

# Reactie Voorjaarsnota 2023: aanscherping earning stripping vastgoedlichamen

Amsterdam, 5 juli 2023

Geachte lezer,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) heeft met interesse kennisgenomen van de Voorjaarsnota 2023, zoals gepubliceerd op 28 april 2023. Er staan verschillende fiscale onderwerpen in deze Voorjaarsnota. De NOB vraagt in deze notitie bijzondere aandacht voor de daarin aangekondigde aanscherping van de earningsstrippingmaatregel voor vastgoedlichamen.

De NOB begrijpt dat het kabinet voorstelt de earningstrippingmaatregel (artikel 15b Wet op de vennootschapsbelasting 1969; hierna: Wet Vpb 1969) per 1 januari 2025 te wijzigen voor vastgoedlichamen. Voorgesteld wordt om bij vastgoedlichamen met (aan derden) verhuurd vastgoed de drempel van 1 miljoen euro uit artikel 15b lid 1 sub a Wet Vpb 1969 buiten toepassing te laten.

## 1. Verband met de bevindingen uit eerder onderzoek

Het valt de NOB op dat met deze wijziging geen gevolg lijkt te worden gegeven aan de bevindingen uit het 'Onderzoek fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen' van het Ministerie van Financiën van 13 september 2021. In dit onderzoek is als aanbeveling opgenomen dat het verlagen van het aftrekbare percentage van de EBITDA (destijds: 30 procent) in samenhang bezien zou moeten worden met een (generieke) aanscherping van de drempel. Dit is door het kabinet herhaald in de tweede nota van wijziging van het Belastingplan 2022, waarin de aanscherping van het aftrekbare percentage van de EBITDA van 30 procent naar 20 procent is opgenomen. Daarin is tevens opgenomen dat een specifieke antimisbruikbepaling om fragmentatie te bestrijden de complexiteit in een toch al zeer complexe belastingwet verhoogt en dat bij het introduceren van een dergelijke antimisbruikbepaling – naast de complexiteit – ook aandacht zal moeten worden besteed aan de vormgeving, uitvoerbaarheid, inpasbaarheid en budgettaire gevolgen. Gelet op de voorgenomen toevoeging van complexe wetgeving aan een al zeer complex systeem roept de NOB de staatssecretaris op over te gaan tot een fundamentele herbezinning op (concern-)financiering waarin het nut en de noodzaak van iedere renteaftrekbepaling wordt beoordeeld en gewogen met als doel te komen tot een werkbaar en uitvoerbaar systeem.



## 2. Afbakeningsproblematiek

De NOB voorziet met betrekking tot de beoogde aanscherping een afbakeningsprobleem dat tot verdere complicering van de vennootschapsbelasting en daarmee samenhangende uitvoeringsproblematiek leidt.

Binnen de voorgenomen wijziging vormt de term 'vastgoed' het belangrijkste begrip. Gezien de potentiële impact van de maatregel voorziet de NOB discussies met de Belastingdienst over de vraag of een specifieke belastingplichtige kwalificeert als vastgoedlichaam in de zin van de maatregel of niet. De NOB beveelt in dat kader aan om voor de invulling van het begrip 'vastgoed' aansluiting te zoeken bij reeds bekende fiscale begrippen, zoals het begrip 'gebouw' uit artikel 3.30a Wet inkomstenbelasting 2001, dan wel het begrip 'onroerende zaak' uit het Wet op belastingen van rechtsverkeer. Hierdoor kan worden aangesloten op reeds bekende definities en bestaande jurisprudentie.

Een ander relevant begrip betreft 'aan derden verhuurd'. Op basis van de thans bekende informatie is nog niet duidelijk hoe het kabinet deze zinsnede in dit kader wenst in te vullen. De NOB wijst erop dat de invulling van dit begrip kan leiden tot complexe wetgeving, vooral bij concerns met belangen kleiner dan 100 procent. Voorts vraagt de NOB zich af of in dit kader ook rekening gehouden zal worden met (lichamen van) verbonden personen.

Ook zal de vraag opkomen wanneer een lichaam dat ook andere activiteiten ontplooit, als 'vastgoedlichaam' kwalificeert. Moet daarbij naar de activiteiten worden gekeken, naar de samenstelling van het vermogen (en op basis van welke waarde) of naar een combinatie van beide. Zal het daarbij ook van belang zijn of het lichaam al dan niet tot een (samenwerkende) groep behoort die (mede) vastgoed exploiteert? Het is in het belang van de rechtszekerheid om hiervoor duidelijke criteria op te stellen, maar duidelijke criteria zullen ook tot grensverkenning leiden.

Tot slot is het de NOB opgevallen dat in de Voorjaarsnota afwisselend wordt gesproken over vennootschappen, vastgoed-bv's en vastgoedlichamen. Gezien de potentiële impact op de financiële positie van deze maatregelen op vastgoedbeleggers verzoekt de NOB het kabinet om niet te wachten tot Prinsjesdag 2024 met het scheppen van duidelijkheid over de beoogde reikwijdte van de entiteiten waarop deze van toepassing zal zijn. Het moge duidelijk zijn dat het begrip 'lichamen' (bij een uitleg conform artikel 2 lid 1 sub Algemene wet inzake rijksbelastingen) ruimer is dan de begrippen 'vastgoed-bv's' en 'vennootschappen'.





### **3. Samenloop met de fiscale eenheid**

Als in de Wet Vpb 1969 wordt opgenomen dat de franchise in de earningsstrippingmaatregel niet geldt voor een 'vastgoedlichaam', rijst onmiddellijk de vraag of, als zo'n lichaam tot een fiscale eenheid behoort, deze beoordeling op het niveau van de fiscale eenheid moet worden uitgevoerd dan wel per entiteit. De NOB wijst er hierbij op dat een benadering, waarbij de beoordeling op het niveau van de fiscale eenheid doorslaggevend is, mogelijk in strijd kan komen met de rechtspraak inzake de per-element-benadering in de fiscale eenheid, hetgeen de vraag zal oproepen of voor deze specifieke regeling het spoedreparatieregime van toepassing moet worden verklaard. Het spoedreparatieregime geldt niet voor de normale toepassing van de earningsstrippingmaatregel. Een regeling waarbij alleen voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel op vastgoedlichamen het spoedreparatieregime geldt, maar voor de toepassing van de earningsstrippingmaatregel op niet-vastgoedlichamen het spoedreparatieregime niet, komt de NOB voor als onuitvoerbaar.

### **4. Handel in vastgoedlichamen-rente**

Verder wijst de NOB erop dat, ingeval een specifieke uitzondering voor vastgoedlichamen wordt gecreëerd, er zonder een specifieke bestrijdingsmaatregel een vraag zou ontstaan naar aandelen in vastgoedlichamen met grote bedragen aan 'gestalde' 15b-rente. Het zou dan immers voor belastingplichtigen interessant zijn om in dergelijke lichamen andere winstgevende activiteiten te gaan ontplooien, teneinde de gestalde 15b-rente te benutten. Deze specifieke bestrijdingsmaatregel zal wederom een verdere complicering van de al zeer complexe vennootschapsbelastingwetgeving opleveren, met daarbij gepaard gaande compliance-, uitvoerings- en advieskosten voor bedrijven. De NOB wijst erop dat het bestaande artikel 15ba Wet Vpb 1969 hiervoor niet is toegerust, aangezien deze regeling ziet op 'gewone' belastingplichtigen en voor de toepassing van de drie toetsen verwijst naar artikel 20a Wet Vpb 1969. Deze regeling kent dus geen op vastgoedlichamen toegesneden criteria. De NOB wijst er in dit verband mede op dat ook de – naar de mening van de NOB onontbeerlijke – op vastgoedlichamen toegesneden bestrijdingsmaatregel, net zoals artikel 15ba Wet Vpb 1969, op spoedreparatiebasis zal moeten worden toegepast.

### **5. Rechtszekerheid**

Tot slot vraagt de NOB aandacht voor de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Zo is de earningsstrippingwetgeving ingevoerd zonder passend overgangsrecht. Dit betekende dat bestaande situaties per 1 januari 2019 direct werden getroffen.





Daarenboven is deze maatregel per 2022 fors aangescherpt door de verlaging van het aftrekbare ebitda-percentage van 30 procent naar 20 procent en wordt nu wederom fors aangescherpt. Zeker ook in vastgoedbranche – waar doorgaans voor langere tijd wordt gefinancierd, vaak ook bij niet-gelieerde partijen – is het lastig anticiperen op een dergelijke stroom van wetgeving, hetgeen de rechtszekerheidspositie van belastingplichtigen niet ten goede komt.

## **6. Strijd met het primaire Unierecht voor zover Richtlijn (ATAD 1) disproportioneel wordt geïmplementeerd**

De NOB vraagt zich af hoe de beoogde wetwijziging zich verhoudt ten opzichte van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Zo volgt uit het arrest *Wetherspoon* dat lidstaten zelf regels en methoden mogen vaststellen, zolang onder meer dat evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.<sup>1</sup> Ervan uitgaande dat het doel van de wetwijziging is om misbruik te bestrijden, rijst dus nog steeds de vraag of de maatregel passend en geschikt is en niet verder gaat dan nodig is. De NOB twijfelt of de maatregel hieraan voldoet ziet een reactie op dit punt met belangstelling tegemoet.

Voorts vraagt de NOB zich af hoe een en ander zich verhoudt tot het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede het daarbij behorende Eerste Protocol.<sup>2</sup>

## **7. Risico strijd met Richtlijn (ATAD 1)**

De NOB vraagt zich af of de voorgenomen aanpassing geen strijd oplevert met de Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD 1).

De aanscherping van de earningsstrippingregels voor vastgoedlichamen is niet als optie opgenomen in artikel 4 van ATAD 1. Wel bevat artikel 3 van ATAD 1 de algemene mogelijkheid om nationale bepalingen op te nemen om de nationale belastinggrondslag te beschermen. De preambule van de richtlijn geeft geen verduidelijking van deze bepaling uit de richtlijn. Het komt de NOB echter voor dat deze bepaling niet als vrijbrief bedoeld kan zijn om de earningsstrippingbepaling in de nationale wet voor een specifieke groep belastingplichtigen anders te implementeren dan voor de overige belastingplichtigen, in afwijking van de binnen artikel 4 van ATAD 1 gegeven mogelijkheden.

---

<sup>1</sup> Zie o.a. HvJ EU 5 maart 2009, nr. C-302/07 (*J D Wetherspoon plc*), waarover A-G Ettema in haar conclusie van A-G Ettema 30 juni 2022, nr. 20\_04304 en nr. 20\_04306, onderdeel 3.39.

<sup>2</sup> Zie o.a. HR 24 december 2021, nr. 21/01243, en HvJ EU 8 december 2022, nr. C-694/20 (*Orde van Vlaamse Balies*).



## 8. Risico van strijdigheid met EU-staatssteunregels

De Europese Commissie heeft in twee zaken<sup>3</sup> betoogd dat een door een kleine groep ervaren nadeel – in dat geval van tariefsprogressie – een selectief voordeel (staatssteun) vormde voor de grotere groep die geen/minder nadeel ondervond van deze tariefsprogressie. In dit verband kan overwogen worden om de voorgenomen maatregel - die eveneens een grote groep bevoordeelt - ter goedkeuring aan de Europese Commissie voor te leggen.

## 9. Tot slot

De NOB hoopt met deze reactie een constructieve bijdrage te leveren aan een stabiele, eenvoudige en uitvoerbare wetgeving. Dat doen we vanuit onze expertise en ervaring. Wij hebben daarbij aandacht voor de fundamentele rechts- en wetgevingsbeginselen zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid.

Hoogachtend,  
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. J.A. van der Jagt

## Over de NOB

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) is opgericht in 1954. We zijn de beroepsvereniging van universitair opgeleide belastingadviseurs in Nederland en behartigen de gemeenschappelijke belangen van onze leden. We staan voor een excellente beroepsuitoefening door het aanbieden van opleidingen voor onze leden, het toepassen van onze code of conduct en de handhaving daarvan via onafhankelijk tuchtrecht. We vormen de brug tussen leden en maatschappij door de inzet van de bij onze leden aanwezige (praktijk)kennis over de volle breedte van het fiscale terrein. Deze kennis zetten we in om een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat over belastingen.

---

<sup>3</sup> HvJ EU 16 maart 2021, Commissie v. Hongarije, zaak C-596/19 P, ECLI:EU:C:2021:202 en HvJ EU 16 maart 2021, Commissie v. Polen, zaak C-562/19 P, ECLI:EU:C:2021:201

