogelijk gaat om theoretische situaties, vormt de systematiek van de wettekst hiermee, waarschijnlijk onbedoeld, een inbreuk op de consistente territoriale benadering die de wetgever bij de earningsstrippingregeling voor ogen heeft. Het territoria-liteitsbeginsel vormt voor de wetgever een belangrijke rechtvaardiging om – in weerwil van HvJ 22 februari 2018, zaak C-398/16 (X BV), NTFR 2018/563 met commentaar van Van Horzen – de earningsstrippingregeling toe te passen op het niveau van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en niet op het niveau van een individuele gevoegde maatschappij. Voor een uitgebreidere analyse van dit aspect verwijs ik naar D.S. Smit, 'De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1', par. 4, MBB 2018/11-25.

50 Zie Kamerstukken I, 2018-2019, 35 030, C, p. 10.

51 Zie OESO, 'Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments Action 4 – 2016 update', punt 39, p. 34.

term 'ter zake van' in de wettekst lijkt tot de conclusie te leiden dat ook resultaten op het derivaat tot het moment van aangaan van de geldlening onder toepassing van de earningsstrippingregeling vallen zolang vaststaat dat de aankoop van het derivaat een oorzakelijk verband heeft met de later aangeane of verstrekte geldlening.

3.5. Kosten ter zake van geldleningen

Onder rentelasten ter zake van geldleningen worden ten slotte mede begrepen: 'kosten ter zake van geldleningen en ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's of valutarisico's ter zake van geldleningen.'

De wettekst maakt geen onderscheid tussen interne en externe kosten. De staatssecretaris expliciteert echter dat hierbij moet worden gedacht aan juridische financieringskosten ter zake van geldleningen en (voor de earningsstrippingregeling kwalificerende) afdekkingsinstrumenten, zoals afsluitkosten, advieskosten, kosten van bemiddeling, kosten ter zake van het opstellen van een overeenkomst van geldlening, registratiekosten, afsluitprovisies, garantieprovisies en boeterente.⁵² Blijkens deze uitleg zouden interne kosten die oorzakelijk verband houden met het organiseren van vreemdvermogensfinanciering buiten het begrip 'rentelasten' blijven voor toepassing van de earningsstrippingregeling.⁵³

4. Conclusie

Met deze bijdrage heb ik een eerste inventarisatie gemaakt van de onduidelijkheden waarmee de praktijk zich geconfronteerd kan zien bij de interpretatie van het begrip 'rente' in de earningsstrippingregeling van het nieuwe art. 15b Wet VPB 1969. De wetgever heeft zich – terecht – uitgesproken voor een economische uitleg van dat begrip. De vraag rijst echter of de verbinding van het rentebegrip aan de definitie 'overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst' in alle gevallen leidt tot economisch wenselijke uitkomsten die bovendien in overeenstemming zijn met ATAD 1. In dit verband kan bijvoorbeeld gewezen worden op het uitkristalliseren van de fiscale behandeling van huur- en operationalleaseovereenkomsten. Art. 15b lijkt weer niet zover te (hoeven) gaan dat daaronder ook kosten worden geschaard die verband houden met factoringovereenkomsten. Tegenstrijdig met een economische uitleg van het begrip 'rente' zou het zijn indien bepaalde zekerheidsstructuren worden geconfronteerd met een nadeliger fiscale behandeling onder art. 15b. De fiscale behandeling van dergelijke structuren zou beter aansluiten bij de economische werkelijkheid indien (in ieder geval binnen art. 15b) ruimte wordt geboden voor gedeelde economische eigendom. Ook de door de staatssecretaris voorgestane behandeling van waardemutaties van vorderingen en schulden, al dan niet vanwege agio of disagio als gevolg van verschillen tussen de effectieve rente en de couponrente, lijkt strijdig met een economische uitleg.

⁵² Zie Kamerstukken II, 2018-2019, 35 030, p. 51.

⁵³ In de parlementaire behandeling van art. 13, lid 1, Wet VPB 1969, dat aan- en verkoopkosten ter zake van deelnemingen buiten aftrek stelt, werd juist wel verwezen naar interne uitgaven. Recent heeft de Hoge Raad ook bevestigd dat interne kosten onderdeel uitmaken van die aan- en verkoopkosten. Zie HR 7 december 2018, nr.

17/01211, NTFR 2018/2822 met commentaar van Van Horzen. Gegeven de uitleg van de staatssecretaris bij art. 15b zou de Hoge Raad met betrekking tot interne kosten ter zake van geldleningen voor toepassing van de earningsstrippingregeling naar mijn mening dus anders moeten oordelen.